

**WYROK**

**z dnia 10 maja 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Bogdan Artymowicz**  
**Agnieszka Bartczak – Żuraw**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant:** **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ASSECO POLAND S.A., Kamsoft S.A., Unizeto Technologies S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5a**

przy udziale wykonawcy **NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o., 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ASSECO POLAND S.A., Kamsoft S.A., Unizeto Technologies S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ASSECO POLAND S.A., Kamsoft S.A., Unizeto Technologies S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie p.n. „Integracja prototypów Internetowego Konta Pacjenta (IKP) oraz e-Recepty”.

W dniu 19 kwietnia 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Newind Grupa Aparator Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu.

Wobec takiej czynności zamawiającego w dniu 26 kwietnia 2012 r., odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S.A. (lider konsorcjum), Kamssoft S.A. (członek konsorcjum), Unizeto Technologies S.A. (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Rzeszowie [dalej także jako „konsorcjum Asseco”].

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako „Pzp”]:

- 1) art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz w zw. z zapisami rozdziału VI pkt 8 podpkt 1 i 2 SIWZ oraz zapisami art. 2 ust. 15 w zw. z art. 15 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Newind Grupa Aparator sp. z o.o. z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ;
- 2) art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Newind Grupa Aparator sp. z o.o. wobec nie złożenia w terminie wyjaśnień dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny jego oferty.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Newind Grupa Aparator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;
- 2) dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty Wykonawcy Newind Grupa Aparator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp;
- 4) dokonania ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) obciążenia zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż treści oferty wybranego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ gdyż wykonawca ten nieprawidłowo określił wartość wynagrodzenia w ramach opcji, tj. niezgodnie z postanowieniami rozdziału VI pkt 8 ppkt 1 i 2 SIWZ. W ocenie odwołującego zamawiający wyraźnie w art. 2 ust. 15 w związku z art. 15 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, zdefiniował zamówienie podstawowe, jako zamówienie obejmujące nie tylko wartość etapów I-III ale również usługi opcjonalne, co zgodne jest z przepisami Pzp. Podnosił, iż pojęcie zamówienia podstawowego w Prawie zamówień publicznych pojawia się w kontekście zamówień dodatkowych o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz zamówień uzupełniających o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Wskazywał, iż każdorazowo wartość zamówień dodatkowych i uzupełniających odnosi się do wartości zamówienia podstawowego rozumianego, jako zamówienie wraz z usługami opcjonalnymi. Mając na względzie powyższe rozumienie „zamówienia podstawowego” odwołujący stwierdził, że sprawdzenie poprawności wyliczenia wartości usług opcjonalnych wybranego wykonawcy prowadzi do wniosku, iż wykonawca ten dokonał wyliczenia wartości usług opcjonalnych niezgodnie z treścią SIWZ. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający błędnie wyliczył, że świadczenie opcjonalnych usług w zakresie wskazanym w III Etapie w okresie 12 miesięcy od zakończenia III Etapu stanowi 15,02 % ceny zamówienia podstawowego wskazanego w ofercie, podczas gdy z wyliczeń odwołującego wynika, że jest to 12,73% ceny zamówienia podstawowego wskazanego w ofercie. Także świadczenie opcjonalnych usług rozwojowych w okresie 820 dni od dnia podpisania umowy w ilości nie większej niż 1000 roboczogodzin w II i III Etapie stanowi 2,52% ceny zamówienia podstawowego wskazanego w ofercie, a nie 2,97% jak błędnie wskazał zamawiający. Odwołujący stwierdził, że konieczność obliczenia ceny usług opcjonalnych w relacji do wartości zamówienia podstawowego obejmującego zarówno pewną w realizacji część zamówienia, jak i usługi opcjonalne potwierdza również samo postępowanie zamawiającego dotyczące obliczania wartości zamówienia podstawowego w kontekście przewidywanych zamówień uzupełniających. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Newind Grupa Apator Sp. z o. o., z uwagi na nie złożenie w terminie wyjaśnień dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy, odwołujący wskazywał, iż złożone wyjaśnienia zostały podpisane przez osobę nieumocowaną do działania w imieniu Newind Grupa Apator Sp. z o. o. W ocenie odwołującego wyjaśnienia te należy traktować bądź jako nieważne, bądź też jako nieistniejące.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie p.n. „Integracja prototypów Internetowego Konta Pacjenta (IKP) oraz e-Recepty”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lutego 2012 r. pod numerem 2012/S 38-061587.

Zgodnie z rozdz. II pkt I, ppkt 3 SIWZ realizacja przedmiotu zamówienia obejmowała następujące etapy:

- 1) Etap I – szczegółowa specyfikacja wymagań i projekt techniczny,
- 2) Etap II – wykonanie, dostawa i zainstalowanie Systemu,
- 3) Etap III – eksploatacja Systemu, świadczenie usług gwarancyjnych.

Zgodnie z ppkt. 5 w/w rozdziału w ramach przedmiotu zamówienia zamawiający przewidział zastosowanie opcji, o której mowa w art. 34 ust. 5 Pzp. Zakres opcji obejmował:

- 1) świadczenie opcjonalnych usług w zakresie wskazanym w III Etapie,
- 2) świadczenie opcjonalnych usług rozwojowych w ilości nie większej, niż 1000 roboczogodzin w II i III Etapie.

Ponadto zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia ofert obejmujących cały zakres przedmiotu zamówienia a niedopełnienie tego wymogu skutkowało odrzuceniem oferty.

Zgodnie z rozdziałem VI SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny oferty) pkt 8 zamawiający wymagał aby wykonawca określił wartość zamówienia w ramach opcji o której mowa w rozdziale II SIWZ w następujący sposób:

- 1) świadczenie opcjonalnych usług w zakresie wskazanym w III Etapie w okresie 12 miesięcy od zakończenia III Etapu winno stanowić 15-22% ceny zamówienia podstawowego wskazanego w ofercie;
- 2) świadczenie opcjonalnych usług rozwojowych w okresie 820 dni od dnia podpisania umowy, w ilości nie większej niż 1000 roboczogodzin w II i III Etapie winno stanowić 1,5-3% ceny zamówienia podstawowego wskazanego w ofercie.

Zamawiający zastrzegł, że niedopełnienie powyższego wymogu skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto Izba ustaliła, że zgodnie z art. 2 ust. 15 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ „Zamawiający przewiduje możliwość udzielania zamówień

uzupełniających do 25% wartości zamówienia podstawowego, określonego w art. 15 ust. 1, zgodnie z postanowieniami art. 67 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych". Zgodnie z brzmieniem art. 15 ust. 1 za wykonanie umowy zamawiający zobowiązuje się zapłacić wykonawcy całkowite wynagrodzenie, które nie może przekroczyć łącznego wynagrodzenia na które składa się: wynagrodzenie ryczałtowe z tytułu realizacji przedmiotu umowy obejmującego Etapy I-III, wynagrodzenie z tytułu usług rozwojowych w II oraz III Etapie, wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług opcjonalnych w zakresie wskazanym w III Etapie. Ponadto zgodnie z treścią załącznika nr 3 do SIWZ, (Formularz ofertowy) wykonawcy zobowiązani byli do podania ceny za poszczególne etapy oraz ceny za zamówienia realizowane w ramach opcji. Zgodnie z rozdziałem VIII pkt. II.2 SIWZ zamawiając wskazał, iż dokona wyboru oferty, która (...) zawiera najniższą cenę brutto za realizację pełnego zakresu zamówienia, łącznie z przedmiotem zamówienia objętego opcją.

Izba ustaliła również, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca Newind Grupa Apator Sp. z o. o., złożył w dniu 17 kwietnia 2012 r., wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość przedstawionej ceny. Wyjaśnienia zostały podpisane przez Przemysława Dąbrowskiego. Ponadto Izba ustaliła, iż w dokumentacji postępowania znajduje się pełnomocnictwo z dnia 30 marca 2012 r., mocą którego wykonawca Newind Grupa Apator Sp. z o. o., upoważnił Przemysława Dąbrowskiego do samodzielnego reprezentowania i podejmowania zobowiązań w imieniu i na rzecz tego wykonawcy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego będącym przedmiotem niniejszej sprawy. Zgodnie z treścią pełnomocnictwa Przemysław Dąbrowski umocowany był m.in. do składania w toku postępowania w imieniu i na rzecz wykonawcy Newind Grupa Apator Sp. z o. o. wszelkich oświadczeń woli i wiedzy.

W dniu 19 kwietnia 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Newind Grupa Apator Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto, Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 26 kwietnia 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Newind Grupa Apator Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W dniu 7 maja 2012 r., do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zamawiającego, w którym to zamawiający wskazał, iż uwzględnia wszystkie zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 9 maja 2012 r., na posiedzeniu z udziałem stron, przystępujący złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty Przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Wobec cofnięcia przez odwołującego na rozprawie w dniu 9 maja 2012 r., zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Newind Grupa Apator sp. z o.o. wobec nie złożenia w terminie wyjaśnień dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny jego oferty, zarzut ten nie był przedmiotem rozstrzygnięcia Izby.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Zamawiający określając sposób obliczenia ceny świadczenia usług opcjonalnych w sposób jednoznaczny wskazał, iż winna ona stanowić odpowiednio 15-22% i 1,5-3% ceny zamówienia podstawowego wskazanego w ofercie. Stanowiska odwołującego co do sposobu rozumienia pojęcia „zamówienie podstawowe” nie uzasadnia również odwoływanie się do treści art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp. W ocenie Izby, w świetle postanowień SIWZ za zamówienie podstawowe należało uznać realizację etapów od I do III a więc zamówienia gwarantowanego przez zamawiającego. Skoro wartość opcji miała się mieścić w określonym przez zamawiającego przedziale procentowym w stosunku do ceny zamówienia podstawowego to nie sposób zgodzić się z odwołującym, że zamówienie podstawowe w rozumieniu SIWZ to realizacja Etapów I-III

łącznie z opcjonalną częścią zamówienia. Taka interpretacja zdaniem Izby prowadziłaby de facto zdublowania się wartości opcji. W ocenie Izby stanowiska odwołującego nie potwierdzają również przywoływane przez niego postanowienia wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. O ile w art. 2 ust. 15 wzoru umowy zamawiający użył pojęcia zamówienie podstawowe z odesłaniem do art. 15 ust. 1 to z postanowień tych wynika jedynie, od jakiej wartości w niniejszym postępowaniu zamawiający będzie liczył wartość zamówień uzupełniających do 25%. Bezspornym jest, że w świetle art. 34 ust. 5 Pzp przewidując prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji jednakże w świetle niniejszej sprawy Izba zwraca uwagę, że zamawiający opisując sposób obliczenia ceny opcji zobowiązał wykonawców do określenia jej w stosunku do ceny zamówienia podstawowego a więc w ocenie Izby w stosunku do ceny za realizację Etapów I-III.

Reasumując, Izba uznała, że oferta przystępującego jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie postanowień rozdziału VI pkt 8 ppkt 1 i 2. Wynagrodzenie za zamówienie realizowane w ramach opcji dotyczącej Etapu III w okresie 12 miesięcy stanowi 15,02% ceny zamówienia podstawowego wskazanego w ofercie podczas gdy zamawiający wymagał aby wynagrodzenie to stanowiło nie mniej niż 15% nie więcej niż 22% zamówienia podstawowego wynikającego z oferty, natomiast wynagrodzenie z tytułu 1000 roboczogodzin usług rozwojowych realizowanych w ramach opcji w II i III Etapie stanowi 2,97% ceny zamówienia podstawowego wskazanego w ofercie podczas gdy zamawiający wymagał aby wynagrodzenie to stanowiło nie mniej niż 1,5% nie więcej niż 3% zamówienia podstawowego wynikającego z oferty.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p.,  
tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....