

POSTANOWIENIE

z dnia 12 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **12 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2013 r.

przez wykonawcę: **CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Informatyzacja Szpitala Psychiatrycznego SPZOZ w Węgorzewie w ramach projektu „Wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego w Szpitalu Psychiatrycznym Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Węgorzewie”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Warmia Mazury 2007-2013* (nr postępowania ZSI-2/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Psychiatryczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Węgorzewie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców), Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony tytułem wpisu od odwołania.**

Sygn. akt KIO 744/13

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Psychiatryczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Węgorzewie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dostawy pn. *Informatyzacja Szpitala Psychiatrycznego SPZOZ w Węgorzewie w ramach projektu „Wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego w Szpitalu Psychiatrycznym Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Węgorzewie”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Warmia Mazury 2007-2013* (nr postępowania ZSI-2/2013).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 29 stycznia 2013 r. nr 2013/S_020-0308344. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

2 kwietnia 2013 r. (pismem z 29 marca 2013 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od podjętej przez Zamawiającego 22 marca 2013 r. czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp polegające na skierowaniu nieprecyzyjnego wezwania do złożenia bliżej nieokreślonych wyjaśnień oraz niesprecyzowanych dokumentów, które uniemożliwia w pełni odczytanie intencji Zamawiającego i może doprowadzić do nieuprawnionego wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący podniósł z ostrożności procesowej, że w ramach podniesionego zarzutu kwestionuje zasadność wezwania w zakresie polisy ubezpieczeniowej, która spełnia wymagania SIWZ, i co do której zarówno wezwanie do wyjaśnień, jak i do uzupełnienia braku byłoby bezzasadne.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności.

Odwołujący sprecyzował zarzut przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Odwołujący podał, że 22 marca 2013 r. Zamawiający skierował do wszystkich wykonawców pismo dotyczące złożonych ofert. W części wstępnej pisma Zamawiający stwierdził, że *w wyniku przeprowadzonej dotychczas walizy i oceny ofert, w każdej ze złożonych ofert stwierdzono szereg uwag,*

braków, niejasności wymagających wyjaśnienia lub dodatkowych informacji. W dalszej części Zamawiający w odniesieniu do każdego z wykonawców zawarł stwierdzone wątpliwości.

W przypadku oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że zaświadczenie ZUS wystawione zostało wcześniej niż trzy miesiące przed terminem składania ofert, co ma stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że polisa ubezpieczeniowa nie spełnia warunku braku jakichkolwiek podlimitów, a nadto wśród osób, które będą wykonywały zamówienie nie ma inżyniera z ważnym certyfikatem sprzętu sieciowego. W dalszej kolejności Zamawiający wskazał na brak broszur, katalogów, folderów oferowanego sprzętu, brak oświadczenia HL7 oraz opisu i rodzajów komunikatów, brak proponowanej licencji bazy danych, brak kosztorysu usług pogwarancyjnych, oświadczenia, że wykonawca jest producentem oprogramowania oraz brak certyfikatu ISO 9001:2000 dla Wykonawcy.

W podobny sposób Zamawiający wyszczególnił nieprawidłowości stwierdzone w ofertach innych Wykonawców. Następnie ogólnie stwierdził, iż *na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp* wzywa do uzupełnienia na piśmie brakujących oświadczeń i dokumentów, złożenia wyjaśnień i sprostowań w celu potwierdzeń a spełnienia warunków udziału w postępowaniu (str. 4 wezwania). W dalszej części pisma (str. 4-5) Zamawiający zawarł obszerny wywód dotyczący zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do części ofert. Zdaniem Odwołującego z wypowiedzi Zamawiającego w tym zakresie nie wynika jednak, czy w związku z tym oczekiwał jakiegokolwiek działania ze strony wykonawców.

Odwołujący podniósł, że ogólne stwierdzenie Zamawiającego nie pozwala w sposób jednoznaczny ustalić uchybień, co do których Zamawiający oczekiwał uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, oraz niejasności, które miałyby być usuwane na podstawie art. 26 ust. 4 pzp. Obowiązek takiego jednoznacznego wskazania obciąża Zamawiającego, na co wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza (por. wyrok z 12 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2786/11). W orzeczeniu z 14 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1882/11, KIO 1895/11) Izba stwierdziła: *Jednoczesne zastosowanie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w sytuacji braku podstaw do przyjęcia, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu mogłoby pozbawić wykonawcę realnej szansy na naprawienie w sposób prawnie dopuszczalny swojej oferty. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie dołożył należytej staranności przy rozróżnianiu, kiedy należy zastosować instytucję z art. 26 ust. 3 ustawy, a kiedy z art. 26 ust. 4 ustawy (...). W ocenie Izby nie można ekonomiką postępowania ograniczać uprawnień wykonawców nadanych im przez ustawodawcę, ani zmniejszać swoich własnych obowiązków ustawowych wynikający z art. 26 ust.3 i 4 ustawy poprzez przerzucenie oceny złożonych przez wykonawców dokumentów*

na samych wykonawców. Takie rozumowanie podważa sens dokonywania w ogóle w postępowaniu weryfikacji podmiotowej wykonawców i godzi w zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący ocenił, że powyższe wypowiedzi Izby w sposób jednoznaczny wskazują, że czynność wezwania podjęta przez Zamawiającego 22 marca 2013 roku naruszała przepisy art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 pzp. Odwołujący stwierdził, że powinien otrzymać jednoznaczne w swej treści wezwanie, z którego wynikałoby jakiego zachowania oczekuje od niego Zamawiający. W szczególności zaś Zamawiający powinien w sposób jednoznaczny wskazać Odwołującemu jakiego rodzaju dokumenty powinny zostać złożone oraz jakie kwestie powinny zostać przez niego wyjaśnione. Dotyczy to także ewentualnego żądania dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które jednak nie zostało w ogóle wyartykułowane.

Odwołujący podkreślił przy tym, że wezwanie jest tym bardziej niejasne, że nie wskazuje ono precyzyjnie dokumentów, które podlegałyby uzupełnieniu bądź wyjaśnieniu. Dla przykładu Zamawiający wskazał certyfikat ISO 9001:2000, tymczasem w SIWZ dopuszczono również złożenie certyfikatów ISO 9001:2008. Ponadto w SIWZ wymagano certyfikatu ISO potwierdzającego spełnienie standardów jakości w różnych obszarach, a Zamawiający nie precyzuje dokładanie, o który certyfikat ISO chodzi. Dodatkowo Zamawiający powołał się na brak *broszur, katalogów, folderów dotyczących sprzętu*, podczas gdy SIWZ w ogóle nie wymagała złożenia takich dokumentów. Zamawiający wskazał również na brak *oświadczenia, iż wykonawca jest producentem oprogramowania, gdzie SIWZ przewiduje również inne rodzaje oświadczeń*. W dalszej kolejności Zamawiający wskazał na brak *kosztorysu usług pogwarancyjnych*, a SIWZ nie wymienia takiego dokumentu. Odwołujący podsumował, że wezwanie po części dotyczy dokumentów, które w ogóle nie były wymagane w SIWZ, co dodatkowo pogłębia niejednoznaczność wezwania.

Odwołujący wskazał nadto, że w przypadku zaświadczenia ZUS Zamawiający nie wyartykułował żadnego żądania. W treści wezwania wskazano, że data złożonego zaświadczenia jest wcześniejsza niż trzy miesiące przed terminem składania ofert. W dalszej części Zamawiający przesądził jednak, że wada stanowi podstawę wykluczenia wezwania. W ocenie Odwołującego należy zatem uznać, że Zamawiający nie wyartykułował żadnego wezwania, *a przynajmniej nie jest jasnym czy takie zostało skierowane, a jeżeli tak, to czego ono dotyczyło*.

W odniesieniu do polisy ubezpieczeniowej Odwołujący podniósł, że nie jest w stanie, czy Zamawiający wzywał go do złożenia wyjaśnień, czy też uzupełnienia dokumentu polisy, jednak żadne z nich nie byłoby uzasadnione. Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający

Sygn. akt KIO 744/13

wymagał przedstawienia polisy ubezpieczeniowej na sumę minimalną 1.000.000 zł bez podlimitów w ramach sumy ubezpieczenia, oznacza to, że wystarczającym byłoby dysponowanie ubezpieczeniem na wskazaną wyżej kwotę, która mogła by zostać zrealizowana nawet jednorazowo po ziszczeniu się zdarzenia ubezpieczeniowego. Odwołujący podał, że złożona przez niego polisa opiewa na kwotę 20.000.000 zł, a więc na sumę ubezpieczenia dwudziestokrotnie przekraczającą próg określony w SIWZ. Odwołujący przyznał, że polisa zawiera podlimity dotyczące kwoty podlegającej wypłacie w razie ziszczenia się określonych zdarzeń ubezpieczeniowych – zaznacza jednak, że każdy z podlimitów przekracza wartość minimalnej sumy ubezpieczenia. W ocenie Odwołującego przyjęc zatem należy, że złożona polisa spełnia warunki Zamawiającego. Odwołujący zaznaczył, że rozmiar prowadzonej przez niego działalności wymaga posiadania polisy ubezpieczeniowej na kwotę znacząco wyższą niż milion złotych. Jednocześnie jednak na rynku w praktyce niemożliwe jest uzyskanie polisy na kwotę 20.000.000 zł bez żadnych ograniczeń kwotowych. W ocenie Odwołującego wymóg pojmowany w sposób restrykcyjny odrywa złożenie polisy od celu jakiemu ona służy, tj. ustaleniu zdolności ekonomicznej, która nie zależy od istnienia podlimitów w polisie ubezpieczeniowej (por. wyrok Izby z 19 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 679/12, KIO 700/12), a prowadzi jedynie do dyskryminacji wykonawców dysponujących polisami na kwoty znacząco wyższe od wymaganych zarówno co do ogólnej sumy ubezpieczenia, jak i maksymalnej sumy wypłacanej w ramach odszkodowania za jedno zdarzenie ubezpieczeniowe. W ocenie Odwołującego warunek postawiony przez Zamawiającego należy więc odczytywać w ten sposób, że brak podlimitów dotyczy sumy ubezpieczenia określonej w treści SIWZ, tj. kwoty 1.000.000 zł. Tylko w ten sposób warunek mógłby być interpretowany w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców, tj. zgodnie z dyrektywą zawartą w art. 7 ust. 1 pzp. Odwołujący podsumował, że przedstawiona przez niego polisa jest prawidłowa i spełnia warunki SIWZ.

2 kwietnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców), Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej zwanemu w skrócie „Konsorcjum Comarch”) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia. Strony na posiedzeniu nie zgłosiły również

opozycji co do zgłoszonego przystąpienia.

11 kwietnia 2013 r. wpłynęło do Izby faksem pismo Zamawiającego, w którym oświadczył, że w związku ze złożonym odwołaniem na podstawie art. 186 ust. 2 pzp informuje, że unieważnia czynności z dnia 22 marca 2013 r. zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, polegające na wezwaniu Odwołującego do dostarczenia brakujących dokumentów oraz złożenia wyjaśnień.

Zamawiający w tym samym dniu poinformował o swoim stanowisku Odwołującego i Przystępującego.

12 kwietnia 2013 r. Konsorcjum Comarch w toku posiedzenia z udziałem stron przesłało faksem pismo, w którym oświadczyło, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

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

Zamawiający wyraził w piśmie z 11 kwietnia 2013 r. niebudzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Ponadto Zamawiający nie tyle zadeklarował uczynienie zadość żądaniom odwołania, co już to uczynił unieważniając zaskarżoną czynność. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku postaci możliwości umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Konsorcjum Comarch przystępujące po jego stronie nie sprzeciwiło się temu – Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze.

Sygn. akt KIO 744/13

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący: