

Sygn. akt KIO 2259/18

POSTANOWIENIE
z dnia 16 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 16 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2018r. przez **Simple S.A., ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Solec Sp. z o.o., ul. Solec 93, 00-382 Warszawa**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: **Atende Medica Sp. z o.o., Al. Wilanowska 313, 02-665 Warszawa**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: **Nexus Polska Sp. z o.o., ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań**

postanawia:

1. **umarza postępowania odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Simple S.A., ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa** 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. 2018 r. poz.1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Solec Sp. z o.o., ul. Solec 93, 00-382 Warszawa - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego typu ERP. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986) - zwanej dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 lipca 2018r. pod poz. 2018/S 139-317275.

W dniu 2 listopada 2018r. Odwołujący - Simple S.A., ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Atende Medica Sp. z o.o., zaniechaniu wykluczenia Atende Medica Sp. z o.o., wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Atende Medica Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. w zw. z art. 140 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ustawy PZP w zw. art. 66 § 1 k.c. poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Atende, a w konsekwencji wybór oferty Wykonawcy Atende jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy wbrew postanowieniu nr 1 Załącznika nr 1 do SIWZ - Formularz Oferta, Wykonawca nie podał pełnej nazwy oferowanego systemu, a wskazał jedynie typ oferowanego systemu podając, że oferuje „Zintegrowany System Informatyczny ERP”, co prowadzić powinno do wniosku, że treść oferty Wykonawcy Atende nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 113 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Atende, a w konsekwencji wybór oferty Wykonawcy Atende jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy wbrew postanowieniom 6.2 „Prezentacja oferowanego oprogramowania aplikacyjnego”, Załącznika nr 2 do SIWZ - Opis przedmiotu Zamówienia (s. 14), zgodnie z którym, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy termin prezentacji nie mógł ulec przesunięciu, Wykonawca wniósł o przesunięcie wyznaczonego terminu prezentacji systemu i prezentacja, wskutek tego wniosku, odbyła się w innym terminie niż wyznaczony, co prowadzić powinno do stwierdzenia, że sposób zachowania wykonawcy był odmienny niż wskazany w postanowieniach SIWZ, a w konsekwencji treść oferty oraz sposób prezentowania,

„udowadniania”, zgodności treści oferty z SIWZ rozstrzyga o kwalifikacji niezgodności z treścią SIWZ,

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez wyrażenie przez Zamawiającego zgody na przesunięcie terminu prezentacji systemu (zamiast odrzucenia oferty Wykonawcy) co doprowadziło do rażącego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez faworyzowanie Wykonawcy Atende i czynienie dla niego, wbrew literalnej i stanowczej treści dokumentacji postępowania, bezzasadnych ustępstw, dzięki którym mógł on uzyskać więcej czasu na przygotowanie prezentacji systemu, a co za tym idzie, możliwość np. wyeliminowania uprzednio zidentyfikowanych nieprawidłowości w jego funkcjonowaniu, które istniały na pierwotny dzień przeprowadzenia prezentacji i mogły spowodować odrzucenie jego oferty,
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Atende, a w konsekwencji wybór oferty Wykonawcy Atende jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy wbrew postanowieniu 7.1.3a) SIWZ, dostawy wskazane przez Wykonawcę Atende w formularzu Wykaz dostaw nie potwierdzają spełnienia uregulowanego tam warunku udziału w postępowaniu z uwagi na: niewykazanie wykonania co najmniej trzech zamówień, których przedmiotem była dostawa, instalacja i wdrożenie systemu ERP, niewykazanie odpowiedniej ilości użytkowników poszczególnych systemów ERP, niewykazanie odpowiednich rodzajów obszarów funkcjonalnych poszczególnych systemów ERP i w sytuacji, gdy wbrew wezwaniu Wykonawcy Atende do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP, Wykonawca Atende nie dożył wymaganych dokumentów, potwierdzających zakresy wdrożenia (obszary funkcjonalne) oraz wartości wdrożeń,
5. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Atende, a w konsekwencji wybór oferty Wykonawcy Atende jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy wbrew postanowieniu 7.1.3b) SIWZ, usługi wskazane przez Wykonawcę Atende w formularzu Wykaz usług nie potwierdzają spełnienia uregulowanego tam warunku udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że:
 - a. nie można ustalić jaki System został zaoferowany przez Wykonawcę Atende w ofercie albo
 - b. dotyczą one usług serwisowych innego systemu niż oferowany, przy przyjęciu, że

System oferowany to System wskazany w protokole z prezentacji Systemu, tj. System typu ERP o nazwie „Enova 365”,

6. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 113 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Atende, a w konsekwencji wybór oferty Wykonawcy Atende jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy, przy przyjęciu, że Wykonawca Atende zaoferował System typu ERP o nazwie „Enova 365”, złożył w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 7.1.3b) SIWZ, referencje dotyczące należytego wykonania zamówienia polegającego na świadczeniu usług serwisu innego Systemu niż „Enova 365”, co prowadzić powinno do wniosku, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a co najmniej, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty Atende jako najkorzystniejszej,
- b. odrzucenia oferty Atende,
- c. wykluczenia wykonawcy Atende z postępowania,
- d. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert przez wykonawców niewykluczonych i których oferty nie zostały odrzucone.

Ponadto wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego.

Do postępowania odwoławczego, na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 listopada 2018r., zgłosili przystąpienia wykonawcy:

1. w dniu 6 listopada 2018r Atende Medica Sp. z o.o., zgłoszenie po stronie Zamawiającego,
2. w dniu 7 listopada 2018r. Nexus Polska Sp. z o.o., zgłoszenie po stronie Odwołującego

Pismem z dnia 14 listopada 2018r. (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej dnia 15 listopada) Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poinformował, że uznaje odwołanie Simple S.A. w części. Wskazał, że w związku z pismem Atende Medica Sp. z o.o. z dnia 13 listopada

2018r., uznaje odwołanie w części dotyczącej braku wykazania się doświadczeniem w zakresie czynności usług serwisowych dotyczących zaoferowanego systemu ERP. Zamawiający oświadczył, że unieważnia czynność wyboru oferty Atende Medica Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i wyklucza Atende Medica Sp. z o.o. z postępowania. W związku z uwzględnieniem odwołania Simple S.A. i wykluczeniem Atende Medica Sp. z o.o. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania.

W dniu 15 listopada 2018r. wykonawca przystępujący po stronie Zamawiającego oświadczył, iż w związku z częściowym uznaniem odwołania nie będzie wnosił sprzeciwu i nie widzi przeszkód do umorzenia postępowania (pismo z dnia 15 listopada 2018r. w aktach sprawy).

W toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 16 listopada 2018r. pełnomocnik Odwołującego Simple S.A. oświadczył, że wycofuje pozostałe zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba z urzędu na posiedzeniu z udziałem stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów podniesionych w odwołaniu i wycofaniu pozostałych zarzutów przez Odwołującego, przy jednoczesnym braku wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a *in fine* ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. 2018, poz. 972), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a wykonawca, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie

wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

W oparciu o § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (tj. Dz.U. 2018, poz. 1092), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....