Sygn. akt: KIO 749/21

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 marca 2021 r. przez Wykonawcę **Comarch Healthcare S.A. (Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Conectio sp. z o.o. (ul. Włocławska 167, 87-100 Toruń)**

przy udziale Wykonawcy **SiDLY Sp. z o.o. (ul. Kasprowicza 47, 01-836 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego artykułu 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu dla części nr 2, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku udziału w postępowaniu poprzez wykreślenie sformułowania odnoszącego się do świadczenia usług teleopieki (tj. sformułowań: „lub dostawie usług teleopieki", „lub świadczeniu usług teleopieki")
2. umarza postępowanie w pozostałej części
3. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **SiDLY Sp. z o.o. (ul. Kasprowicza 47, 01-836 Warszawa)** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Comarch Healthcare S.A. (Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

3.2. zasądza od Wykonawcy **SiDLY Sp. z o.o. (ul. Kasprowicza 47, 01-836 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **Comarch Healthcare S.A. (Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków)** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……...……..……..……...

Sygn. akt: KIO 749/21

UZASADNIENIE

Zamawiający Kujawsko Pomorskie centrum Kompetencji Cyfrowych „Conectio" sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utworzenie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum i utrzymanie systemu teleopieki. Zamówienie udzielane w ramach projektu Kujawsko-Pomorska Teleopieka realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014 - 2020, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Osi Priorytetowej 9. Solidarne społeczeństwo Działanie 9.3 Rozwój usług zdrowotnych i społecznych Poddziałanie 9.3.2 Rozwój usług społecznych.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 27 stycznia 2021 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 018-041737.

Odwołujący Comarch Healthcare S.A. wniósł odwołanie wobec zmian dokonanych przez Zamawiającego w treści specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu (opublikowanych w dniu 25 lutego 2021 i 7 marca 2021 r.), sformułowanych niezgodnie z PZP, zarzucając Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję, określenie niezgodnych z przepisami ustawy PZP warunków udziału w postępowaniu, a także kształtujący treść przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa w zakresie ochrony danych osobowych, zasadę proporcjonalności, zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, a tym samym do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego, poprzez naruszenie:

- art. 99 ust. 1 i 4 PZP, w związku z art. 16 PZP oraz art. 106 ust. 1 i 3 PZP dla części nr 2 poprzez: wadliwie (nieprecyzyjnie, sprzecznie z opisem przedmiotu zamówienia i SWZ, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,a także zasady proporcjonalności jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) opisane zasady przeprowadzania prezentacji próbki przez wykonawcę w zakresie postanowień szczegółowo wymienionych w uzasadnieniu odwołania, a ujętych w dokumentacji postępowania w załączniku nr 7 do SWZ pn. "Warunki dotyczące formy próbki oferowanego oprogramowania",
- wadliwie (nieprecyzyjnie, sprzecznie z opisem przedmiotu zamówienia i SWZ, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady proporcjonalności i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) opisany scenariusz prezentacji szczegółowo wymienionych w uzasadnieniu odwołania funkcji wymaganych próbki, w zakresie postanowień szczegółowo wymienionych w uzasadnieniu odwołania, a ujętych w dokumentacji postępowania w załączniku nr 7 do SWZ pn. "Warunki dotyczące formy próbki oferowanego oprogramowania", które to wady SWZ (opisane ze względu na swoją objętość szczegółowo w numerowanych pkt 1 - 16 w treści uzasadnienia) de facto uniemożliwiają wykonawcy sporządzenie próbki, sprawiają, iż wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, czy prezentowana Zamawiającemu próbka spełnia wymagania Zamawiającego, a także eliminują wykonawców, którzy funkcje wymagane próbki realizują w inny sposób niż ten - niewynikający z opisu przedmiotu zamówienia - narzucony przez Zamawiającego, co uniemożliwia potencjalnym wykonawcom zweryfikowanie przed terminem składania ofert, czy ich oferta może być uznana za niezgodną z SWZ, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a ponadto sprawia, że wykonawca nie wie, jak będą badane funkcje wskazane w SWZ w ramach kryteriów oceny ofert (czy i ile punktów otrzyma) - gdyż postanowienia SWZ oraz załącznika nr 7 są ze sobą sprzeczne w zakresie punktacji co do kryterium 4. System posiada możliwość opcjonalnej

współpracy z urządzeniami zewnętrznymi np. funkcjonalność odczytu parametrów z pulsoksymetru zewnętrznego, co uzasadnia także naruszenie art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 PZP;
- art. 112 ust. 1 PZP w związku z art. 16 PZP poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu dla części nr 2 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego doświadczenia wykonawcy w postaci wykazania, że wykonawca wykonał lub wykonuje: (...) minimum 2 (dwie) usługi polegające na wdrożeniu systemu do teleopieki lub dostawie usług teleopieki w tym przynajmniej jedna usługa polegała na wdrożeniu systemu do teleopieki wraz z integracją oprogramowania z centralą telefoniczną IP, o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 0000 zł brutto (zgodnie z odpowiedzią pismem datowanym na 25 lutego 2021 r., opublikowaną na stronie internetowej Zamawiającego 7 marca 2021 r.), co skutkuje postawieniem warunku niejasnego i nieprecyzyjnego, nieodnoszącego się do przedmiotu zamówienia, a więc nieproporcjonalnego w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz warunku, który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a więc warunku nieodpowiadającego minimalnym poziomom zdolności;
- art. 99 ust. 1 i 4 PZP w związku z art. 16 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 k.c. oraz 353[1] k.c. oraz 354 § 2 k.c. w zw. z ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych oraz Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych - dalej RODO) - w szczególności art. 28 RODO poprzez wprowadzenie wewnętrznie sprzecznych posiadających istotne luki zapisów SWZ w zakresie postanowień umowy o powierzeniu przetwarzania danych osobowych wskutek tego, iż Zamawiający jednocześnie zmodyfikował zapisy pierwotnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego w ten sposób, iż usunął sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami zapisy § 4 (czego Odwołujący nie kwestionuje) i wskazał, że kwestię powierzenia przetwarzania danych będzie regulował załącznik do umowy o udzielenie zamówienia publicznego (zgodnie z listą załączników nr 5), a także oświadczył, iż wzór umowy powierzenia przetwarzania danych jest załącznikiem do udzielonych w dniu 25 lutego 2021 r. wyjaśnień, a tymczasem Zamawiający faktycznie zaniechał publikacji tychże postanowień (istotne postanowienia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych nie zostały udostępnione wykonawcom w ramach dokumentacji postępowania), które stanowią istotną część opisu przedmiotu zamówienia.
Postępowanie prowadzone jest w częściach: Część 1. Dostawa sprzętu na potrzeby Telecentrum, Część 2. Wdrożenie i uruchomienie systemu Teleopieki.
25.02.2021 r. Zamawiający uzupełnił opis przedmiotu zamówienia o Załącznik nr 7 do SIWZ. Załącznik miał prezentować warunki dotyczące formy próbki oferowanego oprogramowania w postępowaniu o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Utworzenie i Funkcjonowanie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum i utrzymania systemu teleopieki". Zdaniem Odwołującego załącznik jest nieprecyzyjny i może wprowadzać w błąd wykonawców przygotowujących ofertę. Odwołujący przedstawił zarzuty i żądania względem poszczególnych postanowień tego załącznika.
Odwołujący sformułował także zarzut dotyczący braku załączenia przez Zamawiającego umowy Rodo, pomimo, że w treści udzielonej odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców z 25 lutego 2021 r. Zamawiający wskazał, umowa rodo stanowi załącznik do wyjaśnień.
Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez włączenie w treść SWZ i opublikowanie na stronie internetowej Zamawiającego postanowień umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.
7 marca 2021 r. Zamawiający dokonał również modyfikacji określenia warunków udziału w postępowaniu dla części nr 2 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego doświadczenia wykonawcy w postaci wykazania, że wykonawca wykonał lub wykonuje: (...) minimum 2 (dwie) usługi polegające na wdrożeniu systemu do teleopieki lub dostawie usług teleopieki w tym przynajmniej jedna usługa polegała na wdrożeniu systemu do teleopieki wraz z integracją oprogramowania z centralą telefoniczną IP, o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto (zgodnie z odpowiedzią pismem datowanym na 25 lutego 2021 r., opublikowaną na stronie internetowej Zamawiającego 7 marca 2021 r.).
Odwołujący wskazał, że świadczenie usług teleopieki zostało błędnie nazywane przez Zamawiającego „dostawą usług teleopieki", co implikuje również zarzut niejasnego warunku. Nie wiadomo, czy Zamawiający ma na myśli dostawę czy usługę zgodnie z definicjami PZP.
Odwołujący wskazał także, że usługa teleopieki polegająca na monitorowaniu parametrów życiowych użytkowników i reagowaniu personelu na zmianę tych parametrów (o której informuje system) jest świadczeniem kompletnie innym niż usługa wdrożenia systemu informatycznego do teleopieki - a tak postawiony warunek udziału nie jest związany z przedmiotem zamówienia (którym nie jest usługa zdrowotna czy teleopiekuńcza - ale usługi informatyczne), a zatem nie określa minimalnych poziomów zdolności.
Odwołujący wskazał, że taka zmiana warunku oznacza, iż Zamawiający dopuszcza do postępowania wykonawców, którzy nie mają doświadczenia w realizacji takich wdrożeń w odpowiedniej skali, a w konsekwencji nie dają gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia. Dochodzi do łączenia kwot za dwie rodzajowo różne usługi - a zatem teoretycznie można się dla wykazania warunku udziału posłużyć podmiotem trzecim jako zasobem udostępniającym swoje doświadczenie w zakresie „dostawy usług teleopieki" na kwotę konsumującą praktycznie całość z 2.000.000 zł brutto, który nie będzie miał co realizować w postępowaniu (bo przedmiotem postępowania nie jest świadczenie usług teleopiekuńczych) - a w konsekwencji takie doświadczenie będzie dla realizującego umowę bezużyteczne.
Zdaniem Odwołującego rodzi to podejrzenie, że Zamawiający, pomimo że niezgodnie z PZP dopuszcza powołanie się na świadczenie o kompletnie innym charakterze niż to opisane w SWZ, dodatkowo daje niezgodną z zasadami uczciwej konkurencji furtkę, dzięki której w przypadku powołania się na zasób podmiotu trzeciego, jakikolwiek udział takiego podmiotu w realizacji zamówienia będzie fikcją. Tym samym zmiana dyskryminuje wykonawców, którzy posiadają realne doświadczenie we wdrażaniu systemów informatycznych do teleopieki - co jest przedmiotem niniejszego postępowania.
Mając powyższe na uwadze, Zamawiający działa niezgodnie ze swoim interesem i wbrew zasadzie efektywności.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ i ogłoszenia w zakresie warunków udziału poprzez wykreślenie sformułowania „lub dostawie usług teleopieki" z warunku udziału, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt I lit. b).
Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie.
Dokonał także zmian w treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu.
Izba skierowała do Wykonawcy SiDLY sp. z o.o. Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wezwanie dotyczące oświadczenia Wykonawcy w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w trybie art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący złożył pismo, w którym oświadczył, że w jego ocenie treść odpowiedzi na odwołanie oraz dokonane w tym samym dniu zmiany SWZ i ogłoszenia (opisane szerzej w uzasadnieniu niniejszego pisma) nie dają podstawy do przyjęcia, że Zamawiający uwzględnił odwołanie na podstawie i ze skutkami wynikającymi z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.
Z tego względu Przystępujący wniósł o rozpoznanie odwołania oraz jego oddalenie jako dotyczącego czynności już przez Zamawiającego unieważnionych w Postępowaniu.
Dodatkowo, na wypadek uznania, że Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania na podstawie art. 522 ust. 1 PZP, Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części dotyczącej opisu warunku udziału w Postępowaniu (zarzut nr 2 odwołania) i jednocześnie wniósł o oddalenie odwołania w tej części.
W argumentacji Przystępujący wskazał, że w odpowiedzi na odwołanie z 17 marca br. Zamawiający wyjaśnił, że „zapoznał się z zarzutami odwołania i w konsekwencji powyższego Zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania. W konsekwencji Zamawiający dokonał zmian w treści dokumentów zamówienia", po czym nastąpiło wskazanie dokumentów, które zawierały wprowadzone zmiany. W zakresie warunku udziału w Postępowaniu polegały one na zastąpieniu w opisie warunku zwrotu „lub dostawie usług teleopieki" na sformułowanie „lub świadczeniu usług Teleopieki" - a zatem inaczej, niż domagał się tego Odwołujący.
Przystępujący wskazał, że w żadnej części odpowiedzi na odwołanie nie wskazano, że Zamawiający uwzględnia odwołanie w trybie art. 522 ust. 1 PZP, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia odwołania i braku sprzeciwu przystępujących wykonawców zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.
Wskazał także, że treść pisma Zamawiającego, przy uwzględnieniu zakresu dokonanych zmian SWZ wskazywała, że Zamawiający zdecydował się zmienić treść warunku w sposób odmienny od żądanego przez Odwołującego.
Zdaniem Przystępującego dokonano błędnej interpretacji oświadczenia Zamawiającego co do sposobu uwzględnienia odwołania. W konsekwencji brak jest podstaw do skierowania do Przystępującego wezwania, czy zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania. Działając z ostrożności, Przystępujący na podstawie art. 523 ust. 1 PZP wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego
Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nim zarzutów w tym zakresie, jak i z uwagi na brak substratu zaskarżenia, bowiem zaskarżona czynność (treść SWZ i ogłoszenia w brzmieniu, którego dotyczy odwołanie) została przez Zamawiającego unieważniona i zastąpiona nowymi postanowieniami w dniu 17 marca br.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W trakcie posiedzenia z udziałem stron Zamawiający na pytanie Izby jednoznacznie oświadczył, że uwzględnił odwołanie w całości. Wbrew zatem stanowisku Przystępującego, Zamawiający dokonał uwzględnienia całości odwołania ze skutkami wynikającymi z artykułu 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie oświadczył, że zmienia stanowisko procesowe.
Przystępujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że podtrzymuje sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w części dotyczącej opisu warunku udziału w postępowaniu (zarzut nr 2).
Wobec okoliczności, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, a Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w części dotyczącej opisu warunku udziału w postępowaniu (zarzut nr 2), w pozostałej części sprzeciwu nie wniósł, Izba umorzyła postępowanie w zakresie wszystkich zarzutów z wyjątkiem zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego artykułu 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu dla części nr 2, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy.
Wobec okoliczności, że Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego artykułu 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu dla części nr 2, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy, zarzut ten został skierowany do rozpoznania na rozprawie.
Zarzut ten podlegał uwzględnieniu.
Do rozstrzygnięcia powyższego zarzutu istotne znaczenie miał artykuł 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
Przedmiotem zamówienia jest utworzenie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum i utrzymanie systemu teleopieki. Zamówienie udzielane jest w ramach projektu Kujawsko-Pomorska Teleopieka.
Zadania, jakie obejmuje opis przedmiotu zamówienia, dotyczą wdrożenia systemu informatycznego. Zamawiający ani Przystępujący nie przedstawili żadnego postanowienia SWZ, które wskazywałoby na prowadzenie usługi teleopieki. Przywoływana przez Przystępującego odpowiedź na pytanie nr 8 udzielona przez Zamawiającego 24 lutego 2021 roku, dotycząca opracowania procedur funkcjonowania systemu nie oznacza, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi teleopieki. Świadczenie usługi teleopieki, jak wskazał Odwołujący, łączy się z monitorowaniem parametrów zdrowia przez uprawnione osoby, reagowaniu na te zmiany, kontakcie z pacjentem, a takich usług opis przedmiotu nie zawiera. Natomiast opracowanie procedur stanowi jedynie czynność administracyjną, a nie odnoszącą się do monitorowania parametrów zdrowia pacjentów. Ponadto sama okoliczność, że sformułowanie „telecentrum" znalazło się w nazwie przedmiotu zamówienia, nie oznacza (wbrew twierdzeniu Przystępującego), że należy wyprowadzić z tego faktu tak daleko idące wnioski, że przedmiot zamówienia obejmuje usługę teleopieki. W opisie przedmiotu zamówienia, jak wskazano powyżej, brak jest jakichkolwiek czynności, które wskazywałyby na fakt, że przedmiot zamówienia stanowi usługa teleopieki. Także sama dostawa opasek, która jest częścią przedmiotu zamówienia, nie odpowiada usłudze teleopieki. Opaski są elementem wyposażenia i programu informatycznego. Będą one także dostarczane Zamawiającemu, a nie pacjentowi, co oznacza, że nie są elementem obsługi pacjenta. Zatem sam fakt takiej dostawy nie przesądza, że przedmiotem zamówienia objęta została usługa teleopieki.
Tym samym Zamawiający i Przystępujący nie wykazali, aby przedmiot zamówienia obejmował usługę teleopieki.
Skoro zatem przedmiot zamówienia nie obejmuje usługi teleopieki, postawienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do świadczenia usługi teleopieki jest nieproporcjonalne. Warunek udziału w postępowaniu konstruowany jest w celu wyłonienia do realizacji zamówienia podmiotu, który w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienie. Skoro przedmiot zamówienia nie obejmuje usługi teleopieki, to podmiot, który posiada doświadczenie w

realizacji tego rodzaju usługi, nie jest niezbędny do realizacji zamówienia. Nie jest tak, jak wywodził Zamawiający, że podmiot, który świadczy usługi teleopieki, będzie posiadał wiedzę, w jaki sposób wdrożyć system informatyczny służący do obsługi tego rodzaju usługi.
Podmioty, które świadczą usługi informatyczne, wdrażania systemów informatycznych, nie muszą posiadać wiedzy w zakresie usługi, na rzecz której będzie pracował wdrażany system informatyczny. Trafnie zauważył Odwołujący, że aby utworzyć i wdrożyć system informatyczny dla sektora usług bankowych czy ubezpieczeniowych, nie jest konieczna wiedza z dziedziny bankowości czy ubezpieczeń. Czym innym jest wiedza i doświadczenie w zakresie wdrożenia systemu informatycznego, a czym innym wiedza i doświadczenie w zakresie usług, świadczonych z wykorzystaniem tego systemu.
Warunek należy uznać za nieproporcjonalny także z uwagi na okoliczność, że w niniejszym postępowaniu możliwa jest sytuacja, w której zamówienie uzyska podmiot, który posiada bardzo niewielkie doświadczenie przy tworzeniu systemu informatycznego lub nie posiada w ogóle takiego doświadczenia, a posiada jedynie doświadczenie przy realizacji usługi teleopieki, która nie jest objęta przedmiotem zamówienia.
Możliwa jest hipotetycznie sytuacja, gdy przedmiot zamówienia będzie realizowany przez podmiot, który posiada dotychczas zdobyte doświadczenie przy realizacji usługi wdrożenia systemu informatycznego za niewielką w stosunku do przedmiotu zamówienia kwotę, np. kwotę 100 000 zł, a jednocześnie posiada doświadczenie głównie przy realizacji usługi, która nie jest objęta przedmiotem zamówienia, tj. usługi teleopieki na kwotę 1 900 000 zł. Powyższe nie tylko potwierdza nieproporcjonalność warunku udziału w postępowaniu, ale prowadzi do okoliczności, w której Zamawiający w tym samym postępowaniu będzie dokonywał wyboru i oceny ofert pośród wykonawców, których doświadczenie i wiedza są różne i nieporównywalne. Do realizacji zamówienia zostaną zatem dopuszczone podmioty o różnym, nieporównywalnym doświadczeniu.
Izba podziela zatem stanowisko Odwołującego, że Zamawiający dopuścił możliwość powołania się przez wykonawcę na doświadczenie o kompletnie innym charakterze niż stanowiące przedmiot zamówienia opisany w SWZ. Tym samym zmiana dyskryminuje wykonawców, którzy posiadają realne doświadczenie we wdrażaniu systemów informatycznych do teleopieki - co jest przedmiotem niniejszego postępowania.
Z powyższych względów, zarzut Odwołującego należało uznać za uzasadniony.
W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego artykułu 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu dla części nr 2, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy.
Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku udziału w postępowaniu poprzez wykreślenie sformułowania odnoszącego się do świadczenia usług teleopieki (tj. sformułowań: „lub dostawie usług teleopieki", „lub świadczeniu usług teleopieki").
Wbrew twierdzeniu Przystępującego, odwołanie nie podlegało oddaleniu z uwagi na fakt, że Zamawiający dokonał już modyfikacji treści SWZ. Nie jest tak, jak twierdzi Przystępujący, że „odwołanie dotyczy czynności nieistniejącej". Wprawdzie Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie i dokonał modyfikacji SWZ, także w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu, jednakże dokonana modyfikacja stanowiła jedynie modyfikację w zakresie formalnym, również kwestionowanym przez Odwołującego. Zamawiający, nawet wobec oświadczenia o uwzględnieniu odwołania (i braku jednoznacznego oświadczenia o zmianie stanowiska procesowego w tym zakresie), nie uczynił zadość całości żądania Odwołującego. Odwołujący wyjaśnił, że wniesienie nowego odwołania wobec zmienionej przez Zamawiającego SWZ mogłoby zostać uznane za spóźnione, bowiem warunek udziału w postępowaniu nie uległ zmianie w zakresie merytorycznym, stąd termin na wniesienie odwołania w odniesieniu do treści warunku udziału w postępowaniu nie uległ zmianie.
Rozstrzygnięciu Izby została poddana kwestia proporcjonalności warunku. Zarzut został uwzględniony. Przystępujący po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia tego zarzutu.
Mając na uwadze powyższe okoliczności, jak również fakt, że Zamawiający wprawdzie dokonał modyfikacji treści SWZ, jednak dokonana modyfikacja nie odnosiła się do kwestii proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu, Izba mając również na uwadze zasadę koncentracji środków zaskarżenia, nakazała dokonanie modyfikacji SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie sformułowania odnoszącego się do świadczenia usług teleopieki. Nie jest bowiem uprawnione wpisanie wszelkich ewentualnych sformułowań odnoszących się do usługi teleopieki, w tym takich, które były uprzednio i obecnie wpisane przez Zamawiającego do treści warunku udziału w postępowaniu, jak: „lub dostawie usług teleopieki", „lub świadczeniu usług teleopieki".
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 5 pkt 2b), §9 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący:……..