

WYROK
z dnia 19 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez „Accenture” **Sp. z o. o., ul. Sienna 39, 00 – 121 Warszawa**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. St. Dubois 5a, 00 – 184 Warszawa**, protestu z dnia **11 grudnia 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie oraz wykluczenia „Accenture” Sp. z o. o., ul. Sienna 39, 00 – 121 Warszawa z konkursu oraz nakazuje ponowne dokonania oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie z uwzględnieniem wniosku „Accenture” Sp. z o. o., ul. Sienna 39, 00 – 121 Warszawa;

2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. St. Dubois 5a, 00 – 184 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „Accenture” **Sp. z o. o., ul. Sienna 39, 00 – 121 Warszawa;**

-
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4.444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia ul. St. Dubois 5a, 00 – 184 Warszawa**, na rzecz „Accenture” **Sp. z o. o., ul. Sienna 39, 00 – 121 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10.556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „Accenture” **Sp. z o. o., ul. Sienna 39, 00 – 121 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Systemów Informacyjnych Służby Zdrowia - prowadzi konkurs na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej również: „Pzp”, którego przedmiotem jest opracowanie koncepcji wykonania prototypu usługi elektronicznej recepty e-Recepta i jego wdrożenia.

4 grudnia 2009 r. zamawiający przekazał informację o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 120 ust 2 Pzp Accenture Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie z powodu niespełnienia wymagań określonych w regulaminie konkursu - wymogu złożenia wniosku w zamkniętej kopercie. Wobec czynności wykluczenia Accenture Sp. z o. o. wniosła odwołanie, poprzedzone protestem.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych polegających na :

- 1) dopuszczeniu, by pracownik zamawiającego przyjmujący wnioski otworzył kopertę zawierającą wniosek odwołującego się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i

- przekazał do merytorycznego działu zamawiającego wniosek wyjęty z tej koperty, co naruszało zasadę równego traktowania wykonawców;
- 2) zaniechaniu wyjaśnienia przyczyn, dla których pracownicy merytorycznego działu zamawiającego otrzymali wniosek pozbawiony koperty;
 - 3) wykluczeniu odwołującego się z postępowania konkursowego z uwagi na rzekome niespełnienie wymagań określonych w regulaminie konkursu, co naruszyło art. 120 ust 2

2

- Pzp., mimo iż wymagania te zostały przez odwołującego się spełnione;
- 4) naruszenie art. 7 Pzp przez bezpodstawne i niezgodne z prawem obciążenie odwołującego się skutkami niekompetentnych działań pracowników zamawiającego i uniemożliwienie uczestniczenia w postępowaniu odwołującego się, który w całości spełnia postawione przez zamawiającego warunki;
 - 5) zaniechaniu wezwania odwołującego się do złożenia ewentualnych wyjaśnień do wniosku i załączonych do niego dokumentów oraz, ewentualnie, do uzupełnienia dokumentów, z naruszeniem art. 120 ust 3 Pzp;
 - 6) naruszeniu art. 120 ust 2 Pzp przez bezpodstawne uznanie, że umieszczenie wniosku w zamkniętej kopercie jest wymaganiem, którego niespełnienie pozwala na wykluczenie wykonawcy.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania konkursowego, ponownej oceny spełniania przez odwołującego się warunków udziału w postępowaniu, wraz z ewentualnym wezwaniem do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, dopuszczenia odwołującego się do udziału w konkursie.

W uzasadnieniu odwołujący się wskazał, że wniosek przygotował i złożył zgodnie z regulaminem, jego otwarcie przed wyznaczonym terminem wynika z działań pracowników zamawiającego, zaś obciążenie wykonawcy konsekwencjami takiego działania narusza art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący się podniósł, że nawet w przypadku, gdyby wniosek został złożony w otwartej kopercie lub bez koperty, brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 120 ust 2 Pzp. W oparciu o wyrok Izby z dnia 14 października 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 1029/08, wywiódł, że skoro z powodu sposobu opakowania nie można odrzucić oferty, to tym bardziej nie jest dopuszczalne wykluczenie wykonawcy z uwagi na niespełnienie warunków dotyczących konieczności czy sposobu zapakowania wniosku.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest w 11 grudnia 2009 r. (pismem z tego dnia), odwołanie 22 grudnia 2009 r. (pismo z tej samej daty, presentata Urzędu Zamówień Publicznych). Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu 22 grudnia 2009 r. z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest 21 grudnia 2009 r. i przekazał tego dnia rozstrzygnięcie za pośrednictwem faksu. Powołał art. 116 Pzp jako podstawę wprowadzenia do regulaminu konkursu obowiązków, które nie przewidziane są w ustawie dla innych trybów postępowania. Wywiódł, że analogicznie, jak w przypadku ofert, zabezpieczenie wniosków do czasu ich sprawdzenia przez Sąd Konkursowy służy zabezpieczeniu prawidłowego toku postępowania oraz interesów uczestników i zamawiającego. Jeżeli jednoznaczne zapisy w Regulaminie

3

konkursu przewidywały, że uczestnik konkursu składa wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie w zamkniętej kopercie opatrzonej stosownym napisem, to brak takiego zabezpieczenia wniosku skutkować musiał podjęciem przez Sąd Konkursowy decyzji o wykluczeniu, gdyż zmiana reguł zawartych w regulaminie konkursu i ogłoszeniu spotkałaby się z zarzutem nierównego traktowania uczestników.

Po ustaleniu w czasie posiedzenia, że nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 200-287902 w dniu 16 października 2009 r.

Odwolujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż przez wykluczenie z konkursu traci możliwość uzyskania nagrody w postaci zaproszenia do negocjacji w trybie z wolnej ręki, zatem w konsekwencji również zamówienia publicznego. Uwzględnienie odwołania umożliwi odwołującemu się złożenie pracy konkursowej i ewentualne uzyskanie zamówienia.

Odwolanie zasługuje na uwzględnienie. Stanowisko zamawiającego oparte jest na błędnej interpretacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowień regulaminu. Zamawiający w rozdziale VI ust. 1 regulaminu konkursu ustalił, że uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, które spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wymienione warunki wynikające z regulaminu konkursu. Warunki udziału w konkursie zamawiający opisał szczegółowo w pkt 1 – 4 przywołanego rozdziału VI ust. 1. Natomiast zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale VI ust. 5 regulaminu konkursu, wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie ma zostać złożony w zamkniętej kopercie, wraz z oświadczeniami i dokumentami wymienionymi w rozdziale VI regulaminu konkursu. Już z samego brzmienia regulaminu konkursu wynika zatem, że wymaganie dotyczące sposobu opakowania wniosku nie stanowi wymagania mającego charakter warunku udziału w konkursie. Takie sformułowanie regulaminu odpowiada prawu.

Art. 120 ust. 2 Pzp stanowi, że uczestnicy konkursu niespełniający wymagań określonych w regulaminie konkursu podlegają wykluczeniu. Przywołany przepis używa innego

4

sformułowania, niż art. 115 ust 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym regulamin konkursu określa wymagania, jakie muszą spełniać uczestnicy konkursu, z tym, że jeżeli nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, a przepis art. 22 stosuje się odpowiednio. Konkurs nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, jednak podobnie, jak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest wybór najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, celem konkursu jest wybór najlepszej pracy konkursowej przedstawionej przez uczestnika konkursu spełniającego ustalone przez zamawiającego warunki. W doktrynie podkreśla się, że ustalone warunki udziału w konkursie, w sytuacji gdy nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy konkurs, winny pozostawać w korelacji z warunkami udziału w przyszłym postępowaniu. Powyższe daje zamawiającemu możliwość wykluczania, już na etapie konkursu, wykonawców, którzy nie będą w stanie wykonać z należyłą starannością przyszłego zamówienia. Wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie służyć ma ocenie zdolności uczestników konkursu do sporządzenia pracy konkursowej. Powyższe prowadzi do przekonania, że wykluczenie winno następować jedynie wobec takiego uczestnika konkursu, który nie byłby zdolny do wykonania pracy konkursowej. O zdolności tej decyduje spełnianie wymagań podmiotowych, nie zaś wymagań formalnych co do sposobu opakowania wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie. W związku z powyższym różnice sformułowań użytych w art. 115 ust. 2 pkt 3 i art. 120 ust. 2 Pzp nie uzasadniają twierdzenia zamawiającego o konieczności wykluczenia odwołującego się z powodu sposobu opakowania wniosku. Wykładnia literalna nie daje podstaw do takiego twierdzenia. Natomiast wykładnia celowościowa prowadzi do przekonania, że w obu przypadkach normy prawne art. 115 ust. 2 pkt 3 i art. 120 ust. 2 Pzp referują się do wymagań o charakterze podmiotowym i tylko w tym zakresie można dokonać czynności wykluczenia na podstawie art. 120 ust. 2 Pzp. Użyte w przywołanym przepisie pojęcia „wymagań, jakie muszą spełniać uczestnicy” interpretować należy zatem jako daną zamawiającemu możliwość postawienia innych wymagań podmiotowych wobec uczestników konkursu, niż wynikające z art. 22 ust. 1 Pzp. Uzasadnione jest to specyfiką postępowania konkursowego, którego przedmiotem, zgodnie z art. 110 Pzp, jest wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno - budowlanego oraz przetwarzania danych. Wykonanie pracy konkursowej może w indywidualnych przypadkach wymagać

5

posiadania przez wykonawcę właściwości, które trudno wprost przyporządkować do właściwości wynikających z art. 22 ust. 1 Pzp. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z art. 120 ust. 3 Pzp do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, przepisy art. 26 ust. 3 i 4 stosuje się odpowiednio. „Odpowiednie stosowanie przepisu wskazuje, iż istnieje możliwość uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków (w rozumieniu art. 22), ale również innych wymagań wobec uczestnika konkursu (wykraczających poza wąsko rozumiane warunki), jeśli zamawiający postawił takie wymagania (vide: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX 2007, wyd. III).

Izba zważyła nadto, że zamawiający nie wykazał potrzeby sformułowania wymagania złożenia wniosku w zamkniętej kopercie. Stosowanie *per analogiam* regulacji dotyczących oferty, w szczególności art. 86 Pzp, pozbawione jest uzasadnienia. Skoro z art. 121 Pzp wynika wprost niemożność zapoznania się z pracami konkursowymi przed upływem terminu do ich składania, a w odniesieniu do wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, ustawodawca zastrzeżenia takiego nie poczynił, to naruszenie ustalonego przez zamawiającego wymagania złożenia wniosku w zamkniętej kopercie, uznać należy za uchybienie o charakterze wyłącznie formalnym. Uchybienie to pozostaje bez wpływu na zachowanie zasad uczciwej konkurencji i możliwość dopuszczenia odwołującego się do udziału w konkursie.

Podniesiony przez zamawiającego argument dotyczący ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa jest chybiony. Art. 8 ust. 1 Pzp warunkuje ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa od dokonania przez wykonawcę stosownego zastrzeżenia. Zgodnie z art. 11 ust. 4 z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

To przede wszystkim od oceny i aktywności wykonawcy zależy zatem, czy dane informacje zostaną udostępnione, czy też nie. W tym kontekście wymaganie zamawiającego złożenia wniosku w zamkniętej kopercie jest pozbawione znaczenia dla ochrony praw wykonawców w postępowaniu i nierelevantne dla prawidłowego przebiegu procedury konkursowej. W konsekwencji niezachowanie wymagania formalnego, co do sposobu opakowania wniosku, mimo złożonego przez odwołującego się oświadczenia o akceptacji wymagań formalnych, ustalonych w regulaminie konkursu, nie skutkuje obowiązku zamawiającego dokonania wykluczenia.

Zamawiający wadliwie wykluczył odwołujący się z postępowania, naruszając art. 120 ust. 2 Pzp. Dokonanie czynności wykluczenia bez przeprowadzenia oceny spełnienia przez

6

odwołującego się warunków opisanych w rozdziale VI ust. 1 regulaminu konkursu godzi w zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp jest uniemożliwienie uczestnictwa w konkursie z powodu uchybienia o charakterze formalnym. Prawidłowym działaniem zamawiającego winna być ocena spełnienia przez odwołującego się warunków opisanych w rozdziale VI ust. 1 regulaminu konkursu. W razie ustalenia braku wymaganych oświadczeń lub dokumentów zamawiający winien zastosować tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Wynikiem prawidłowo dokonanych przez zamawiającego czynności będzie wykluczenie odwołujący się z powodu braku spełnienia wymagań podmiotowych albo dopuszczenie go do udziału w konkursie. Ustalenia dokonane w oparciu o dokumentację postępowania oraz stanowiska pełnomocników stron Izba uznała za wystarczające dla wydania orzeczenia, z zgodnie z art. 191 ust. 1 *in fine* Pzp, w związku z czym nie dopuściła dowodu z zeznań świadka powołanego przez odwołującego się.

Naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, których dopuścił się zamawiający mogą mieć istotny wpływ na wynik konkursu i na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikające z konkursu, zatem Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie i wykluczenia odwołującego się oraz nakazała ponowne dokonanie czynności oceny wniosków z udziałem odwołującego się. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....