

**WYROK**  
**z dnia 15 marca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz  
**Członkowie:** Ewa Sikorska  
Robert Skrzyszewski  
**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017 r. przez wykonawcę **Comarch Helathcare S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Kilińskiego 29, 08-110 Siedlce**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Sedkomp Sp. J. S. S. (lider)** oraz **Asseco Poland S.A. (członek)** z siedzibą dla lidera: **ul. Czerwonego Krzyża 41, 08-110 Siedlce**

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Comarch Helathcare S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Comarch Helathcare S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
  
- 2.2. zasądza od **Comarch Helathcare S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej, ul. Kilińskiego 29, 08-110 Siedlce** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Siedlcach.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Siedlcach (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup i dostawę programowego rozwiązania informatycznego budującego usługi elektroniczne z zainstalowaniem i wdrożeniem oraz dostawę i zakup składników doposażenia środowiska informatycznego Zamawiającego z rozmieszczeniem, zainstalowaniem i wdrożeniem tego doposażenia niezbędnym dla wytwarzania i udostępniania tych usług w projekcie „eZdrowie SPZOZ w Siedlcach na miarę XXI wieku” realizowanym przez SPZOZ w Siedlcach”, wykonawca Comarch Healthcare S.A. z Krakowa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od:

- czynności oceny oferty odwołującego w kryterium „Funkcjonalność” w zakresie tzw. kryteriów premiujących, tj. ocenianych w celu przyznania punktów, poprzez:
  - zaniechanie oceny wszystkich kryteriów premiujących określonych w ofercie odwołującego jako „spełniane” oraz zademonstrowanych na prezentacji próbki, tj. zaniechanie oceny funkcjonalności tzw. kryteriów premiujących nr 1,3,13,
  - przyznanie ofercie odwołującego w kryterium funkcjonalnym w zakresie kryteriów premiujących zbyt małej liczby punktów, tj. przyznanie 36 punktów, podczas, gdy oferta odwołującego w kryterium funkcjonalnym – premiowanym powinna otrzymać 45 punktów,

a tym samym przyznanie ofercie odwołującego w ramach łącznej punktacji przyznanej w ramach wszystkich trzech kryteriów oceny ofert zbyt małej liczby punktów, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji w zw. z art. 26 ust. 1 tejże ustawy w zakresie, w jakim reguluje on ocenę ofert zmierzającą do ustalenia oferty najwyższej ocenianej oraz w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie, w jakim reguluje on kryteria oceny ofert będące podstawą oceny ofert,

- czynności prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz z rażącym naruszeniem zasad dokumentowania przebiegu czynności w postępowaniu i obowiązku ich wiarygodnego sformalizowania poprzez:
  - a) rozdzielenie w czasie czynności oceny dwóch ofert złożonych w postępowaniu w ramach kryteriów oceny ofert ponad rozsądny czas konieczny do dokonania oceny

- ofert, który nie ma uzasadnienia fatycznego, a który utrudnia odwołującemu dokonanie weryfikacji i prawidłowości czynności dokonywanych w postępowaniu,
- b) anulowanie na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, która miała miejsce w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w sprawie o sygn. KIO 257/17 (rozprawy w dniach 17 i 22 lutego 2017 roku) czynności oceny ofert w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert dokonanej odnośnie oceny oferty odwołującego oraz jedynego konkurenta – przystępującego w ramach której w kryterium funkcjonalnym odwołującemu przyznano jedynie 36 punktów, a Asseco maksymalną możliwą liczbę punktów, tj. 55 punktów, poprzez zakomunikowanie do protokołu, iż ocena ta miała jedynie charakter „symulacji” jako czynności nieznannej ustawie Pzp,
  - c) zakomunikowanie na poprzedniej rozprawie (w sprawie o sygn. akt KIO 257/17) odwołującemu o dokonaniu oceny jego oferty w kryterium funkcjonalnym – kryteria premiowane, której wynik pokrywa się z dokonaną „symulacją”, tj. 36 punktów co nastąpiło poprzez przekazanie na poprzedniej rozprawie odwołującemu do wglądu sporządzonego w zakresie tej oceny „Raportu” z jednoczesną informacją o braku dokonania takiej oceny w przypadku oferty przystępującego,
  - d) zaniechanie przez blisko dwa miesiące oceny oferty przystępującego w kryterium funkcjonalnym pomimo faktu, iż sama prezentacja trwała jedynie 80 minut, a także pomimo tego, że faktycznie zamawiający nie ma co oceniać w zakresie oferty przystępującego, gdyż brak jest w dokumentacji postępowania jakichkolwiek danych pozwalających na dokonanie tej oceny,
  - e) zaniechanie rzetelnego udokumentowania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu w kryterium Funkcjonalnym – kryteria premiujące, co przejawia się w następujących, ujawnionych przez zamawiającego na poprzedniej rozprawie okolicznościach:
    - o ujawnieniu, iż istnieje i został sporządzony przez zamawiającego, w przypadku odwołującego nieprzewidziany w ogóle w SIWZ ani w ustawie Pzp „Raport” dotyczący oceny oferty odwołującego w Kryterium Funkcjonalnym, który nie jest opatrzony datą (nie jest znana data jego sporządzenia) i który w zakresie Kryteriów Premiujących posługuje się wyłączenie jednym kolorem (żółtym) – symbolizującym ocenę pozytywną, a który nie zawiera oceny wszystkich wskazanych w ofercie i zademonstrowanych przez odwołującego na prezentacji funkcjonalności premiowanych, jakby w ogóle nie były one oferowane ani prezentowane, ani nie wskazuje dokonanej oceny w ich zakresie,

- zapowiedź, iż analogiczny „Raport” z oceny oferty przystępującego nie został jeszcze sporządzony, lecz zostanie sporządzony pomimo, że nie ma podstaw w ramach dokumentacji przetargowej dokonania takiej oceny,
- przyznanie, iż ocena ofert w Kryterium Funkcjonalnym odbywa się w Ramach raportu w oparciu o „notatki” sporządzane przez Komisję, które „nie stanowią dokumentacji przetargowej”, których brak było w aktach postępowania przetargowego w toku poprzedniej rozprawy oraz przyznanie, iż notatki te polegały wyłącznie na „zakreślaniu” funkcjonalności w załączniku do SIWZ zawierającym opis badanych funkcjonalności „bez ich komentowania”, skutkiem czego:
  - nie ma żadnego śladu ani udokumentowanej wiedzy co do przyczyn nieoceny niektórych funkcjonalności prezentowanych przez odwołującego, a nie zakreślonych kolorem żółtym, ani też wiedzy na temat ewentualnych przyczyn ich nieuwzględnienia,
  - nie ma żadnego śladu w dokumentacji postępowania, który mógłby stanowić podstawę do dokonania oceny oferty przystępującego w Kryterium Funkcjonalnym - premiowanym, w szczególności iż powołane „notatki” nie istnieją w dokumentacji postępowania, co jest tym bardziej karygodne, iż zamawiający anulował jako „symulowaną” dokonaną już przecież niedługo po prezentacji ocenę oferty przystępującego w tym zakresie, która pierwotnie [w ramach „symulacji”] przyznawała tej ofercie w ramach kryteriów funkcjonalnych premiujących maksymalną liczbę 55 punktów, pomimo że kilka funkcjonalności w ofercie zostało określonych przez przystępującego jako niespełniane przez oferowane oprogramowanie,
  - odwołującemu przyznano punkty za funkcjonalność premiującą nr 10 (za 1 punkt) oraz funkcjonalność premiującą nr 10 (za 3 punkty), które to funkcjonalności nie zostały zadeklarowane w ofercie przez odwołującego,

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 9 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązującego zamawiającego do pisemnego udokumentowania każdej czynności podejmowanej w postępowaniu, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak w protokole postępowania udokumentowania czynności oceny ofert w kryterium funkcjonalnym, w tym podstaw braku przyznania punktów za prezentowaną funkcjonalność i zastąpienie tej czynności „notatkami” (nie stanowiącymi dokumentacji postępowania, a nawet wątpliwymi co do ich istnienia – skoro nie okazano ich na poprzedniej rozprawie).

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzuty są przedwczesne, ponieważ czynność oceny oferty odwołującego oraz przystępującego w kryterium „Funkcjonalność” w zakresie tzw. kryteriów premiujących nie została przez zamawiającego dokonana.

Już skład orzekający Izby w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 257/17 wskazał, że *„nie dokonano oceny końcowej prezentowanego rozwiązania przez odwołującego – gdyż zgodnie z pkt 29 Regulaminu prezentacji, lit. a: Ocenę końcową prezentowanego rozwiązania stanowi spełnienie wymagań kryteriów dopuszczających i suma punktów przyznanych dla wszystkich kryteriów premiujących, lit. b: Warunkiem koniecznym ustalenia oceny prezentowanego rozwiązania jest uzyskanie min. 90% ocen prawda dla zbioru weryfikowanych kryteriów dopuszczających; co oznacza, że ocena końcowa prezentowanego rozwiązania odwołującego nie mogła być dokonana wobec braku uzyskania min. 90% ocen prawda dla zbioru weryfikowanych kryteriów dopuszczających”*.

W przypadku oceny oferty przystępującego skład orzekający Izby w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 257/17 wskazał, że: *„zarzuty wobec oferty uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione w pkt 3-5 w odwołaniu, zostały oparte na tych samych podstawach faktycznych: w toku prezentacji uczestnik postępowania przedstawił rozszerzony zakres funkcjonalności w stosunku do zaoferowanego w ofercie, w sytuacji, gdy wg oświadczenia zamawiającego nie dokonał on jeszcze oceny końcowej prezentowanego rozwiązania, którą stanowi spełnienie wymagań kryteriów dopuszczających i suma punktów przyznanych dla wszystkich kryteriów premiujących*

*– Izba uznała, że zarzuty przedstawione w odwołaniu w pkt 3-5 dotyczą zaniechania czynności, które może być dopiero ewentualnym skutkiem zakończonej procedury badania i oceny ofert. (...)*

*W konsekwencji Izba nie oceniała zarzucanego w odwołaniu zaniechania zamawiającego, dzieląc stanowisko zamawiającego i uczestnika postępowania, że w przedstawionych okolicznościach, zarzuty wskazane w pkt 3-5 odwołania są przedwczesne.*

*Izba też uznała, że informacja zamawiającego zamieszczona w piśmie z dnia 26 stycznia 2017 r. o uzyskanej przez wykonawców punktacji, która „przedstawiałaby się (...),” pomimo odrzucenia oferty odwołującego i niezakończonych procedury badania i oceny oferty uczestnika postępowania odwoławczego, jako hipotetyczna, nie powinna być zamieszczona w tym piśmie na zasadzie symulacyjnej punktacji.” (str. 28-29).*

Po złożeniu przez odwołującego poprzedniego odwołania (z dnia 6 lutego 2017 r.) zamawiający nie tylko, że nie zakończył procedury badania i oceny ofert (nie podjął żadnych czynności w tym zakresie), ale pismem z dnia 6 marca 2017 r. unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego (powołując się na wyrok Izby z dnia 24 lutego 2017 r., jaki zapadł w sprawie o sygn. akt KIO 257/17.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp „*Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...)*”

Skoro jednak – co niewątpliwe – zamawiający nie ocenił jeszcze ani oferty odwołującego, ani oferty przystępującego w kryterium „Funkcjonalność” w zakresie tzw. kryteriów premiujących to uznać należy, że przypisywanie zamawiającemu jakichkolwiek naruszenia przepisów ustawy Pzp w tym zakresie (co do samej oceny i jej dokumentowania) jest bezprzedmiotowe.

Skład orzekający Izby zauważa, że błędnie odwołujący za dokonanie oceny uznał symulację zamawiającego, o czym wypowiedziała się już Izba w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 257/17: „*Izba też uznała, że informacja zamawiającego zamieszczona w piśmie z dnia 26 stycznia 2017 r. o uzyskanej przez wykonawców punktacji, która „przedstawiałaby się (...)*”, *pomimo odrzucenia oferty odwołującego i niezakończonych procedury badania i oceny oferty uczestnika postępowania odwoławczego, jako hipotetyczna, nie powinna być zamieszczona w tym piśmie na zasadzie symulacyjnej punktacji.*” (str. 29).

Z powyższych względów skład orzekający Izby zarzutów, jako przedwczesnych, nie oceniał.

Zarzut zaniechanie przez blisko dwa miesiące oceny oferty przystępującego w kryterium funkcjonalnym pomimo faktu, iż sama prezentacja trwała jedynie 80 minut, a także pomimo tego, że faktycznie zamawiający nie ma co oceniać w zakresie oferty przystępującego, gdyż brak jest w dokumentacji postępowania jakichkolwiek danych pozwalających na dokonanie tej oceny nie potwierdził się.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 6 marca 2017 r., Odpowiedzi na odwołanie zamawiającego (pismo z dnia 12 marca 2017 r.), *Pisma procesowego przystępującego* (pismo z dnia



13 marca 2017 r.), a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upłynął 12 grudnia 2016 r.

Złożono dwie oferty: odwołującego i przystępującego.

Prezentacje oferowanych przez obu wykonawców rozwiązań odbyły się w dniu 4 stycznia 2017 r.

Protokół z przeprowadzonej prezentacji został przekazany przez zamawiającego do podpisu odwołującego w dniu 16 stycznia 2017 r. i ponownie w dniu 23 stycznia 2017 r.

Pismami z dnia 18 i 23 stycznia 2017 r. protokół ten został zakwestionowany przez odwołującego.

Pismem z dnia 2 lutego 2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty.

Pismem z dnia 6 lutego 2017 r. odwołujący złożył odwołanie – postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 257/17.

Odwołanie z dnia 6 lutego 2017 r. zostało rozpoznane na dwóch rozprawach: w dniu 17 i 22 lutego 2017 r.

Izba wydała wyrok w dniu 24 lutego 2017 r., uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nie uwzględniając pozostałych zarzutów odwołania.

*W uzasadnieniu Izba wskazała: „Zatem, uwzględnienie zasadnego w tym zarzucie odwołania, oznacza nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty bez unieważnienia prezentacji próbki, która formalnie odbyła się i nie podlega powtórzeniu. W tej sytuacji po stronie zamawiającego leży decyzja co do dalszych czynności, których nie podejmował, również wobec oferty drugiego wykonawcy, w tym oceny ofert w kryteriach, uwzględniając zmienioną niniejszym wyrokiem ocenę próbki odwołującego w kryterium 11 i 12.”*

Do dnia rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 389/17 zamawiającemu nie doręczono odpisu wyroku z dnia 24 lutego 2017 r.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Przepisy ustawy Pzp nie wskazują terminu, w jakim zamawiający zobligowany jest dokonać czynność badania i oceny ofert, wobec czego każdorazowo oceny wymaga, na tle konkretnego stanu faktycznego, czy zamawiający dopuścił się zaniechania.

W przedmiotowej sprawie bezsprzecznie od upływu terminu składania ofert (12 grudnia 2017 r.) do dnia złożenia odwołania (27 lutego 2017 r.) minęły ponad dwa miesiące.

Jednak odwołujący, składając w dniu 27 lutego 2017 r. rozpoznawane obecnie przez Izbę odwołanie, całkowicie pominął istotną okoliczność, tj. że ze względu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 257/17, nakazujący zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiającemu potrzebny jest, po dniu wydania wyroku, dodatkowy czas na badanie i ocenę ofert.

Za uzasadnione skład orzekający Izby uznał wstrzymanie się przez zamawiającego z czynnością badania i oceny ofert ze względu na brak możliwości zapoznania się z uzasadnieniem ww. wyroku (zamawiającemu, jak i odwołującemu, do dnia rozprawy, tj. 13 marca 2017 r. nie doręczono odpisu wyroku) – sam odwołujący w uzasadnieniu odwołania podnosił ścisły związek funkcjonalności premiujących nr 1 i 3 z funkcjonalnościami dopuszczającymi nr 11 i 12 (dotyczą integracji – str. 11 i 13 odwołania). Poznanie argumentacji Izby w tym zakresie jest więc dla zamawiającego istotne dla prawidłowej oceny ofert w kryteriach premiujących.

Podkreślenia wymaga, że w odniesieniu do tego zarzutu odwołujący nie zaprezentował odrębnej argumentacji.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....