

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 4 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2024 r. przez wykonawcę Alfavox sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego InnoBaltica sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Alfavox sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, uiszczonej tytułem 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 1736/24

Uzasadnienie

InnoBaltica sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Aktualizacja i utrzymanie platformy obsługi pasażera dla systemu PZUM oraz świadczenie usługi osobowej dla platformy obsługi pasażera dla systemu PZUM” (znak postępowania: ZP/07/2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 maja 2024 r. pod numerem 269084-2024.

W dniu 17 maja 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Alfavox sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postaci:

- 1) sformułowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (nadmierny) oraz ograniczający konkurencję i powodujący nierówne traktowanie wykonawców, przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy legitymują się doświadczeniem w świadczeniu usług utrzymania konkretnego systemu informatycznego (Contactis) przez nieuprawnione ograniczenie konkurencji w Postępowaniu i nieuzasadnione faworyzowanie jednego wykonawcy – PIRIOS S.A. (dalej „PIRIOS”) będącego twórcą i dostawcą systemu informatycznego Contactis, co narusza art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp;
- 2) sformułowania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (nadmierny) oraz ograniczający konkurencję i powodujący nierówne traktowanie wykonawców, przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy legitymują się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 3 miliony złotych, co narusza art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp;
- 3) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, przez nieprzewidzenie możliwości zaoferowania Zamawiającemu – w miejsce obecnie wykorzystywanego oprogramowania POP (Contactis) – świadczenia w postaci wymiany oprogramowania na równoważne wraz z zapewnieniem migracji danych do nowego systemu i usług aktualizacji i utrzymania całego nowego systemu w wymaganym przez Zamawiającego okresie czasu; co narusza art. 99 ust. 4 in principio w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp;
- 4) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie jest wyczerpujący i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty ze skutkiem w postaci ograniczenia konkurencji, nierównego traktowania wykonawców oraz braku przejrzystości w Postępowaniu w zakresie w jakim Zamawiający, w szczególności:
 - a) nie wskazał na czym ma dokładnie polegać aktualizacja oprogramowania POP ujęta w Zadaniu 1,
 - b) poszczególne opisy z załącznika nr jeden do OPZ (Tabele nr 1) wprost wskazują na ostateczne ustalenie zakresu zadań wykonawcy dopiero na etapie wykonawstwa tak np. pkt: DZ.9, DZ.10, DZ.11;
 - c) w pkt DZ. 10 załącznika nr jeden do OPZ (Tabele nr 1) dopuszczona została możliwość bliżej nieokreślonych dodatkowych rozliczeń „wycena odrębna na żądanie”, choć projekt umowy w § 5 ust. 3 wskazuje, że wynagrodzenie jest

ryczałtowe i wyczerpuje wszelkie roszczenia wykonawcy,

d) nie zawarł w opisie przedmiotu zamówienia wyliczenia pól eksploatacji w udzielonych Zamawiającemu licencjach na obecnie wykorzystywane oprogramowanie celem doprecyzowania, czy wykonawca inny niż twórca i dostawca obecnie wykorzystywanego oprogramowania (PIRIOS) będzie miał możliwość ingerencji w to obecnie wykorzystywane oprogramowanie co jest istotne z punktu widzenia kalkulacji ceny oferty;

e) nie wskazał o ile i o jakie licencje może być rozbudowany system i jaki ma to wpływ na obowiązki wykonawcy związane z realizacją umowy;

tym samym OPZ nie pozwala na skalkulowanie oferty, przewidzenie rozmiaru prac objętych przedmiotem zamówienia, przewidzenie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i może być zrozumiały tylko dla jednego wykonawcy tj. twórcy i dostawcy obecnie wykorzystywanego przez Zamawiającego oprogramowania (PIRIOS), co powoduje że faworyzuje konkretnego wykonawcę,

co narusza art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. zmianę warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt. VII.3 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) przez nadanie mu następującego brzmienia:

Warunek ten zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie:

a) wykonał co najmniej jedną usługę wyrażającą się utrzymaniem systemu typu contact center wielokanałowego (co najmniej: głos, mail, sms, formularz www, chatbot),

b) zrealizował co najmniej jedną usługę polegającą na outsourcingu osobowym dla co najmniej 3 osób,

z jednoczesną odpowiednią zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu.

2. zmianę warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy legitymują się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 1 miliona złotych, z jednoczesną odpowiednią zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu;

3. uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) zawartego w załączniku nr 10 do SWZ o możliwość zaoferowania przez wykonawcę świadczenia w postaci wymiany dotychczas używanego oprogramowania na równoważne wraz z zapewnieniem migracji danych do nowego systemu i usług utrzymania całego systemu w wymaganym przez Zamawiającego okresie czasu;

4. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który jest wyczerpujący i uwzględnia wszystkich wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w szczególności przez:

a) precyzyjne wskazanie na czym ma dokładnie polegać aktualizacja oprogramowania POP ujęta w Zadaniu 1,

b) doprecyzowanie poszczególnych opisów z załącznika nr jeden do OPZ (Tabele nr 1) tak aby wynikał z nich jednoznacznie pełen zakres zadań wykonawcy;

c) dookreślenie ewentualnych dodatkowych rozliczeń z wykonawcą wraz z ewentualną zmianą projekt umowy w § 5,

d) zawarł w opisie przedmiotu zamówienia wyliczenia pól eksploatacji w udzielonych Zamawiającemu licencjach na obecnie wykorzystywane oprogramowanie celem doprecyzowania, czy wykonawca inny niż twórca i dostawca obecnie wykorzystywanego oprogramowania (PIRIOS) będzie miał możliwość ingerencji w to obecnie wykorzystywane oprogramowanie i czy Zamawiający dysponuje kodem źródłowym do tego oprogramowania;

e) precyzyjnie wskazał o ile i o jakie licencje może być rozbudowany system i jaki ma to wpływ na obowiązki wykonawcy związane z realizacją umowy.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego, na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na podstawie rachunku, który zostanie złożony do akt postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że spełnia materialnoprawne przesłanki do wniesienia odwołania. Odwołujący jest wykonawcą, który buduje, wdraża i utrzymuje systemy informatyczne typu contact center (analogiczne do systemu, który ma być u Zamawiającego utrzymywany w wyniku udzielenia przedmiotowego zamówienia) ergo ma doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia. Niemniej jednak, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp Odwołujący może zostać pozbawiony szans na ubieganie się o udzielenie zamówienia, bowiem nie wpisuje się w niczym nieuzasadnione preferencje Zamawiającego w zakresie doświadczenia referującego do utrzymania konkretnego systemu oferowanego przez potencjalnego konkurenta Odwołującego. Ponadto przy jednoczesnym braku możliwości zaoferowania systemu równoważnego dokumenty zamówienia w obecnym kształcie w sposób nieuzasadniony faworyzują konkretnego wykonawcę (PIRIOS) przez jego naturalną przewagę konkurencyjną (obsługa własnego oprogramowania). Ponadto nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia również prowadzi do faworyzacji konkretnego wykonawcy (PIRIOS) przez fakt, że tylko dla niego OPZ może być czytelny. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku zidentyfikowanych naruszeń ustawy Pzp, która wyrażać się będzie pozbawieniem bądź szans

w ogóle na udział w postępowaniu, bądź nierówną pozycją w zakresie informacji niezbędnych dla prawidłowej kalkulacji ceny oferty, a w konsekwencji – brakiem szansy uzyskania i realizacji zamówienia.

Odwolanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 7 maja 2024 r. (opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 17 maja 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W dniu 23 maja 2024 r. do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Pirios Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej: „Pirios”).

Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2024 r. oświadczył, iż uwzględni odwołanie.

W dniu 29 maja 2024 r. Pirios został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Następnie, pismem z dnia 3 czerwca 2024 r. Pirios oświadczył, iż wycofuje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że cofnięcie przystąpienia w tym przypadku skutkuje uznaniem, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Tym samym, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 3) w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec faktu, że uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego nastąpiło przed otwarciem rozprawy, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie §9 ust. 1 pkt 2a) 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 (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: