Sygn. akt: KIO 1218/19

POSTANOWIENIE

z dnia 10 lipca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Justyna Tomkowska

Członkowie:

Monika Szymanowska

Ryszard Tetzlaff

Protokolant:

Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 10 lipca 2019 roku
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

28 czerwca 2019 roku przez Odwołującego - Comarch Healthcare S.A. z siedzibą
w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Powiat Brzeski z siedzibą w Brzegu

przy udziale wykonawcy:

1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszającego przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

2) Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do
postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł
00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) kwotę uiszczonego wpisu na
rzecz wykonawcy Odwołującego - Comarch Healthcare S.A. z siedzibą
w Krakowie

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

Przewodniczący:

Członkowie:

sygn. akt KIO 1218/19

UZASADNIENIE

28 czerwca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., Nr 1986, dalej jako „ustawa Pzp"), odwołanie złożył wykonawca Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej jako: „Odwołujący" lub „Comarch").

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy o wartości zamówienia przekraczającej 221.000 euro, którego przedmiotem jest „E-Szpital - Stworzenie cyfrowego systemu informacji telemedycznej, gromadzenia, przetwarzania, archiwizacji danych dla Brzeskiego Centrum Medycznego w Brzegu, trzecie postępowanie" prowadzi Zamawiający: Powiat Brzeski z siedzibą w Brzegu. Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2018r. pod numerem 2018/S 235-536929.

Comarch wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1) wykluczeniu Odwołującego 1 z postępowania i w konsekwencji uznaniu jego oferty za odrzuconą,

2) odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania,

3) czynności oceny i badania oferty Odwołującego,

4) zaniechania uruchomienia procedury self-cleaning,

5) zaniechania wezwania Odwołującego 1 do wyjaśnień,

6) wadliwym uzasadnieniu podejmowanych przez Zamawiającego czynności,

Odwołujący Comarch zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo iż nie zostały spełnione przesłanki tych przepisów oraz pomimo iż Zamawiający w protokole prezentacji potwierdził, iż Wykonawca podczas prezentacji spełnił wymagania pkt 6 z tabeli nr 2, a niezależnie od tego - ze scenariusza prezentacji nie wynikało, aby Wykonawca podczas prezentacji wymagania pkt 6 z tabeli nr 2 był zobowiązany do potwierdzania, że oferowany system spełnia wymaganie obligatoryjne dla modułu Szpitalny Oddział Ratunkowy (SOR) pkt 8 „Na panelu główny pulpitu SOR oraz na liście pacjentów SOR system powinien prezentować czas oczekiwania liczony wg wzoru: czas_oczekiwania = liczba czerwonych * czas_czerwonych + liczba_żółtych * czas_żółtych",

- nieprecyzyjne i niewyczerpujące uzasadnienie decyzji o wykluczeniu i uznaniu oferty za odrzuconą, oparte na niepełnym opisie stanu- faktycznego i niepełnej analizie prawnej przesłanek wykluczenia - czym naruszono art. 92 ust. 1 pkt 3 i 92 ust. 1a ustawy PZP,
- zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (brak

uruchomienia procedury self-cleaning), czym naruszono art. 24 ust. 8 i 9 ustawy PZP,

- a z ostrożności należy podnieść też naruszenie art. 26 ust. 3 i 4, ewentualnie ust. 2f ustawy PZP, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień co do próbki w zakresie wymagania obligatoryjnego dla modułu Szpitalny Oddział Ratunkowy (SOR) pkt 8, (przy czym ze względu na to, iż Zamawiający w SIWZ nie wskazał jednoznacznie, jaki charakter ma próbka systemu - czy jest ona elementem treści oferty czy dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, w przypadku przyjęcia, iż próbka była treścią oferty - należy zarzucić zaniechanie w zakresie wezwania, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy PZP).

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek błędnego uznania, iż nie spełnia ona wymogów SIWZ, a w szczególności nie spełnia funkcji wymaganych na demonstracji próbki systemu pkt 10 z tabeli nr 1 - funkcje obligatoryjne - obszar; Rozliczenia z NFZ - treść wymagania: Możliwość rozliczania świadczeń w zakresie danych ewidencjonowanych w modułach dziedzinowych, bez konieczności importu danych do modułu rozliczeniowego,

- a z ostrożności naruszenie art. 26 ust. 3 i 4, ewentualnie ust. 2f ustawy PZP, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień co do próbki w zakresie wymagania obszar: Rozliczenia z NFZ - treść wymagania: Możliwość rozliczania świadczeń w zakresie danych ewidencjonowanych w modułach dziedzinowych, bez konieczności importu danych do modułu rozliczeniowego, (przy czyni ze względu na to, iż Zamawiający w SIWZ nie wskazał jednoznacznie, jaki charakter ma próbka systemu - czy jest ona elementem treści oferty czy dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, w przypadku przyjęcia, iż próbka. była treścią oferty .należy zarzucić zaniechanie w zakresie wezwania, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy PZP).

Odwołujący Comarch wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1) unieważnienie czynności wykluczenia Comarch z postępowania i uznania jego oferty

za odrzuconą;

2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Comarch;

3) unieważnienie czynności badania i oceny oferty Comarch;

4) przeprowadzenie ponownej czynności oceny i badania oferty Comarch, w tym wezwania Comarch:

a. na podstawie art. 24. ust. 8 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawienia dowodów na podjęcie środków gwarantujących jego rzetelność,
b. wyjaśnień co do dokumentu próbki, o których mowa w art. 26 ust 3, 4 - ewentualnie ust. 2f ustawy PZP / ewentualnie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień co do treści oferty,

5) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników dokonanych czynności,

6) prawidłowego uzasadnienia podjętych przez Zamawiającego czynności opisanych w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający przesłał Odwołującemu Comarch informację o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty w dniu 18 czerwca 2019 r., odwołanie wniesione zostało zatem z zachowaniem 10-dniowego terminu. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania oraz uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący Comarch złożył prawidłową i najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, którego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu po zakończonej ocenie ofert, posiada interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które doprowadziły do wykluczenia Odwołującego, odrzucenia oferty Odwołującego i mogą doprowadzić do wyboru oferty konkurencyjnej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie;

2) Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu
Izba potwierdziła skuteczność przystąpień.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił częściowo odwołanie w zakresie żądania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego Comarch z postępowania i odrzucenia jego oferty, Zamawiający zobowiązał się także do dokonania tych czynności ponownie. Zamawiający poinformował, że przystąpi do ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, nie wskazał, czy proces ten obejmie wnioski sformułowane przez Odwołującego Comarch w odwołaniu.

Odwołujący w dniu 9 lipca 2019 roku, przed terminem posiedzenia i rozprawy wyznaczonym na 10 lipca 2019 roku, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Odwołującego. Oświadczenie o cofnięciu części zarzutów odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

W dniu 10 lipca 2019 roku na posiedzeniu z udziałem stron żaden z przystępujących po stronie Zamawiającego nie stawił się, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) - powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a Pzp w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie 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 albo gdy wykonawca, który przystąpił po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła wystąpienie przesłanek umorzenia postępowania odwoławczego opisanych w dyspozycji art. 186 ust. 3a Pzp - Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, Odwołujący wycofał odwołanie w pozostałym zakresie, a przystępujący po stronie Zamawiającego nie zgłosili sprzeciwu w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący po stronie Zamawiającego mieli możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronienia swych interesów. Przystępujący nie zdecydowali się skorzystać ze swojego prawa. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolna rezygnacja z udziału w tej fazie postępowania odwoławczego oznacza rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. w postanowieniu z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10) i postanowieniu z 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15).

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp - należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatom postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w części słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił w części odwołanie, natomiast w pozostałym zakresie Odwołujący cofnął zarzuty, natomiast Przystępujący nie skorzystali z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, Odwołujący zaś cofnął pozostałe zarzuty,

2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy, którzy nie skorzystali z prawa do złożenia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:

Członkowie: