

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 31 sierpnia 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **w dniu 31 sierpnia 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 sierpnia 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1) Data Techno Park Sp. z o.o., ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław - Lider konsorcjum; 2) CompFort Meridian Polska S.A., Al. Jerozolimskich 65/79, 00-967 Warszawa - Członek konsorcjum; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Minister Zdrowia - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Dubois 5a, 00-184 Warszaw**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) Newind Sp. z o.o. (Lider), ul. Duńska 11, 54-427 Wrocławiu; 2) Nexio Management Sp. z o. o. (Partner), ul. Orzyckiej 27, 02-427 Warszawa, z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Duńska 11, 54-427 Wrocławiu** oraz **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 39 a, 31-864 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum Firm: 1) Data Techno Park Sp. z o.o., ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław - Lider konsorcjum; 2) CompFort Meridian Polska S.A., Al. Jerozolimskich 65/79, 00-967 Warszawa - Członek konsorcjum; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum:**

**ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługę wsparcia Zamawiającego w utrzymaniu Systemów teleinformatycznych” - nr sprawy WZP.221.58.2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 102 - 182913 z 28.05.2016 r., przez Skarb Państwa - Minister Zdrowia - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Dubois 5a, 00-184 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 10.08.2016 r. (e-mailem) Zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: 1) Data Techno Park Sp. z o.o., ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław - Lider konsorcjum; 2) CompFort Meridian Polska S.A., Al. Jerozolimskich 65/79, 00-967 Warszawa - Członek konsorcjum; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław zwane dalej: „Konsorcjum Data” w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” do uzupełnienia brakującego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu w postaci Protokołu Odbioru Etapu I usługi wskazanej pod poz. 1 w wykazie wykonanych usług załączonym do oferty.

W dniu 19.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Data wniosło odwołanie na w/w czynność z 10.08.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.08.2016 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 Pzp, a także § 1 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego na mocy przepisu art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia brakującego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu w postaci Protokołu Odbioru Etapu I usługi wskazanej pod poz. 1 w wykazie wykonanych usług załączonym do oferty pomimo, iż Wykonawca wystarczająco potwierdził fakt należytego wykonania tej usługi, przedkładając Protokół Odbioru Końcowego dla tej usługi. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil o unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie dotyczącym treści pkt 1 lit a) wezwania, tj. uzupełnienia dokumentu Protokołu Odbioru Etapu I dla usługi wykazanej pod

poz. 1 w wykazie usług załączonym do oferty Odwołującego. Jednocześnie - w związku z tym, iż nasz zarzut odnosi się do części oferty Odwołującego zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa - w ramach niniejszego odwołania została wyodrębniona część załączników zawierająca odniesienie do tajemnicy przedsiębiorstwa, która jako taka nie powinna być przekazywana ani udostępniana osobom trzecim. Jednocześnie mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi, zgodnie z przepisem art. 189 ust 6 Pzp, w przypadku braku możliwości rozpoznania odwołania bez odwołania się do szczegółów zawartych w utajnionej części oferty (w szczególności w odniesieniu do załączonych do niniejszego odwołania poufnych dokumentów) o wyłączenie jawności rozprawy w całości. W dniu 10.08.2016 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo zawierające wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnień, w tym wezwanie do uzupełnienia na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie potwierdzenia należytego wykonania usługi wykazanej w Wykazie usług Odwołującego pod poz. 1, poprzez dołączenie Protokołu Odbioru Etapu I dla tej usługi. Odwołujący nie zgadza się z czynnością podjętą przez Zamawiającego, w związku z czym podnosi, co następuje. Wśród postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia znalazł się też warunek, zgodnie z którym: *„Wykonawca składając ofertę winien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy - w tym okresie, wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje co najmniej dwa zamówienia o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto każde obejmujące swoim zakresem budowę i wdrożenie systemów informatycznych opartych o technologię Java w środowisku systemów operacyjnych Linux, które były realizowane w oparciu o zwinną metodykę wytwarzania oprogramowania”*. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Odwołujący przedstawił dwie usługi, przy czym dla potwierdzenia prawidłowego wykonania usługi z poz. 1 wykazu Odwołujący załączył Protokoły Odbioru Etapu II oraz Etapu III, wraz z Protokołami Odbioru Jakościowego (części produktów), jako że właśnie w tych Etapach zrealizowane zostały usługi potwierdzające spełnienie warunku postawionego przez Zamawiającego. Tym niemniej dodatkowo na potwierdzenie należytej realizacji całej usługi załączono także Protokół Odbioru Końcowego dotyczący tej usługi, który w swojej treści wskazuje, m. in. iż: *„Niniejszym protokołem potwierdza się, że wykonano wszystkie Etapy projektu (o czym świadczą podpisane protokoły Odbioru Etapów 1 do 5), a tym samym dostarczone wszystkie Produkty wynikające z Umowy”*, natomiast w rubryce *„Uwagi zamawiającego”* wpisano: *„Brak”*, co oznacza należyte wykonanie ww. usługi. Okoliczności te jednoznacznie wskazują, iż usługa wskazana w wykazie została należyście potwierdzona dowodem w postaci Protokołu Odbioru Końcowego. W związku z tym już sam ten dokument jest wystarczający za uznanie go jako dowód (poświadczenie) w rozumieniu przepisów rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Dlatego też niezrozumiałym dla Odwołującego jest fakt wezwania go przez Zamawiającego do uzupełnienia w zakresie Protokołu Etapu i, a biorąc pod uwagę fakt, iż wskazana usługa jest usługą zrealizowaną przez podmiot trzeci udostępniający Odwołującemu swoje zasoby na podstawie przepisu art. 26 ust 2b ustawy i Odwołujący nie dysponuje innymi dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tej usługi niż te załączone już do oferty, niemożliwym jest więc aktualnie spełnienie bezzasadnego w naszej ocenie żądania Zamawiającego. Dodatkowo zwracamy przy tym uwagę na fakt, iż Zamawiający w treści swojego wezwania w żaden sposób nie uzasadnił swojej decyzji, poza lakonicznym stwierdzeniem, iż nie dołączono Protokołu Etapu I. Nie jest więc jasne, czy przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie uwzględnił dołączonego przez Odwołującego Protokołu Odbioru Końcowego, czy też uznał go za nieprawidłowy. Co więcej swoje oczekiwanie uzupełnienia sformułował wyłącznie w zakresie Protokołu Odbioru Etapu i, pomimo, iż jak wynika z Protokołu Odbioru Końcowego całość przedmiotu Umowy została wykonana w ramach 5 Etapów. Fakt ten świadczy więc raczej o nieuwzględnieniu treści Protokołu Odbioru Końcowego niż zakwestionowaniu jego prawidłowości. W tej sytuacji Odwołujący zmuszony jest więc do zakwestionowania czynności podjętej przez Zamawiającego. Co prawda w ramach udzielonych Zamawiającemu w dniu 19.08.2016 r. wyjaśnień i uzupełnień kwestia ta została przez nas wyjaśniona, jednakże z ostrożności procesowej - biorąc pod uwagę ewentualne negatywne konsekwencje niedopełnienia tego aktu staranności - konieczne stało się też wniesienie w tym zakresie odwołania.

Zamawiający w dniu 22.08.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 39 a, 31-864 Kraków zwane dalej: „Comarch Polska S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu

W dniu 25.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Firm: 1) Newind Sp. z o.o. (Lider), ul. Duńska 11, 54-427 Wrocławiu; 2) Nexio Management Sp. z o. o. (Partner), ul. Orzyckiej 27, 02-427 Warszawa, z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Duńska 11, 54-427 Wrocławiu zwane dalej: „Konsorcjum Newid” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została

przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

W dniu 30.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie. Kopia została przekazana Odwoływającemu oraz Przystępującym, co potwierdził na posiedzeniu Zamawiający.

W dniu 31.08.2016 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 26.08.2016 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron.

W wyznaczonym terminie posiedzenia i rozprawy przed Izbą, czyli 31.08.2016 r., nie stawili się Przystępujący. Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą - Konsorcjum Firm: 1) Newind Sp. z o.o. (Lider), ul. Duńska 11, 54-427 Wrocławiu; 2) Nexio Management Sp. z o. o. (Partner), ul. Orzyckiej 27, 02-427 Warszawa, z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Duńska 11, 54-427 Wrocławiu oraz Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 39 a, 31-864 Kraków, tj. Przystępujących po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia (dowód w aktach postępowania), należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Należało bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia Przystępujących po stronie Zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy że na tym posiedzeniu Przystępujący mogą zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawców Przystępujących po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Inaczej mówiąc, Przystępujący po stronie Zamawiającego, prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystali z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia. Skoro odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron, Izba nie wzywała oddzielenie Przystępujących po stronie Zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, uznając, iż ich nieusprawiedliwione niestawiennictwo na posiedzeniu oznacza rezygnację z prawa do zgłoszenia sprzeciwu.

W konsekwencji, w niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, na którym Przystępujący po stronie Zamawiającego (gdyby byli obecni) mógł wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego. Brak stawiennictwa Przystępujących po stronie Zamawiającego nie uniemożliwiało zatem umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.

Izba uznaje także, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezsprzecznie są Przystępujący po stronie Zamawiającego, rozumią status w jakim występują w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i znają wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy. Zamawiający, nadto oświadczył na posiedzeniu, że przesłał Przystępującym po jego stronie faxem swoją odpowiedź na odwołanie w ramach której uwzględnia odwołanie w całości (dowód na tą okoliczność został załączony także do odpowiedzi na odwołanie). Izba wskazuje, że nie pozostało to bez wpływu na jej stanowisko. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę również konieczność sprawnego prowadzenia postępowania, profesjonalny charakter jego uczestników i przysługujący jego uczestnikom środek zaskarżenia w postaci skargi.

Tym samym, Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną, w odniesieniu do analogicznej sytuacji, w postanowieniach KIO: z 09.06.2010 r., sygn. akt: KIO 991/10, z 11.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1575/10, z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1264/12, z 23.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1722/12, z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 360/14, z 20.03.2014 r., sygn. akt: KIO 442/14; z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1524/14, z 05.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1744/14, z 04.02.2015 r., sygn. akt: KIO 151/15, z 01.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2534/15, z 16.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2637/15, z 26.04.2016 r., sygn. akt: KIO 523/16 oraz z 20.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1259/16.

Reasumując, skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,

2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili skutecznie wykonawcy, którzy nie skorzystali z prawa wniesienia sprzeciwu, Izba stwierdziła, w związku z faktem, że Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp – należało umorzyć.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1563/16 – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - należało umorzyć, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 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). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....