Sygn. akt: KIO 2085/22

POSTANOWIENIE
z dnia 24 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Monika Szymanowska
Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 24 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 sierpnia 2022 r. przez Odwołującego: Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala (NFZ), ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa

przy udziale wykonawcy KAMSOFT Spółka Akcyjna, ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu na rzecz Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 2085/22

UZASADNIENIE

Dnia 8 sierpnia 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca: Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (dalej jako: „Asseco Poland S.A." albo „Odwołujący"). Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 01 lutego 2022 r. udzielonego przez dwóch V-ce P.Z. osoby ujawnione w załączonym do odwołania wydruku KRS-u i umocowane do łącznej reprezentacji.

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego pn.: „Wsparcie analityczne

w zakresie analizy biznesowo systemowej w realizacji zadań związanych z wdrożeniem w organizacji Zintegrowanego Systemu Informatycznego Narodowego Funduszu Zdrowia - Część 1", Znak sprawy: BAG-SZP.261.1.8.2022, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2022 r. pod nr 2022/S 145-413861 przez Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala (NFZ), ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej „NPzp" albo „PZP".

Zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 112 ust. 1 PZP , poprzez ustanowienie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia - Rozdział V pkt 2 warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie pozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia na poziomie minimalnym, co utrudnia uczciwą konkurencję i powoduje ograniczenie możliwości udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają kompetencje i doświadczenie wystarczające dla ubiegania się o realizacje przedmiotu zamówienia, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

2. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 239 ust.1 w zw. z 241 PZP poprzez opisanie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia - Rozdział XVI pkt 2 „Kryterium II: Dodatkowe doświadczenie zawodowe osób dedykowanych do realizacji zamówienia" w sposób naruszający uczciwą konkurencję i w konsekwencji powodujący nierówne traktowanie wykonawców, co skutkuje ograniczeniem możliwości udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają kompetencje i doświadczenie wystarczające dla ubiegania się o realizacje przedmiotu zamówienia, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

3. Naruszenie przepisu art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w zw. z art. 439 ust. 1 PZP poprzez wykorzystanie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy w drodze ukształtowania postanowień umowy w § 15 Zmiany umowy ust. 11 odnoszącej się waloryzacji wynagrodzenia w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa oraz bez dostosowanie przepisu art. 439 PZP do obecnej sytuacji gospodarczej, a więc wyłącznie poprzez zastosowania przepisu w sposób fikcyjny, wyłącznie „formalny" a nie stosując go realnie.

4. Naruszenie przepisu art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP wykorzystanie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy w drodze ukształtowania postanowień umowy w § 6 Zlecenia ust. 9 odnoszącej się rozstrzygania sporu w zakresie ilości godzin zlecenia w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa oraz umożliwiający Zamawiającemu faktyczne decydowanie o pracochłonności Wykonawcy.

5. Naruszenie przepisu art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP wykorzystanie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy w drodze ukształtowania postanowień umowy w § 7 Konflikt interesów w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa oraz powodujący, że szereg Wykonawców przy tak rygorystycznych postanowieniach (np. z uwagi na inne kontrakty) nie złoży oferty w postępowaniu, pomimo, że ma możliwość wykonania zamówienia a postanowienia mniej rygorystyczne w zupełności zapewniałby bezpieczeństwo Zamawiającego. (celowe wykluczenie określonego kręgu podmiotów).

6. Naruszenie przepisu art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP wykorzystanie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy w drodze ukształtowania postanowień umowy w § 10 ust. 2 bezpodstawnie rozszerzając odpowiedzialność.

W związku z powyższym, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskami wskazanymi w uzasadnieniu odwołania

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu,

wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Warunków

Zamówienia zwanej dalej: „SWZ", które zostały opublikowane w tym samym dniu, tj. 29 lipca

2022 r. na Platformie Zakupowej Zamawiającego pod adresem https://nfz.ezamawiajacy.pl

Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania (na platformie zakupowej Zamawiającego - tego samego dnia, jak odwołanie,

tj. 8 sierpnia 2022 r.) wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2022 r. wezwał (na Platformie Zakupowej Zamawiającego pod adresemhttps://nfz.ezamawiajacy.pl) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 sierpnia 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) KAMSOFT Spółka Akcyjna, ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice zwany dalej: „KAMSOFT Spółka Akcyjna" albo „Przystępującym" zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 12 sierpnia 2022 r. udzielonego przez P.Z. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie zasadami reprezentacji wynikającym z załączonego do odwołania dokumentu rejestrowego. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: KAMSOFT Spółka Akcyjna.

W dniu 19 sierpnia 2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił częściowo odwołanie, tj. zarzuty dotyczące § 15 ust. 11 Projektu Umowy (odnoszącego się do waloryzacji wynagrodzenia) oraz § 10 ust. 2 Projektu Umowy (odnoszącego się do odpowiedzialności wykonawcy za roszczenia osób trzecich wynikające z praw własności intelektualnych), dokonując zmiany SWZ w zakresie wskazanym przez Odwołującego. Wnosząc o oddalenie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, kryterium oceny ofert, ukształtowania postanowień Projektu Umowy odnośnie rozstrzygania sporu w zakresie ilości godzin zlecenia, a także konfliktu interesów. Przy czym wskazał że w zakresie zarzutów oddalonych dokona zmian, które wskazał za wyjątkiem zarzutu ukształtowania postanowień Projektu Umowy odnośnie rozstrzygania sporu w zakresie ilości godzin zlecenia. Kopia została przekazana Odwołującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Z-cę. Prezesa ds. operacyjnych wraz umocowaniem do złożenia odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 24 sierpnia 2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Stwierdził, że: „(...) cofa odwołanie wniesione

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2022 roku w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Wsparcie analityczne w zakresie analizy biznesowo-systemowej w realizacji zadań związanych z wdrożeniem w organizacji Zintegrowanego Systemu Informatycznego Narodowego Funduszu Zdrowia". Znak sprawy: BAG-SZP.261.1.8.2022.

W związku z powyższym wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zwrot 90% wpisu (...)". Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane tak jak odwołanie.

W związku ze złożonym oświadczeniem Odwołującego oraz wnioskiem o zwrot 90 %

wpisu Izba uznała, że mamy do czynienia z wycofaniem odwołania w całości.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie NPzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie o sygn. akt: KIO 2085/22.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500 zł 00 gr, stosownie do art. 557 i art. 575 NPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie: