

Poznań, dnia 6 marca 2023 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
w Warszawie
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający: Szpital Wojewódzki w Poznaniu, ul. Juraszów 7/19, 60-479 Poznań, tel.: 61 8212 200, e-mail: zaopatrzenie@lutycka.pl

Odwołujący: Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań, numer KRS: 0000014544, tel.: 61 64 60 981, faks: 61 64 60 980, e-mail: biuro@nexuspolska.pl, z zarządem w składzie: Ewa Dobaczewska-Szalczyk, Jacek Marcin Kobusiński, Paweł Roman Masadyński, reprezentowana przez: Agnieszkę Smuszkiewicz – pracownika Nexus Polska

Dotyczy (przedmiot zamówienia): postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - Ujednolicenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu”, znak sprawy: SZW/DZP/37/2022, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 14 czerwca 2022 r. pod numerem: 2022/S 113-318819

ODWOŁANIE

od unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - Ujednolicenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu”, znak sprawy: SZW/DZP/37/2022

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 w zw. z art. 514 ust. 1 i art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.; dalej jako „pzp”), wnoszę odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu podjętej w postępowaniu, poprzez niezgodne z jej przepisami:

- unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo braku podstaw do unieważnienia, podczas gdy to postępowanie powinno zakończyć się wyborem jedynej oferty, tj. oferty Odwołującego;

co doprowadziło do przeprowadzenia postępowania z istotnym naruszeniem ustawy, mającym wpływ na jego wynik

i w związku z tym **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie **art. 255 pkt 6 pzp i art. 457 ust. 1 pzp** poprzez niezasadne unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu

umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy postępowanie nie było obarczone wadami, a zawarcie umowy nie skutkowałoby jej unieważnieniem;

i wobec powyższego **wnoszę o:**

- I. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
 - 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
 - 2) dokonanie ponownej czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ w postępowaniu i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- II. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Interes Odwołującego i możliwość poniesienia szkody:

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży systemów informatycznych obsługujących placówki służby zdrowia jest zainteresowany dalszym udziałem w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego niezasadne unieważnienie postępowania skutkowało utratą możliwości zawarcia umowy i realizacji zamówienia, co doprowadziło do szkody po stronie Odwołującego. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący powinien uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Termin na wniesienie odwołania:

Odwołujący został poinformowany drogą elektroniczną o odrzuceniu przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania w dniu 22 lutego 2023 r. Mając na względzie brzmienie art. 515 ust. 1 pkt 1 pzp, stanowiącego, że odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Termin 10-dniowy na wniesienie niniejszego odwołania, upływał więc w dniu 4 marca 2023 r., a biorąc pod uwagę treść art. 8 ust. 1 pzp, faktycznie upływa 6 marca 2023 r. Uznać zatem należy, że odwołanie zostało wniesione w terminie.

Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu:

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - Ujednolicenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

2. Ogłoszenie o zamówieniu został opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 czerwca 2022 r., pod numerem: 2022/S 113-318819. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 5 289 000,00 zł brutto.
3. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu w wysokości 4 920 598,08 zł brutto, w tym cena za serwis i utrzymanie w wysokości 96 000,00 zł brutto.
4. Oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców, Odwołujący i Kamssoft S.A.
5. Zamawiający w dniu 12 grudnia 2022 r. zawiadomił Odwołującego drogą elektroniczną o:
 - odrzuceniu jego oferty;
 - odrzuceniu oferty Kamssoft S.A.
 - unieważnieniu postępowania w oparciu art. 255 pkt. 2 ustawy pzp.
6. **Dowód:** zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego akta postępowania
7. Zawiadomienie o unieważnieniu Postępowania akta postępowania
8. Odwołujący 22 grudnia 2022 r. złożył do KIO odwołanie, w którym zaskarżył zarówno czynność odrzucenia oferty oraz czynność unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 2 pzp.

W postępowaniu przed KIO drugi z wykonawców, który złożył ofertę w postępowaniu – Kamssoft S.A. nie zakwestionował decyzji o odrzuceniu jego oferty, a jedynie przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego.
9. Wyrokiem z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3443/22 KIO uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Nexus Polska sp. z o.o. oraz dalsze prowadzenie postępowania z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy
10. **Dowód:** Wyrok KIO 3443/22 akta postępowania
11. W dniu 22 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że uwzględniając treść wyroku KIO z 5 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3443/22 dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonał ponownego badania złożonych ofert, w wyniku którego dokonał ponownego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 255 pkt 6 pzp.
12. **Dowód:** Informacja od Zamawiającego akta postępowania

14. Zgodnie z art. 255 pkt 6 pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jako pierwszą podstawę zaistnienia przedmiotowej wady Zamawiający wskazał:

15. „W załączniku Nr 1 do SWZ, tj. Formularzu ofertowym, oferent był zobligowany do wskazania liczby „godzin ewaluacyjnych w okresie gwarancyjnym”. Jednocześnie w SWZ wskazano, iż zadeklarowana liczba godzin ewaluacyjnych w okresie gwarancyjnym stanowi III kryterium oceny ofert z wagą aż 30%. Przy czym punkty przyznane danej ofercie miały zostać obliczone wg poniższego wzoru:

$$W = Wp1 + Wp2 + Wp3$$

gdzie:

W – ocena końcowa oferty – to suma punktów uzyskanych za wszystkie kryteria

Wp1 – ilość punktów uzyskanych w kryterium „Cena brutto zamówienia”

Wp2 – ilość punktów uzyskanych w kryterium „Zmniejszenie procentowe czasów usunięcia dysfunkcji zawartych w warunkach SLA [do max 50%]”

Wp3 – ilość punktów uzyskanych w kryterium „Liczba godzin ewaluacyjnych w okresie gwarancyjnym”

Jednocześnie $Wp3 = (\text{oferowana liczba godziny ewaluacyjnych przez 48 miesięcy} / \text{Największa liczba godzin ewaluacyjnych w okresie 48 miesięcy}) * 30$.

Stosownie zaś do §12 ust. 2 Wzoru umowy [Załącznik nr 4 do SWZ] ustalono, iż Wykonawca udziela gwarancji na dostarczony Sprzęt, Oprogramowanie na okres zgodny z gwarancją oferowaną przez producenta Sprzętu lub Oprogramowania, jednakże na okres nie krótszy niż 12 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru końcowego bez uwag i zastrzeżeń. Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji na usługi Wdrożenia na okres 12 miesięcy.

Tym samym kryterium oceny ofert obciążane jest wadą, albowiem odnosi się do okresu gwarancyjnego – zgodnie z umową 12 miesięcy [Oferent w formularzu ofertowym nie miał możliwości wskazania okresu gwarancji] natomiast, z treści opisu kryterium wynika, iż godziny ewaluacyjne mają odnosić się do okresu 48 miesięcy.

Z uwagi na powyższe rozbieżności nie istnieje realna możliwość porównania ofert, w szczególności, iż jeden z oferentów zaproponował 1920 godzin w okresie gwarancyjnym, a drugi 6 240 godzin w okresie gwarancyjnym, albowiem oferenci różnie mogli rozumieć okres w jakim mają być realizowane godziny ewaluacyjne – co z resztą wynika z ww. różnic ofertowych.”

16. Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. To, że Zamawiający przewidział w ramach wzoru zastosowanego w ramach kryterium oceny ofert uwzględnienie godzin ewaluacyjnych nie w okresie 12 miesięcy, lecz w okresie 48 miesięcy nie powoduje wbrew stanowisku Zamawiającego wady kryterium, ani tym bardziej nie zachodzi brak możliwości porównania ofert. Przeprowadzenie oceny w ramach przedmiotowego kryterium z uwzględnieniem godzin ewaluacyjnych w okresie 12 miesięcy jak i przeprowadzenie tejże oceny

w okresie 48 miesięcy prowadzą bowiem dokładnie do tych samych rezultatów. W przypadku 48 miesięcy podane w ofertach liczby godzin należy pomnożyć przez 4 (12 miesięcy x 4 = 48 miesięcy). Ponieważ ten sam iloczyn stosujemy zarówno w mianowniku jaki w liczniku wzoru, iloraz liczb 4 razy większych daje dokładnie ten sam wynik, co iloraz liczb 4 razy mniejszych.

17.

Wykonawcy	Oferowane godziny	miesiące	waga	punkty
Odwołujący	1920	48	30	9,23076923
Kamsoft	6240	48	30	30
Odwołujący	1920	12	30	9,23076923
Kamsoft	6240	12	30	30

18.

Twierdzenie Zamawiającego, że *oferenci różnie mogli rozumieć okres w jakim mają być realizowane godziny ewaluacyjne – co z resztą wynika z ww. różnic ofertowych* jest niczym niepopartą dywagacją. W SWZ i OPZ Zamawiający wskazał minimalny – 48 godzin ewaluacyjnych (str. 161 OPZ) jak i maksymalny zakres godzin ewaluacyjnych (do 12 tys. godzin – str. 18 SWZ). Uwzględniając zaś, że Zamawiający dopuszczał minimalnie wskazanie w ofercie 48 godzin ewaluacyjnych, a maksymalnie 12 tys. godzin, to zaproponowane przez obu Wykonawców w ich ofertach ilości godzin ewaluacyjnych, a to 6240 godzin (oferta KAMSOF S.A.) i 1920 godzin (oferta Odwołującego) są ofertami zgodnymi z zapisami SWZ i OPZ oraz oczekiwaniami Zamawiającego i nie wynikają „z różnego rozumienia okresu w jakim mają być realizowane godziny ewaluacyjne”, co zdaniem Zamawiającego miałyby uzasadniać różnice ofertowe.

19.

Kolejne twierdzenie Zamawiającego *Niezależnie od powyższego, OPZ jest obciążony kolejną istotną wadą, albowiem w jego treści nie sprecyzowano czym są godziny ewaluacyjne oraz jaki zakres świadczeń w ramach przedmiotowej liczby godzin ma być realizowany przez Wykonawcę.* W treści OPZ w punkcie „Wizyty ewaluacyjne” [str. 160 OPZ] wskazano jedynie, iż *w ramach dokształcania kadry Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie w okresie trwania gwarancji przynajmniej raz na pół roku prowadzić cyklicznie wizyty powdrożeniowe, w trakcie których zweryfikuje poziom wykorzystania systemu i zaproponuje usprawnienia organizacyjne mogące przynieść korzyści.* również budzi zastrzeżenia. Wyjaśnienia w tym zakresie zawarte są na str. 160 Załącznika nr 2 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia.

„Wizyty ewaluacyjne

W ramach dokształcania kadry Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie w okresie trwania gwarancji przynajmniej raz na pół roku prowadzić cyklicznie wizyty powdrożeniowe, w trakcie których zweryfikuje poziom wykorzystania systemu i zaproponuje usprawnienia organizacyjne mogące przynieść korzyści szpitalowi w ramach obsługi systemu informatycznego. Zamawiający wymaga aby Wykonawca zagwarantował min. 48 godzin ewaluacyjnych – parametr będący kryterium oceny ofert.”

20.

Całkowicie niezrozumiałe jest więc twierdzenie Zamawiającego o braku sprecyzowania godzin ewaluacyjnych i zakresu świadczeń; wszystkie te elementy określone zostały w cytowanym fragmencie OPZ. Dodatkowe wyjaśnienia zostały ujęte w odpowiedziach na pytania:

21.

Pytanie nr 254 -załącznik nr 2 do SWZ, SOPZ, Wizyty ewaluacyjne, "W ramach dokształcania kadry Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie w okresie trwania gwarancji

przynajmniej raz na pół roku prowadzić cyklicznie wizyty powdrożeniowe, w trakcie których zweryfikuje poziom wykorzystania systemu i zaproponuje usprawnienia organizacyjne mogące przynieść korzyści szpitalowi w ramach obsługi systemu informatycznego. Zamawiający wymaga aby Wykonawca zagwarantował min. 48 godzin ewaluacyjnych – parametr będący kryterium oceny ofert"

Prosimy o potwierdzenie, że w celu efektywnego wykorzystania godzin zapotrzebowanie na wizyty będzie inicjowane przez Zamawiającego poprzez portal zgłoszeń.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego: Zamawiający potwierdza powyższe

22. Pytanie nr 265 -załącznik nr 2 do SWZ, SOPZ, Zakres 6 – Gwarancja i serwis, "Wykonawca zapewni w godzinach pracy Zamawiającego w dni robocze obecność specjalistów mających niezbędną wiedzę i doświadczenie z zakresu eksploatacji Systemów." Załącznik nr 2 OPZ Zakres 6 – Gwarancja i serwis Wykonawca zapewni w godzinach pracy Zamawiającego w dni robocze obecność specjalistów mających niezbędną wiedzę i doświadczenie z zakresu eksploatacji Systemów. Prosimy o potwierdzenie że Zamawiający oczekuje obecności specjalistów w sytuacji braku możliwości usunięcia Dysfunkcji zdalnie lub w ramach wizyt ewaluacyjnych.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego: Zamawiający potwierdza powyższe

23. Pytanie nr 371 - Załącznik nr 2 OPZ, Zakres 6: Prosimy o potwierdzenie, że zapotrzebowanie na wizyty ewaluacyjne, usługi konsultacji dla Adminów itd. będą inicjowane przez Zamawiającego poprzez portal zgłoszeń.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego: Zamawiający potwierdza powyższe

24. Pytanie nr 385 -Załącznik nr 3 do Umowy Zakres usług w ramach gwarancji pkt. 5. Wsparcie Zamawiającego w planowaniu rozbudowy Systemu w zakresie oceny i rekomendacji zmian w odpowiedzi na zmieniające się potrzeby Zamawiającego w zakresie świadczonych usług.

Prosimy o potwierdzenie, że powyższe usługi mają być świadczone w ramach Wizyt ewaluacyjnych. W przypadku odpowiedzi odmownej, zapis ten będzie skutkował doszacowaniem przez Wykonawcę dodatkowych kosztów do oferty, do facto niemożliwych do realnego oszacowania na etapie składania oferty.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego: Zamawiający potwierdza powyższe

25. Pytanie nr 432 Załącznik nr 3 do Umowy

Prosimy o potwierdzenie, że wszelkie zgłoszenia i prace serwisowe świadczone będą przez Wykonawcę w ramach określonej w ofercie liczby godzin ewaluacyjnych w okresie gwarancyjnym.

Jednocześnie prosimy o potwierdzenie, że świadczenie usług serwisowych w ramach pakietu określonego przez Wykonawcę w ramach kryterium oceny oferty liczby godzin, umowa w zakresie świadczenia usługi serwisowej do Oprogramowania objętego niniejszym postępowaniem: a) wygasa, bądź b) będzie świadczona i fakturowana wg aktualnych stawek Wykonawcy.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego: Prace serwisowe nie podlegają limitom godzin, Wykonawca ma zadanie usunąć Dysfunkcję niezależnie od czasochłonności. Godziny ewaluacyjne są do wykorzystania przez Zamawiającego w sposób dowolny.

26. Z powyższych odpowiedzi wynika, że Zamawiający analizował kwestie godzin ewaluacyjnych i gdyby uznał, że konieczne są dodatkowe wyjaśnienia lub uzupełnienia zapisów, miał ku temu okazję.
27. W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego: *Kolejną krytyczną wadą postępowania jest brak określenia przez Zamawiającego zakresu zobowiązania Wykonawcy w ramach etapu II – tym samym z uwagi na brak essentialia negotii w powyższym zakresie nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy.* również i ten argument należy uznać za chybiony.
28. W § 2 ust. 2 projektu umowy – załącznika nr 4 do SWZ – w ostatniej wersji z dnia 6.09.2022 wskazano, iż:
2. Zakres przedmiotu Umowy został opisany w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik do SWZ i obejmuje w szczególności:
- 1) dostawę stanowisk roboczych i innego sprzętu komputerowego – np.: komputerów, tabletów, AP, itp.,
 - 2) przekazanie licencji na dostarczone Oprogramowanie,
 - 3) przeprowadzenie instruktaży i szkoleń z Wdrażanego Sprzętu i Oprogramowania,
 - 4) Wdrożenie Systemu, zgodnie z procedurami opisanymi w OPZ,
 - 5) dostosowanie systemów HIS oraz ERP do potrzeb SWZ,
 - 6) szkolenia pracowników;
 - 7) utrzymanie Systemu w okresie 48 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru Wdrożenia.

Przedmiotowy wykaz to nic innego jak wskazanie *essentialia negotii*. Zakres II etapu nie stanowi samodzielnej, odrębnej od pozostałej części umowy. Nie może więc posiadać osobnego *essentialia negotii*. Natomiast fakt, że Zamawiający bardzo oszczędnie uregulował kwestię zakresu świadczeń w ramach II Etapu, nie stanowi wady SWZ lecz jest to efekt decyzji Zamawiającego. Wykonawcy pytali o tę kwestię Zamawiającego:

29. Pytanie nr 327 - Zał. nr 2 Opis przedmiotu zamówienia, Etapy wdrożenia: „Zamawiający oczekuje, że Wykonawca przedstawi Szczegółowy Harmonogram Wdrożenia opracowany zgodnie ze swoją metodyką wdrożeniową, wraz ze szczegółową strukturą zadań oraz produktów poszczególnych etapów projektu z uwzględnieniem spodziewanych przez Zamawiającego dat uruchomienia poszczególnych elementów systemu, jednak nie mniej niż w podziale na: prace przygotowawcze, analiza przedwdrożeniowa,
- dostawa licencji, instalacja oprogramowania na infrastrukturze Zamawiającego,
 - wdrożenie poszczególnych modułów systemów w kolejności pozwalającej na optymalne obciążenie pracą zespołu Zamawiającego i Wykonawcy, obejmujące podział na: prace konfiguracyjne, szkolenia personelu, uruchomienie modułu, oddanie modułu,
 - migracje danych zgodnie z wymaganiami poszczególnych modułów uwzględniające termin oraz zakres migrowanych danych (np. przenoszenie całych kartotek pacjentów „na starcie” lub jedynie bilansów otwarcia w systemie FK w momencie uruchomienia modułu). Szczegółowy opis tego zakresu musi znaleźć się w analizie przedwdrożeniowej – zwłaszcza w zakresie terminów i danych wymaganych od Zamawiającego do przekazania Wykonawcy,
 - terminy i zakresy integracji pomiędzy poszczególnymi systemami zarówno nowymi jak i obecnie używanymi. Zamawiający oczekuje, że Wykonawca określi przewidywane terminy i okresy przerw w pracy poszczególnych systemów. Wszystkie przerwy muszą być uzgodnione i zatwierdzone przez Zamawiającego.”

oraz Zał. Nr 4 projekt umowy §4 ust. 1 Przedmiot umowy został podzielony na dwa etapy realizacji. Oraz Zał. nr 1 do SWZ – formularz ofertowy w odniesieniu do §5 ust. 11 Umowy: Płatności dokonywane będą w częściach:

- a. Za wykonanie pierwszego etapu – zgodnie z zaakceptowanym przez Zamawiającego harmonogramem finansowo rzeczowym.
- b. Za wykonanie drugiego etapu w 48 równych okresach (miesięcznych).

Wykonawca zwraca uwagę, iż Zamawiający różnie definiuje etapy realizacji prac oraz przewiduje dla różnych etapów prac różne procedury ich odbioru. **W związku z powyższym Wykonawca prosi o dookreślenie jakie prace mieszczą się w etapie 1 a jakie w etapie 2**, oraz proponuje by Szczegółowy Harmonogram Wdrożenia był dokumentem pomocniczym, którego terminy pośrednie mogą być zmieniane bez konieczności zmiany umowy, pod warunkiem, iż zmiany SHW nie będą wpływały na ostateczny termin realizacji całości prac. Dodatkowo Wykonawca zwraca uwagę, iż w Umowie Zamawiający nie odnosi się do Harmonogramu Wdrożenia, a wspomina o harmonogramie finansowo-rzeczowym, którego terminy opracowania i przekazania nie zostały określone, a który warunkuje płatności. Z kolei w Umowie w §5 ust 2 i 3 Zamawiający oczekuje podania wartości etapów, podania której Zamawiający nie wymagał w formularzu oferty.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o

- a) Wydzielenie analizy przedwdrożeniowej jako osobnego etapu podlegającego odbiorowi – ze względu na fakt, iż postanowienia DAP warunkują sposób realizacji całego wdrożenia i stanowią dokument kluczowy dla powodzenia całości prac, powinien to być dokument uzgodniony przez Strony i wiążący dla Stron
- b) Wprowadzenie do formularza ofertowego wartości poszczególnych etapów
- c) Potwierdzenie, że SHW jest dokumentem pomocniczym, a terminy pośrednie zawarte w nim w uzasadnionych przypadkach mogą ulegać zmianom bez konieczności wprowadzania aneksów do umowy
- d) Potwierdzenie, że SHW i harmonogram finansowo-rzeczowy to dokumenty tożsame.

Stanowisko (wyjaśnienie) Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę na odrębny odbiór analizy przedwdrożeniowej, nie widzi potrzeby wprowadzania dodatkowych elementów do formularza ofertowego. Zamawiający potwierdza, że daty mogą ulec zmianie, z zachowaniem ostatecznego terminu realizacji umowy.

30. Jednak mimo zadawanych pytań wprost, Zamawiający nie uznał za potrzebne doprecyzowanie SWZ. Dlatego tym bardziej dziwi fakt, że Zamawiający usiłuje traktować ograniczony zakres świadczenia za wadę uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.
31. Zasygnalizowania wymaga też fakt, iż z racji skutecznego wykluczenia z postępowania drugiego Wykonawcy - Kamsoft S.A. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia dotyczy wyłącznie oferty Odwołującego. Rozważania Zamawiającego odnośnie do kryteriów oceny ofert i konieczności zapewnienia konkurencyjności w sytuacji, gdy w postępowaniu pozostał jeden Wykonawca wydają się nieuzasadnione.
32. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż w doktrynie i orzecznictwie dominujące jest stanowisko, zgodnie z którym konstrukcja art. 255 pkt 6 pzp odsyła wyraźnie do art. 457 pzp. ust. 1 i 5, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność

unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 pzp. Taka konstrukcja przepisu prowadzi do wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania¹. Zatem o unieważnieniu postępowania z racji zaistnienia przesłanki z art. 255 pkt 6 pzp można mówić, gdy zachodząca w postępowaniu oczywista wada postępowania ma kwalifikowany wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, tj. zachodzi jedna z przesłanek wymienionych w art. 457 ust. 1 pzp.

33. W jednym z orzeczeń KIO zgodnych z powyższą linią wskazano, że, „ponieważ art. 457 ust. 1 ustawy pzp zawiera zamknięty katalog pięciu kategorii okoliczności, związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy pzp dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu - unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 pzp jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy udzielenie zamówienia prowadziłoby do zaistnienia jednej z tych pięciu stypizowanych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp sytuacji.”². Praktycznie identycznie KIO wypowiedziało się: w wyroku z dnia 3 lutego 2023, KIO 170/23; wyroku z dnia 31.01.2022, KIO 143/22; wyroku z dnia 13.07.2021, KIO 1580/21.

34. Analizując treść art. 457 ust. 1 pzp stwierdzić należy, że żadna powołana w tym przepisie przesłanka nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanki, o których mowa we wskazanym przepisie odnoszą się do: (1) udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy/ zawarcia umowy ramowej lub ustanowienia dynamicznego systemu zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert; (2) zawarcia umowy z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; (3) zawarcia umowy przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2; (4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową; 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5) udzielenia zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

35. Przychylając się zatem do prezentowanego powyżej stanowiska doktryny i orzecznictwa, stwierdzić należy, że skoro Odwołujący w uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania nie wskazał, by zaszły okoliczności wskazane w art. 457 ust. 1 pzp, to nie zachodziły podstawy, niezależnie od faktu ewentualnego zaistnienia niemożliwej do usunięcia wady postępowania do skutecznego unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 pzp.

36. W starszym orzecznictwie KIO prezentowany także jest pogląd, iż niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 pzp. Wskazać należy, że taki pogląd był prezentowany głównie w oparciu o poprzednio obowiązującą ustawę pzp, gdzie odpowiednik aktualnie obowiązującego art. 255 pkt 6 pzp – art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp z 2004 r. odsyłał do art. 146 pzp z 2004 r. (odpowiednik art. 457 ust. 1 pzp). Art. 146 starego pzp zawierał o wiele szerszy katalog przesłanek unieważnienia

¹ W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 255.

² Wyrok KIO z 05.08.2022, KIO 1830/22.

umowy niż jego obecny odpowiednik. W szczególności art. 146 ust. 6 pzp z 2004 r. stanowił, że „Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania”. Ustawodawca w starym pzp zostawił dla Prezesa Urzędu „furtkę” pozwalającą mu badać, czy naruszenie mieści się w ogólnej kategorii naruszeń mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, w tym naruszeń odnośnie OPZ. Obecnie zaś Prezes Urzędu ma ograniczone kompetencje w zakresie wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy. Art. 459 ust. 1 pzp przewiduje uprawnienie w tym zakresie wyłącznie w odniesieniu do zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 454 i art. 455 pzp, a także Prezes może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 pzp. Zatem jeżeli wada postępowania nie mieści się w katalogu wad wskazanych w art. 457 ust. 1 pzp, to nawet jeżeli wada jest istotna, niemożliwa do usunięcia, to pzp nie przewiduje możliwości unieważnienia postępowania w oparciu art. 255 pkt 6 pzp.

37. Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wnosi o dokonanie ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.
38. W świetle powyższej argumentacji, zarzut postawiony przez Odwołującego uznać należy za zasadny, wobec czego odwołanie winno być w całości uwzględnione.

Za Odwołującego:

Wykaz załączników:

- | | |
|-----------------|--|
| Załącznik nr 1. | Odpis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego; |
| Załącznik nr 2. | Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej; |
| Załącznik nr 3. | Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości; |
| Załącznik nr 4. | Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu; |
| Załącznik nr 5. | Rozstrzygnięcie postępowania poprzez jego unieważnienie |