

Sygn. akt: KIO 3492/20

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 20 stycznia 2021 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 20 stycznia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 roku przez wykonawcę **Quizit Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym wspólnie przez zamawiających: **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. w Radomiu, Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie Sp. z o.o., Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o., Specjalistyczny Szpital w Ciechanowie, Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER” Sp. z o.o. w Konstancinie-Jeziornej**

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Quizit Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 3492/20

**Uzasadnienie**

Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. w Radomiu, Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie Sp. z o.o., Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o., Specjalistyczny Szpital w Ciechanowie Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER” Sp. z o.o. w Konstancinie-Jeziornej (zwani dalej łącznie: „zamawiającym”) wspólnie prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Informatyzacja mazowieckiej służby zdrowia poprzez wsparcie funkcjonowania aptek szpitalnych* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Zamówienie zostało podzielone na 3 części.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 grudnia 2020 roku pod numerem 2020/S 247-612951. Także w dniu 18 grudnia 2020 roku zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca - Quizit Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (zwany dalej: „odwołującym”) w dniu 28 grudnia 2020 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 a i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez określenie minimalnej wartości wcześniej zrealizowanych przez wykonawców zamówień dla części I, II i III na poziomie 8 mln złotych brutto i 4 mln zł brutto, co nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego w tym zakresie, a ponadto w sposób nadmierny ogranicza konkurencję.
2. art. 22 ust. 1 a i art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez żądanie, aby dostawy wraz z wdrożeniem określone w warunku udziału w postępowaniu były zrealizowane w oparciu o ten sam system, który wykonawca będzie oferował w niniejszym postępowaniu, co jest niejasne dla wykonawców, a ponadto może stanowić nadmierne, nieuzasadnione przepisami prawa żądanie zamawiającego.
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez przyjęcie wymogu dostarczenia próbki oprogramowania, który to wymóg jest niejednoznaczny, budzący wątpliwości interpretacyjne i w konsekwencji sprzeczny z przepisami Pzp.
4. art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie takich wymagań w opisie przedmiotu zamówienia, które są nadmierne w stosunku do potrzeb zamawiającego, a ponadto ograniczają konkurencję w sposób nieuzasadniony potrzebami zamawiającego.
5. art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku przeprowadzenia remontów w sposób niejednoznaczny, a także w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty i jej wycenę.
6. art. 29 ust. 1 i art. 142 ustawy Pzp oraz art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 z późn. zm.) przez zastrzeżenie w SIWZ - wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, postanowień umownych nieprecyzyjnych, uniemożliwiających należytą wycenę ofert przez wykonawców, naruszających konkurencję oraz stanowiących nadużycie pozycji dominującej przez zamawiającego.

7. art. 29 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp oraz art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 z późn. zm.) przez zastrzeżenie w SIWZ - wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, postanowień umownych dotyczących procedury odbioru nieprecyzyjnych, uniemożliwiających należyłą wycenę ofert przez wykonawców, naruszających konkurencję oraz stanowiących nadużycie pozycji dominującej przez zamawiającego.

8. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 627 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (dale „k.c.”) w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 z późn. zm.) przez zastrzeżenie w SIWZ - wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, postanowień umownych przerzucających na wykonawców wszystkie ryzyka związane z koniecznością wykonania prac dodatkowych, nie objętych przedmiotem zamówienia, a przez to uniemożliwiających należyłą wycenę ofert przez wykonawców, naruszających konkurencję oraz stanowiących nadużycie pozycji dominującej przez zamawiającego,

9. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 644 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 145 Pzp oraz art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 z późn. zm.) przez zastrzeżenie w SIWZ - wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, postanowień umownych przerzucających na wykonawców ryzyko rezygnacji przez zamawiającego w dowolnym momencie z realizacji umowy, a przez to uniemożliwiających należyłą wycenę ofert przez wykonawców, naruszających konkurencję oraz stanowiących nadużycie pozycji dominującej przez zamawiającego.

10. art. 483 § 1 i 2, art. 484 § 1 i 2 k.c., art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 z późn. zm.) przez zastrzeżenie w SIWZ - wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, postanowień umownych dotyczących kar umownych naruszających konkurencję oraz stanowiących nadużycie pozycji dominującej przez zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w treści SIWZ zgodnie z żądaniami wskazanymi w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający w dniu 30 grudnia 2020 roku zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wniesieniu odwołania i kopię odwołania, wzywając uczestników postępowania do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 4 stycznia 2020 roku wykonawca Infonder Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłosił – drogą elektroniczną – przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w , wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą Pzp”, Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Z artykułu 185 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że do skuteczności dokonania zgłoszenia przystąpienia konieczne jest zachowanie określonych w tym przepisie przesłanek, w tym terminu i formy.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego wykonawcy Infonder Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach nie było skuteczne, albowiem wykonawca ten nie dochował formy wymaganej przepisami prawa, tj. zgłoszone przez niego w postaci elektronicznej przystąpienie nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ponadto, nie czyniło też zadość wymaganiom określonym w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie Regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1296 ze zm.), zgodnie z którym odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby.

W dniu 19 stycznia 2021 roku zamawiający – za pośrednictwem poczty elektronicznej - złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (datowaną na 04.01.2021 r.), w której wprawdzie we wstępnej części oświadczył, iż wnosi o oddalenie odwołania w całości, ale już z dalszej treści odpowiedzi na odwołanie, zawierającej odniesienie do poszczególnych zarzutów odwołania, wynika, że część zarzutów została przez niego uwzględniona. Zamawiający bowiem wprost używał sformułowania, iż „uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu (...)”, bądź też wskazywał, że „w zakresie zarzutu (...)” dokonał odpowiedniej zmiany SIWZ”. Jednocześnie zamawiający każdorazowo przywołał brzmienie zmienionych postanowień SIWZ.

Także w dniu 19 stycznia 2021 roku odwołujący złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie, iż - w związku z otrzymaniem od zamawiającego odpowiedzi na odwołanie (datowanej na 4 stycznia 2021 roku), w której zamawiający uwzględnił znaczną część zarzutów odwołania - cofa pozostałe – nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty odwołania. Oświadczenie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania odwołującego (kwalifikowany podpis elektroniczny).

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o art. 186 ust. 6 pkt 1 ww. ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972, ze zm.).

Uwzględniając powyższe, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie i orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz o dokonaniu zwrotu na rzecz odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:.....**