

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 kwietnia 2019 r. przez **wykonawcę Comarch Healthcare S. A. z siedzibą w Krakowie** postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Powiat Brzeski z siedzibą w Brzegu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comarch Healthcare S. A. z siedzibą w Krakowie i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Comarch Healthcare S. A. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 565/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Brzeski z siedzibą w Brzegu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*E-Szpital – stworzenie cyfrowego systemu informatycznego telemedycznej, gromadzenia, przetwarzania, archiwizacji danych dla Brzeskiego Centrum Medycznego w Brzegu-trzecie postępowanie*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Comarch Healthcare S. A. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „*Odwolującym*”) w dniu 1 kwietnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wniósł odwołanie na czynność wezwania Odwołującego do prezentacji próbki z dnia 26 oraz 28 marca 2019 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez narzucenie Odwołującemu sposobu prezentacji wymagań, oraz naruszeniu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do przeprowadzenia demonstracji próbki.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ oraz ofertę wykonawcy Comarch Healthcare S. A. z siedzibą w Krakowie, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytoryczną je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „*E-Szpital – stworzenie cyfrowego systemu informatycznego telemedycznej, gromadzenia, przetwarzania, archiwizacji danych dla Brzeskiego Centrum Medycznego w Brzegu-trzecie postępowanie*”.

W dniu 26 oraz 28 marca 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do prezentacji próbki.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Comarch Healthcare S. A. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie w dniu 1 kwietnia 2019 r.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. Zamawiający unieważnił czynność wezwania Odwołującego do demonstracji próbki.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Bezspornym w niniejszej sprawie jest to, że Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania do demonstracji próbki z dnia 26 oraz 28 marca 2019 r.

Zamawiający – po wniesionym przez wykonawcę odwołaniu – unieważnił czynność wezwania z dnia 26 oraz 28 marca 2019 r., ponownie wzywając wykonawcę do demonstracji próbki. Ponowne wezwanie wykonawcy zostało przez Zamawiającego zmodyfikowane.

Wobec zaistniałego stanu faktycznego Izba w całej rozciągłości popiera stanowisko wyrażone w orzeczeniu z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 226/19.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na

podstawie ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 1 ustawy Pzp Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Zgodnie z ust. 2 wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Mając na względzie treść niniejszych przepisów ustawy Pzp należy dojść do następujących wniosków: Po pierwsze, aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego. Wobec powyższego na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego z dnia 26 oraz 28 marca 2019 r. polegająca na wezwaniu Odwołującego do demonstracji próbki.

Następnie należy również zwrócić uwagę na treść przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy, Izba wydając orzeczenie – bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Zauważenia również wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania, co potwierdza – zdaniem Izby - treść przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

Rolą przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp - podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 k.p.c. gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 191 ust. 2 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 k.p.c. - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, t.j. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z dnia 25 czerwca 2015 r., sygn. akt V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z dnia 13 września 2018 r., sygn. akt I AqA 159/18).

Wobec tego, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał unieważnienia czynności – po wniesieniu przez wykonawcę odwołania, t.j. dokonał czynności unieważnienia wezwania Odwołującego do demonstracji próbki – czynności stanowiącej zasadniczą podstawę wniesionego w dniu 1 kwietnia 2019 r. środka ochrony prawnej. Tym samym w niniejszej sprawie – czynność stanowiąca podstawę niniejszego odwołania (z dnia 26 oraz 28 marca 2019 r.) – przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy. Wobec jasno brzmiącej treści przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp należało uznać, że Ustawodawca dopuścił sytuację, w których stan rzeczy – naruszenia przepisów ustawy na moment zamknięcia rozprawy może różnić się od tego, który istniał w momencie wniesienia odwołania. W rezultacie treść rozstrzygnięcia - która opiera się na stanie rzeczy z chwili zamknięcia rozprawy - może być odmienna od treści rozstrzygnięcia - która opierałaby się jedynie na stanie faktycznym sprawy istniejącym w chwili wniesienia odwołania.

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż rolą Izby jest rozstrzygnięcie na datę zamknięcia rozprawy - zgodnie z art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Tym samym wobec skarżenia przez wykonawcę czynności wezwania do demonstracji próbki, czynności, która to na moment zamknięcia rozprawy nie istniała – nie daje Izbie podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia – wobec okoliczności, że Zamawiający dokonał ponownego wezwania wykonawcy do demonstracji próbki.

Zatem wobec unieważnienia czynności wezwania do demonstracji próbki (czynności, której nie ma już w postępowaniu) – nie można zarzucić naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zatem w konsekwencji unieważnienia czynności wezwania do demonstracji próbki, czynności tej nie ma w postępowaniu (brak substratu zaskarżenia) wobec anulowania jej przez Zamawiającego. Izba zaś – jako organ kontrolujący czynności Zamawiającego w postępowaniu – nie może za Zamawiającego (komisję przetargową) bądź równoległe z nim, dokonywać czynności w postępowaniu a jedynie badać prawidłowość dokonanych (a tym samym istniejących) już czynności.

Niemniej jednak Odwołujący – w przypadku ponownego wezwania – będzie posiadał instrumenty prawne umożliwiające mu wniesienie odrębnego odwołania na czynności, które będą miały miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym ewentualne ponowne wezwanie wykonawcy wybór oferty wykonawcy Comarch Healthcare S. A. z siedzibą w Krakowie.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, niemniej jednak Izba nie zasądziła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającemu w kwocie 3.600,00 zł brutto. Zgodnie z zasadami rozliczania kosztów w sytuacji oddalenia odwołania Izba zasądza na rzecz Zamawiającego koszty, w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika. Jednak - zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania - muszą to być uzasadnione koszty strony. W niniejszej sprawie oddalenie odwołania wywołane zostało działaniami Zamawiającego, nie zaś wynikiem sprawy w postaci niepotwierdzenia się zarzutów odwołania.

Zamawiający unieważnił obie czynności wezwania do demonstracji próbki (po wniesionym odwołaniu), a w tym przypadku w części podzielił stanowisko wyrażone w odwołaniu z dnia 1 kwietnia 2019 r. Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania – a czynność unieważnienia wezwania do demonstracji próbki dokonał po zapoznaniu się z treścią odwołania. Owszem – jak wskazano powyżej – Zamawiający uprawniony jest do dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po wniesionym odwołaniu, niemniej jednak nie może całkowicie uchylać się od skutków i ryzyka procesowego unieważniającego wezwania do prezentacji próbki, jednocześnie nie korzystając z instytucji uwzględnienia odwołania, narażając stronę przeciwną na nieuzasadnione koszty, w tym koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł. Wobec tego Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa procesowego na

rzecz Zamawiającego zgodnie z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (analogicznie jak postanowienie Sądu Okręgowego w Kielcach, VII Wydział Gospodarczy z dnia 5 maja 2015 r., sygn. akt VII Ga 61/15).

Przewodniczący:

.....