

Kraków, 30 sierpnia 2021 roku

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie

Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków

KRS: 0000303079, NIP: 6751382502

REGON: 102652221

e-mail: info@comarch.pl

tel.: +48 12 646 10 00

reprezentowana przez Bożenę Ptasznik – Wichary
na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do odwołania

Zamawiający:

Województwo Mazowieckie

ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa

tel.: 22 31 41 671

e-mail: marta.kowalczyk@mazovia.pl

strona internetowa: <https://mazovia.pl>

Link do profilu nabywcy: <https://platformazakupowa.pl/pn/mazovia>

REGON: 015528910; NIP: 113-245-39-40.

Dotyczy:

Postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nr CG-R-III.ZP.U.272.28.2021.MK na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych na „Budowę i wdrożenie systemu Business Intelligence”, w ramach realizacji projektu pn. „E-zdrowie dla Mazowsza 2” objętego Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020. Projekt: E-zdrowie dla Mazowsza 2, współfinansowany przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego programu operacyjnego województwa mazowieckiego na lata 2014–2020, nr RPMA.02.01.01-14-i375/20. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej w dniu 2 lipca 2021 roku, numer ogłoszenia:
2021/S 126-333029.

Przedmiot zamówienia: Budowa i wdrożenie systemu Business Intelligence.

Miejsce i data publikacji ogłoszenia o zamówieniu: Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 126-333029 w dniu 2 lipca 2021 r. oraz na platformie zakupowej Zamawiającego

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1 i 2, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zwaną dalej „PZP”), Odwołujący wnosi odwołanie wobec zaniechań i czynności Zamawiającego niezgodnych z PZP, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

art. 137 ust. 6 PZP, w związku z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez przedłużenie terminu składania ofert o czas, który nie jest wystarczający na zapoznanie się z dokonanymi zmianami SWZ i przygotowanie oferty, a tym samym brak przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianami SWZ i przygotowanie oferty, adekwatny do zakresu i istotności zmian treści SWZ, co uniemożliwia wykonawcom zapoznanie się ze zmianami, przygotowanie i złożenie oferty.

Wniosek i żądanie Odwołującego zostały przedstawione pod zarzutem.

Ponadto Odwołujący wnosi o zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym.

Termin wniesienia odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lipca 2021 roku, w tym samym dniu Specyfikacja Warunków Zamówienia została zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej. W dniu 20 sierpnia 2021 roku Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania, dokonując równocześnie zmian i modyfikacji SWZ wraz z załącznikami, nie dokonując równocześnie przesunięcia terminu składania ofert. Termin składania ofert został przesunięty na wniosek/pytanie Odwołującego, ale niezgodnie z tym wnioskiem/

pytaniem wyłącznie do dnia 3 września 2021 roku. Mając na uwadze termin udzielenia odpowiedzi i modyfikacji SWZ oraz, iż wartość zamówienia w postępowaniu przekracza progi unijne, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu.

Interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez dokonanie czynności i zaniechań przez Zamawiającego w sposób naruszający przepisy PZP Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazuje, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku podjętych działań i zaniechań w zakresie braku przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianami i złożenie oferty, Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty.

Ponadto Odwołujący ma interes w tym, aby warunki na jakich będą składane oferty wykonawcze pozwalały zachować warunki uczciwej konkurencji.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku działań/zaniechań Zamawiającego Odwołujący został narażony na szkodę. Gdyby nie naruszające przepisy zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego Odwołujący mógłby z powodzeniem ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, co w razie jego uzyskania wiązałoby się z określonymi korzyściami finansowymi. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie.

Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

Wpis od odwołania

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (dowód w załączeniu).

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę i wdrożenie systemu Business Intelligence”, w ramach realizacji projektu pn. „E-zdrowie dla Mazowsza 2” objętego Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020.

W dniu 20 sierpnia 2021 roku (w piątek popołudniu) Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania (**164 pytania i odpowiedzi**), na 47 stronach, dokonując równocześnie modyfikacji, zmian SWZ i załączników, zwłaszcza w zakresie OPZ. Jednocześnie Zamawiający nie dokonał przedłużenia terminu składania ofert. Na wniosek/pytanie Odwołującego o przedłużenie terminu składania ofert do dnia 13 września 2021 roku, Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż przedłuży termin składania ofert do dnia 3 września 2021 roku. Dodatkowo w dniu 27 sierpnia 2021 roku Zamawiający udzielił dodatkowych odpowiedzi na pytania dotyczące OPZ.

Zamawiający udzielając odpowiedzi dokonał równocześnie zmian SWZ, ponadto również zmian załączników do SWZ tj. między innymi OPZ i wzoru umowy, z którymi wykonawca musi się zapoznać i dokonać ich stosownej analizy, a następnie zweryfikować i przygotować ofertę, ponieważ w innym wypadku nie będzie w stanie złożyć oferty, z uwagi na brak możliwości ustalenia co jest przedmiotem zamówienia, czego oczekuje w ramach zamówienia Zamawiający, jakie ma konkretne wymagania, jakie będą tego koszty. Wszystko to przekłada się na możliwość przygotowania i złożenia oferty.

Odwołujący zwraca uwagę, że pierwotny termin na składanie ofert wynosił 38 dni, natomiast obecnie termin na zapoznanie się ze zmianami, wprowadzonymi odpowiedziami, ich analizę, zestawienie z pierwotnymi zapisami SWZ i załączników i wprowadzenie do oferty – wynosi zaledwie 14 dni kalendarzowych (wliczając dzień składania ofert).

W ocenie Odwołującego taki termin jest niewystarczający, tym samym wydłużenie terminu składania ofert jest konieczne i co istotne o czas niezbędny. Zmiany dotyczące OPZ są niewątpliwie zmianami istotnymi i Zamawiający obligatoryjnie winien przedłużyć termin składania ofert o czas jaki pozwoli wykonawcom na zapoznanie się ze zmianami i wprowadzenie ich do oferty, tak aby była możliwość jej złożenia. Dokonanie właściwej analizy odpowiedzi na pytania i dokonanych zmian, ich zastosowanie, przygotowanie i złożenie oferty nie jest możliwe w czasie do jakiego Zamawiający przedłużył termin składania ofert.

Zgodnie z art. 137 ust. 6 PZP: *W przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuży termin*

składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty.

Mając na względzie podnoszony wcześniej zakres zmian SWZ, treść dokumentacji postępowania budziła wiele wątpliwości interpretacyjnych, co skutkowało skierowaniem do Zamawiającego szeregu wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, dotyczących w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, w tym wymaganych funkcjonalności zamawianego systemu, co niewątpliwie stanowi istotny czynnik kosztotwórczy.

Zacytowany powyżej przepis stanowi realizację jednej z naczelnych zasad ustawy PZP, zasady równego traktowania wykonawców i zapewniania uczciwej konkurencji o której mowa w art. 16 PZP. W orzecznictwie i doktrynie podnosi się iż *termin składania ofert, w związku ze zmianą treści siwz, powinien być przedłużony przez zamawiającego o taki czas, który zapewni zachowanie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców.*

*Oznacza to, że okres, o jaki przedłużony zostaje termin składania ofert, powinien zapewniać, że wszyscy potencjalni wykonawcy będą dysponować wystarczającym czasem na dokonanie analizy zmian siwz, analizy ich wpływu na dotychczas przyjęte w ramach przygotowywanych ofert założenia, analizy zakresu koniecznych zmian w przygotowywanych ofertach, na dokonanie tych zmian oraz na dokonanie ponownej wyceny ofert. **Jednocześnie, zgodnie z ww. zasadą, przedłużony termin składania ofert musi być wystarczająco długi, aby nie faworyzować żadnego z wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie.** (KIO 187/18).*

W sytuacji w której treść wyjaśnień do SWZ prowadzi do konieczności dokonania przez wykonawców zmian w przygotowanych ofertach, obowiązkiem Zamawiającego będzie przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianami i złożenie oferty.

W obecnym postępowaniu Zamawiający, wbrew swojemu obowiązkowi, pomimo prośby Odwołującego nie dokonał modyfikacji terminu składania ofert, poprzez jego przesunięcie o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianami i przygotowanie oraz złożenie oferty.

Mając na uwadze powyższy przepis prawa należy uznać że jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia, jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, **obowiązkiem** Zamawiającego jest przedłużenie terminu składania ofert **o czas niezbędny.**

Ustawodawca nałożył tym samym na Zamawiającego obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, natomiast nie precyzując okresu, jaki potrzebny jest wykonawcom na wprowadzenie zmian w ofertach i o jaki powinien być przedłużony termin składania ofert.

Jak już wskazano, w orzecznictwie podnosi się, iż termin składania ofert, w związku ze zmianą treści SWZ, powinien być wystarczająco długi, niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, aby nie faworyzować żadnego z wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie.

Wątpliwości, w tak istotnym zakresie, jakim jest OPZ niewątpliwie wymagają szczegółowej analizy i czasu niezbędnego na dostosowanie oferty do wymagań, które zostały wyjaśnione i doprecyzowane. Jeżeli zostały wystosowane do Zamawiającego tak liczne pytania to oczywistym jest, że potencjalni wykonawcy mieli duże wątpliwości dotyczące wymagań Zamawiającego w przedmiotowym zakresie.

Wyjaśnienia wątpliwości w zakresie m.in. OPZ de facto dotyczą najbardziej kluczowego zagadnienia, co stanowi o ich istotności dla sporządzenia oferty.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2390/16) (wyrok wydany w oparciu o poprzednio obowiązującą ustawę, jednak zachowujący swoją aktualność): *Przywołany przepis art. 38 ust. 6 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu przedłużyć termin składania ofert, w sytuacji, jeżeli jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.* I podobnie w wyroku KIO 469/15: *Termin składania ofert w każdym postępowaniu powinien uwzględnić czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Zamawiający jest zobowiązany do uwzględnienia przedmiotu i rodzaju zamówienia, poziomu jego skomplikowania, wszystkich czynności, które należy wykonać, aby złożyć prawidłową ofertę. W przypadku, gdy zamawiający wprowadza do treści SIWZ nowe informacje, termin składania ofert powinien ulec odpowiedniemu przedłużeniu, umożliwiającemu uwzględnienie w ofercie nowych okoliczności.*

Istotnym jest, że wykonawca przygotowując ofertę, zwłaszcza w przypadku tak skomplikowanego przedmiotu zamówienia publicznego, musi dokonać określonych założeń, m.in. o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym itp. Te założenia w sposób bezpośredni wpływają na wycenę poszczególnych elementów przygotowywanej oferty. Nowe informacje przekazane przez Zamawiającego, które dopiero w chwili ich przekazania rozwiewają istotne wątpliwości związane z przedmiotem zamówienia, nieudostępniłone przez Zamawiającego w momencie wszczęcia postępowania, a doprecyzowywane dopiero w procedurze udzielania wyjaśnień do SWZ, wpływają na przyjęte przez wykonawców założenia i na wycenę ich ofert.

Zakres dokonanych modyfikacji z pozycji wykonawców jest istotny, ma znaczenie dla przygotowywania oferty, jak również wymaga analizy przyjętych założeń do oferty, ewentualnych zmian i dokonania nowej wyceny oferty. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do przedłużenia terminu składania ofert **z uwzględnieniem czasu niezbędnego na analizę zmian i ich wprowadzenie w ofertach**, wynikających z modyfikacji treści SWZ.

Żądanie

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o zmianę terminu składania ofert poprzez jego wydłużenie o czas niezbędny na analizę zmian SWZ wraz z załącznikami i przygotowanie oraz złożenie oferty.

PODSUMOWANIE

Mając na uwadze sformułowane zarzuty i argumentację na ich poparcie, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zastrzega możliwość przedstawienia dodatkowej argumentacji oraz wskazania dalszych dowodów w piśmie procesowym lub w trakcie rozprawy.

Z poważaniem,

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 3) KRS Odwołującego;
- 4) dowód przekazania kopii odwołania;