

Sygn. akt: KIO 4619/24

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę „Agfa” sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez: Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. W.B., ul. L. Rydygiera 15/17, 86-300 Grudziądz,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy „Philips Polska” sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195b, 02-222 Warszawa,

postanawia:

**umorzyć postępowanie odwoławcze,**

nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy „Agfa” sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa, kwoty 13 500,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 4619/24

### Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. W.B., ul. L. Rydygiera 15/17, 86-300 Grudziądz, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wymiana zintegrowanego systemu PACS wraz z migracją danych, dostawa stacji przeglądowych, stacji diagnostycznych oraz sprzętu serwerowego i oprogramowania towarzyszącego”, numer referencyjny: Z/101/PN/24. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29.11.2024 r., nr 233/2024 730725-2024.

W dniu 09.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy „Agfa” sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy o finansach publicznych, w zw. z art. 7 pkt 32 w zw. z art. 255 pkt 6 i art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, polegające na opublikowaniu ogłoszenia oraz dokumentów zamówienia, z których treści wynika, że Zamawiający przewiduje, iż na moment zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale także na moment już po wykonaniu zamówienia przez wykonawcę, może nie dysponować środkami na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy, a zapłata wynagrodzenia wykonawcy uzależniona ma być od uprzedniego otrzymania przez Zamawiającego wypłaty środków od podmiotu trzeciego - Kujawsko-Pomorskiego Funduszu Rozwoju sp. z o. o. (co jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym); oznacza to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż umowa zawarta w takich warunkach stałaby w sprzeczności z istotą zamówienia publicznego jaką jest odpłatność, a tym samym podlegałaby unieważnieniu,
- 2)art. 627 ustawy Kodeks cywilny (dalej: „kc”), w zw. z art. 89 kc, art. 353<sup>1</sup> kc, art. 58 §1 kc, w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 pkt 32 ustawy Pzp, polegające na opublikowaniu ogłoszenia oraz dokumentów zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, przewidujących uzależnienie zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia od warunku (zdarzenia przyszłego i niepewnego w postaci otrzymania przez Zamawiającego środków od podmiotu trzeciego), co jest niedopuszczalne, gdyż zapłata wynagrodzenia należy do elementów przedmiotowo istotnych umowy, jaką chce zawrzeć Zamawiający (która miałaby cechy umowy o dzieło), a nadto uzależnienie zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia od warunku (zdarzenia przyszłego i niepewnego) stoi w sprzeczności z istotą zamówienia publicznego, jaką jest odpłatność,
- 3)art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (dalej „upnoth”), w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na określeniu w §10 ust. 13 projektowanych postanowień umowy terminu zapłaty w sposób sprzeczny z wynikającą z art. 8 ust. 2 upnoth bezwzględnie obowiązującą normą przewidującą maksymalny termin zapłaty wynoszący 60 dni od dnia doręczenia faktury potwierdzającej dostawę lub wykonanie usługi,
- 4)art. 138 ust. 1 oraz art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp polegające na wyznaczeniu terminu składania ofert krótszego niż

35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, pomimo że nie zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert nie jest uzasadnione (twierdzenie Zamawiającego o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia pozostaje w sprzeczności z treścią dokumentów zamówienia, z których wynika, że Zamawiający może nie pozyskać środków na zapłatę wykonawcy, co oznacza, iż nie można mówić o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia, gdyż zapłata wynagrodzenia wykonawcy należy do istoty zamówienia, Zamawiający nie jest gotów wykonawcy zapłacić),

5)art. 16 pkt 1 – 3, art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 281 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty (niejasny) i nieproporcjonalny, poprzez określenie terminów wykonania zamówienia w sposób nieadekwatny do specyfiki przedmiotu zamówienia, w szczególności przez określenie zbyt krótkiego terminu dostawy oprogramowania i licencji na oprogramowanie (do dnia 27 grudnia 2024 r.), określenie terminów wykonania zamówienia datami dziennymi (bez wskazania obiektywnej przyczyny) zamiast przez wskazanie okresów liczonych od dnia zawarcia umowy, a także przez ustalenie terminu dostawy oprogramowania i licencji na oprogramowanie przed terminem dostawy stacji przeglądowych, stacji diagnostycznych oraz sprzętu serwerowego, co jest rozwiązaniem sztucznym, nieodpowiadającym praktyce rynkowej i realnym potrzebom zamawiającego, a także mogącym prowadzić do uprzywilejowania konkretnego wykonawcy (Philips),

6)art. 16 pkt 1 – 3, art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 281 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty (niejasny) i nieproporcjonalny, poprzez umieszczenie w opisie przedmiotu zamówienia:

a)zakresu opisanego jako Platforma lub moduł do zarządzania i analizy badań kardiologicznych - tabela C w załączniku nr 6 opis przedmiotu zamówienia do specyfikacji warunków zamówienia,

b)zakresu opisanego jako Platforma postprocessingowa do zaawansowanej analizy badań obrazowych wraz z aplikacjami bazującymi na AI - tabela F w OPZ wraz z punktami tabeli A.2.1 punkty 27-34 ściśle związanymi z zakresem z tabeli F,

które to zakresy nie są integralnie związane z systemem PACS, oraz mogłyby (i powinny) być przedmiotem odrębnego postępowania (zgodnie z praktyką rynkową i praktyką samego Zamawiającego), a tym samym ujęcie ww. zakresów w OPZ bez dopuszczenia składania na ww. zakresy ofert częściowych ogranicza konkurencję i może prowadzić do uprzywilejowania konkretnego wykonawcy (Philips), który ma w swojej ofercie zarówno systemy PACS jak i produkty obejmujące ww. zakresy,

7)art. 16 pkt 1 – 3, art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty (niejasny) i nieproporcjonalny, poprzez zamieszczenie w tabeli A.2.1 punkt 35 OPZ wymogu „Wszystkie aplikacje wymienione w punktach A.2.27-A.2.34 muszą być integralną częścią klienta diagnostycznego. Wykluczone jest zastosowanie aplikacji firm trzecich i jakichkolwiek mechanizmów ich integracji”, co ogranicza konkurencję, gdyż dopuszcza zaoferowanie wyłącznie rozwiązania, w którym zarówno system PACS jak i platforma postprocessingowa (aplikacje do postprocessingu) pochodzą tylko od jednego producenta, a co nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia i pozostaje w sprzeczności z brzmieniem tabeli A.2.1 punkt 37 OPZ, w którym Zamawiający przewiduje zintegrowanie kontekstowe klienta diagnostycznego PACS z serwerem postprocessingowym.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia w sposób wskazany w odwołaniu.

Pismem z dnia 13.12.2024 r. wykonawca „Philips Polska” sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195b, 02-222 Warszawa zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 20.12.2024 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, jednocześnie informując o dokonanych modyfikacjach dokumentów zamówienia.

W dniu 23.12.2024 r. (tj. przed terminem 27.12.2024 r., na który zostało wyznaczone posiedzenie) Odwołujący poinformował, że cofa odwołanie.

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437):

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed

otwarcie rozprawy: najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości,

Izba umorzyła zatem postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp i nakazała zwrócić Odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: .....