

Łódź, dnia 18 marca 2024 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Odwołujący:

Pixel Technology Sp. z o.o.

ul. Piękna 1

93 -558 Łódź

e – mail: przetargi@pixel.com.pl

tel: +48 42 637 39 73

fax: +48 42 637 39 84

KRS nr: 0000625376, Regon: 47104376300000

reprezentowana przez

Jakuba Musiałka - członka Zarządu

Zamawiający:

Szpital Wojewódzki w Poznaniu

Juraszów 7/19

60-479 Poznań

tel.: 061 821235

e-mail: cwiertka@lutycka.pl

adres strony internetowej: www.lutycka.pl

dotyczy: Wymiana systemu PACS/VNA w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu

SZW/DZP/15/2024, OJ S 48/2024 07/03/2024,

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego PIXEL TECHNOLOGY Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, na podstawie art. 513 pkt 1 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. Zm.) [dalej również jako „ustawa Pzp”, a także „PZP” i „Pzp”], wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem zapisów SWZ i załączników do niej.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 pkt. 1,2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w części dotyczącej wymagania wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji co najmniej **dwóch zamówień, w ramach każdego z nich Wykonawca: wdrożył systemem klasy PACS/VNA, przeprowadził szkolenie dla min. 5 pracowników Zamawiającego z zakresu administrowania oraz ich użytkowania przez personel szpitala, w ramach każdego z zamówienia wartość powyższego zakresu wynosiła min. 1.500 000 PLN brutto,**

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku udziału w postępowaniu poprzez przyjęcie, że wykonawca musi wykazać się zdolnością techniczną w zakresie realizacji co najmniej dwóch zamówień, w ramach każdego z nich Wykonawca: wdrożył systemem klasy PACS/VNA, przeprowadził szkolenie dla min. 5 pracowników Zamawiającego z zakresu administrowania oraz ich użytkowania przez personel szpitala, w ramach każdego z zamówienia wartość powyższego zakresu wynosiła min. 700 000 PLN brutto,

Ponadto odwołujący wnosi o dopuszczenie dowodu z dokumentu wskazanego w uzasadnieniu odwołania na okoliczność tam wskazaną oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych

kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Uzasadnienie interesu prawnego:

Odwołujący oświadcza, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania albowiem Odwołujący jako wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez Odwołującego oferty w niniejszym postępowaniu, która to oferta, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. To z kolei może doprowadzić do braku możliwości uzyskania danego zamówienia przez Odwołującego, a zatem może spowodować poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z realizacji zamówienia. W tym miejscu należy wskazać na zachowujący swoją aktualność w obecnym stanie prawnym wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. KIO 1691/12 i KIO 1704/12) zgodnie, z którym „Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość przesłankom wniesienia odwołania określonym w art. 505 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy PZP.

Kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwołanie wniesiono w terminie 11 dni od dnia ukazania się ogłoszenia o zamówieniu, ze względu na fakt, że 10 dzień od dnia zamieszczenia tegoż ogłoszenia przypadał na dzień ustawowo wolny od pracy (niedziela). Tym samym odwołanie zostało wniesione w terminie.

UZASADNIENIE

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w taki sposób, aby dokonać oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Proporcjonalność wskazana w tym przepisie oznacza, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny być uzasadnione wartością szacunkową zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. Należy mieć też na uwadze cel określenia warunków udziału w postępowaniu, tj. wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz zapewnienie dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają możliwości jego wykonania. Warto w tym kontekście przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2023 r., KIO 224/23, zgodnie z którym *opis warunków udziału w postępowaniu powinien zapewniać równowagę między zagwarantowaniem należytego wykonania zamówienia a dopuszczeniem do postępowania wykonawców zdolnych do jego wykonania*. Przy czym Izba wskazała, że możliwe, a nawet wskazane jest opisanie warunków *w taki sposób, by zapewnić dostęp do zamówienia także innym wykonawcom, być może z innym zakresem doświadczenia, jednak bez uszczerbku dla rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia*. (...) *Zamawiający powinien więc za każdym razem dążyć do takiego opisanie warunków, by udział w postępowaniu mogli wziąć wykonawcy legitymujący się doświadczeniem wystarczającym dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia*.

W podobnym duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lutego 2022 roku, KIO 261/22. Podkreśliła ona, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone na takim poziomie, *aby w ich ramach badany był ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia*.

Kwestia przestrzegania zasady proporcjonalności wielokrotnie była podkreślana też przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, m. in. w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08). W orzeczeniu tym uwypuklono fakt, że warunek jako czynnik ograniczający konkurencję gwarantowaną w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską powinien być stosowany z największą rozważą i tylko w zakresie niezbędnym do osiągnięcia celu, tj. wyłonienia wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia.

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że w planie postępowań o udzielenie zamówień na rok 2024, przygotowanym przez zamawiającego, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 marca 2024 nr 2024/BZP wartość przedmiotowego zamówienia oszacowano na kwotę netto 894 308,94 zł.

Dowód: plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2024 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 marca 2024 nr 2024/BZP 00054712/04/P (aktualizacja Planu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych; w dniu 21.02.2024 nr 2024/BZP 00054712/03/P) · <https://ezamowienia.gov.pl/mo-client-board/bzp/tender-details/2024%2FBZP%2000054712%2F04%2FP> – kopia w załączeniu - na okoliczność wartości tego zamówienia wg szacunku Zamawiającego.

Jest ona więc dużo niższa od tej, jaką określił zamawiający w warunku udziału w postępowaniu. Nie jest więc prawidłowe twierdzenie, że określony w specyfikacji warunków zamówienia warunek jest proporcjonalny. Wykracza on bowiem ponad wartość zakładanego przez Zamawiającego zamówienia.

Słuszność tego poglądu znajduje potwierdzenie m. in. w wyroku KIO z dnia 8 grudnia 2021 roku, KIO 3439/21, gdzie czytamy m.in.: *„Punktem wyjścia dla oceny warunku wyrażonego kwotowo w kontekście zasady proporcjonalności powinno być odniesienie tej kwoty do wartości zamówienia, tzn. wartość określona w warunku powinna być współmierna od wartości zamówienia i być z nią wartościowo skorelowana.”*

Warto też zwrócić uwagę, że przedmiotem tegoż zamówienia są również dostawy sprzętu komputerowego. We wskazanym wyżej orzeczeniu KIO z dnia 8 grudnia 2021 roku zawarto odnoszące się do kwestii stanowisko zgodnie z którym: *Wysoka wartość wdrożenia nie zawsze świadczy o poziomie skomplikowania przedmiotu zamówienia, a może wynikać po prostu z ceny użytych do budowy systemu komponentów (np. ceny licencji). O ile z jednej strony należało podzielić pogląd, iż wartość zamówienia jest pochodną różnych czynników, takich jak m.in. zakres wdrażanych modułów, poziom oczekiwanych funkcjonalności oraz ilości dodatkowych usług związanych z wdrożeniem, o tyle z drugiej strony każdy z tych czynników w różnym stopniu może wpływać na wyznacznik, jakim jest wartość zamówienia. Innymi słowy specyficzne uwarunkowania każdego*

zamówienia mogą powodować, że wartość wdrożenia może być zarówno bardzo wysoka, jak i relatywnie niska, jednak nie zawsze w jednakowy sposób odzwierciedla te cechy nabytego doświadczenia, które dla innego zamawiającego są istotne. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że przedmiot zamówienia w tego typu postępowaniach składa się wiele elementów (dostawa sprzętu, świadczenie usług wdrażania, zakup licencji, gwarancja i serwis). Każdy z tych elementów jest inaczej wyceniany przez wykonawców, a ich charakter i niepowtarzalność powoduje, że oferowane ceny mogą w sposób znaczący różnić się od siebie. Z tego powodu wartość zrealizowanego zamówienia, zwłaszcza ustalona na tak wysokim poziomie, jak słusznie podkreśliła KIO, stanowi wyznacznik poziomu skomplikowania przedmiotu zamówienia.

Ponadto w ocenie odwołującego liczba podmiotów na rynku posiadających doświadczenie na poziomie wymaganym przez Zamawiającego jest bardzo ograniczona. Istnieje wprawdzie obiektywna trudność w porównywaniu zakresu zakupywanych usług i stopnia ich skomplikowania w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ale z ustaleń odwołującego wynika, że w ostatnich trzech latach liczba postępowań o takim przedmiocie i takiej wartości brutto wynosiła 3

Wg ustaleń odwołującego są to następujące postępowania:

1. postępowanie prowadzone przez Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie, wybrany wykonawca Medikon 1 626 016,26 zł,
2. postępowanie prowadzone przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Poznaniu wybrany wykonawca - Nexus Polska Sp. z o.o. w ramach postępowania "Dostawa i wdrożenie RIS i PACS dla wszystkich lokalizacji USK Dostarczenie dodatkowych licencji do użytkowania systemu HIS/LIS/RIS/PACS/PIS we wszystkich lokalizacjach ; " 10 707 000,00 zł,
3. postępowanie prowadzone przez Katowickie Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach pn.: Dostawa licencji systemu do zarządzania badaniami wraz z sprzętem serwerowym, wdrożeniem i szkoleniami wybrany wykonawca, Agfa Sp. z o.o - cena oferty 5 439 688,67 zł

Z tego powodu żądanie przez zamawiającego doświadczenia w realizacji dwóch takich umów stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji.

Warte odnotowania jest ponadto, że w referencyjnym okresie odwołujący zrealizował lub jest w trakcie realizacji kilku projektów w zakresie realizacji tego typu wdrożeń, ale ich wartość jest mniejsza. Nie powoduje to jednak, że nie posiada on doświadczenia wystarczającym stopniu dla prawidłowego zrealizowania przedmiotowego zamówienia.

Warto tu wskazać, że przy tego rodzaju projektach wartość zrealizowanych zamówień nie przesądza o zakresie usług zrealizowanych w ramach danej umowy i stopnia skomplikowania podjętych działań. W ramach wdrożenia jednych systemów wykonawca może świadczyć usługi o niewielkim stopniu skomplikowania, a duża wartość wdrożenia będzie wynikała z wartości udzielonych licencji (ich wartość może osiągać 80% wartości całego zamówienia). W przypadku wdrożenia w innych placówkach medycznych stopień skomplikowania integracji nowego oprogramowania z posiadanymi przez szpital będzie dużo wyższy, ale wykonawca będzie dysponował tańszymi licencjami. Z powyższego wynika, że w przypadku tego rodzaju usług ich wartość nie przesądza o stopniu skomplikowania. Oznacza to obowiązek dla zamawiającego wnikliwego rozważania czy takie ukształtowanie opisu zdolności technicznej nie ogranicza w sposób nadmierny konkurencji.

Zdaniem odwołującego w przedmiotowym postępowaniu właśnie takie ograniczenie zaistniało .

Na zakończenie tych rozważań warto też przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2017 r. KIO 714/17, w którym Izba przyjęła, że to zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, winien jest wykazać ich zasadność i zgodność z przepisami ustawy P.z.p. Jest on bowiem gospodarzem postępowania, a zarazem autorem wymogów określonych w dokumentacji przetargowej. Musi więc uzasadnić z jakich powodów przyjął określone wartości w warunku udziału w postępowaniu i z jakich powodów uznał, że doświadczenie w zakresie realizacji projektów o innej, niższej wartości nie jest zasadne.

Z tych powodów odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki: '

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. dowód: plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2024 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 marca 2024 nr 2024/BZP 00054712/04/P (aktualizacja Planu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych; w dniu 21.02.2024 nr 2024/BZP 00054712/03/P)
<https://ezamowienia.gov.pl/mo-client-board/bzp/tender-details/2024%2FBZP%2000054712%2F04%2FP>
4. KRS Odwołującego