

Sygn. akt KIO/UZP 1173/08

WYROK

z dnia 7 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska - Romek**

Członkowie: **Barbara Bettman**
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Impulsy Sp. z o.o., ul. Hoża 1/9, 00-528 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce, Al. Jana Pawła II 120A, 07- 410 Ostrołęka** protestu z dnia 30 września 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum: KAMSOF Sp. z o.o., WASKO S.A., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność prezentacji oferowanych produktów i nakazuje przeprowadzenie czynności prezentacji produktów z możliwością udziału innych wykonawców.

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce, Al. Jana Pawła II 120A, 07- 410 Ostrołęka**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Impulsy Sp. z o.o., ul. Hoża 1/9, 00-528 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce, Al. Jana Pawła II 120A, 07- 410 Ostrołęka** na rzecz **Impulsy Sp. z o.o., ul. Hoża 1/9, 00-528 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impulsy Sp. z o.o., ul. Hoża 1/9, 00-528 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrołęce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę szpitalnego systemu informatycznego SSI.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 16 lipca 2008 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 136-182032.

W dniu 29 września 2008 roku do Zamawiającego wpłynął protest złożony przez Wykonawcę Impulsy Sp. z o.o., zwanego dalej Odwołującym, w którym zarzucił on naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji;
2. art. 8 ust. 1 i 2 ustawy przez naruszenie zasady jawności postępowania ze względu na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem;
3. art. 9 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady pisemności postępowania polegające na udzieleniu odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udział w prezentacji innych wykonawców w formie ustnej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniach 26 sierpnia i 29 września 2008 roku składał wniosek do Zamawiającego o udział w prezentacjach innych wykonawców celem weryfikacji czy w ich trakcie nie doszło do zmiany treści oferty. Wniosek ten był tym bardziej uzasadniony, że Zamawiający nie utrwał przebiegu prezentacji, a jedynym dokumentem potwierdzającym fakt jej przeprowadzenia jest protokół z przebiegu prezentacji o treści nadanej przez samego Zamawiającego. Osobami upoważnionymi do przeprowadzenia prezentacji były przedstawiciele wykonawców, nie posiadający jednak stosowych upoważnień do składania oświadczeń woli w imieniu w ich imieniu, co w ocenie Odwołującego stanowi przejaw załamania zasady pisemności postępowania.

W ocenie Odwołującego takie zachowanie Zamawiającego może prowadzić do niedozwolonych zmian w treści złożonych ofert.

Odwołujący wskazał również na złamanie zasady równego traktowania, podnosząc, że w trakcie prezentacji systemu przez Odwołującego na sali znajdowali się przedstawiciele innych wykonawców, podczas gdy Odwołującemu odmówiono prawa udziału w prezentacjach innych uczestników postępowania. Stanowisko to zostało publicznie, ale jedynie ustnie wyrażone przez kierownika Zamawiającego, co z kolei narusza zasadę pisemności postępowania.

Zamawiający w dniu 6 października 2008 roku protest w całości oddalił i wskazał, że prezentacje są wyłącznie elementem oceny ofert, do których upoważniona jest komisja przetargowa i jako czynność dokonywana w toku postępowania jest dokumentowana w formie protokołu, zgodnie z rozdziałem 5 ustawy, co wypełnia zasadę pisemności postępowania. Każdy z uczestników postępowania może zwrócić się z wnioskiem o udostępnienie protokołu w prezentacji, zatem zasada jawności postępowania jest zachowana. Zamawiający wskazał, że z treści przepisów ustawy wynika jedynie, że czynnością, w której biorą udział wykonawcy jest czynność otwarcia ofert, a pozostałe

czynności w toku postępowania dokonywane są bez udziału wykonawców. Ponadto podniósł, że przedmiotem zamówienia jest gotowy system informatyczny, dostępny na rynku, zatem Wykonawcy mogą dokonać jego samodzielnej weryfikacji pod kątem zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Zaprzeczył jakoby w trakcie prezentacji mogło dojść do zmiany treści złożonych ofert lub negocjacji oferty, bowiem prezentacja miała tylko potwierdzić i sprawdzić czy zaofferowany system spełnia wymagania wymienione w siwz.

Ponadto wskazał, że sposób przeprowadzenia prezentacji był jasno określony w siwz, działania Zamawiającego są zgodne z tymi postanowieniami a Odwołujący mógł złożyć protest na postanowienia siwz, czego nie uczynił.

Wskazał, że osoby dokonujące prezentacji miały tylko i wyłącznie pokazać system, ich oświadczenia nie miały na celu zaciągnięcia zobowiązania w imieniu wykonawców, którzy takie zobowiązanie złożyli w swoich ofertach. Ponadto, skoro wykonawca skierował swoich przedstawicieli do przedstawienia systemu to tym samym upoważnił ich do składania oświadczeń w jego imieniu.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący wniósł w dniu 10 października 2008 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

1. unieważnienie czynności odmowy udziału w prezentacjach innych Wykonawców,
2. unieważnienie czynności prezentacji i powtórzenie tych czynności z możliwością ich obserwowania przez innych wykonawców niż prezentujący oraz utrwalanie ich w sposób umożliwiający weryfikację działań Zamawiającego,

ewentualnie

3. unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy wobec zaistnienia wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło swoje przystąpienie Konsorcjum, którego Liderem jest Kamsoft Sp. z o. o., wskazując swój interes prawny i wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W dziale XIII siwz p.n. „Weryfikacja ofert”, Zamawiający zastrzegł prawo do zaproszenia Wykonawców, którzy złożyli oferty na prezentację oferowanego SSI oraz weryfikację zapisów oferty pod kątem wymaganych przez siebie parametrów, określonych w załączniku nr 2 siwz. Jednocześnie zastrzegł, że prezentacja SSI musi być przeprowadzona przez zespół wdrożeniowców wskazanych w załączniku nr 8 siwz. Każdy z nich musi być gotowy do odpowiedzi z zakresu opisanego w załączniku nr 2 do siwz, ze wskazanego przez Wykonawcę w ofercie zakresu. W pkt 2 działu XIII siwz, Zamawiający wskazał, że prezentacja musi być przeprowadzona na testowym środowisku z przykładową bazą danych, wypełnioną danymi w takim zakresie, aby możliwe było pokazanie wszystkich funkcji ujętych w załączniku nr 2 siwz. Prezentowany system miał być zainstalowany na sprzęcie Wykonawcy. Zamawiający wskazał również, że w trakcie prezentacji dokona sprawdzenia funkcjonalności systemu a stwierdzenie jakiegokolwiek niezgodności z deklaracją w ofercie w zakresie wymagań i parametrów skutkować będzie odrzuceniem oferty. W załączniku nr 8 siwz Zamawiający zawarł informację, że „osoby wymienione w tym załączniku w części dotyczącej usług opisanych w załącznikach 2 i 4, zobowiązane będą do wykonania prezentacji oferowanego SSI”.

W dniu 20 sierpnia 2008 roku Zamawiający, powołując się na wskazane wyżej postanowienia siwz zaprosił wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu do przedstawienia prezentacji zaoferowanych systemów SSI w terminach od 22 do 28 sierpnia 2008 roku. Czynność ta stała się przedmiotem protestu, a następnie odwołania z dnia 29 sierpnia 2008 roku, wniesionego przez Wykonawcę Impulsy Sp. z o.o., w którym zarzucił on naruszenie zasady równego traktowania przez wyznaczenie prezentacji dla poszczególnych wykonawców w różnych terminach oraz wskazał na naruszenie zasady pisemności przez możliwość udzielenia wyjaśnień co do funkcjonalności systemu przez osoby, które nie mają upoważnienia do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawców. Ponadto wskazał na niedopuszczalność zastosowania prezentacji, z uwagi na brzmienie art. 25 ust. 1 ustawy, który umożliwia żądanie oświadczeń wyłącznie niezbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz sformułowanie rygору odrzucenia oferty wbrew przesłankom określonym w art. 89 ust. 1 ustawy.

Jednocześnie w dniu 29 sierpnia 2008 roku Odwołujący złożył wniosek o umożliwienie uczestnictwa w charakterze obserwatora w czynnościach prezentacji innych wykonawców.

Zamawiający pozostawił wniosek Odwołującego bez odpowiedzi.

Po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu (postanowienie KIO UZP/956/08 z 23 września 2008 roku), w dniu 24 września Zamawiający ponownie wezwał Wykonawców, biorących udział w postępowaniu do przedstawienia prezentacji swoich produktów, wyznaczając terminy w dniach 26- 29 września br.

W dniu 26 września 2008, tj. w dniu wyznaczonym na prezentację systemu SSI przez Odwołującego, złożył on ponownie wniosek o umożliwienie jego przedstawicielom udziału w prezentacjach innych wykonawców. Z treści protokołu z posiedzenia Komisji z dnia 26 września wynika, że Zamawiający poinformował Odwołującego, że prezentacje są elementem oceny oferowanego systemu, który jest dokonywany wyłącznie przez komisję przetargową bez udziału innych wykonawców. Etap oceny pracy komisji jest częścią niejawną i jest dokumentowany w formie protokołu, do którego dostęp jest możliwy zgodnie z postanowieniami ustawy.

Skład orzekający Izby zważył:

Odwołujący jako podmiot, który złożył ofertę, jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia publicznego i wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy uprawniający go do złożenia odwołania.

Na wstępie należy zauważyć, że zarzuty podniesione w proteście i odwołaniu dotyczące udziału w prezentacji personelu wdrożeniowego, wymienionego w załączniku nr 8 do siwz należy uznać za spóźnione.

Informacja o przeprowadzeniu prezentacji SSI przez wskazany w ofercie zespół wdrożeniowców wynikała już z treści postanowień działu XIII siwz, o której Odwołujący mógł powziąć wiadomość w dniu 16 lipca 2008 roku (data publikacji siwz), zatem zarzut ten należy uznać za wniesiony z uchybieniem ustawowego terminu i nie podlegający rozpatrzeniu stosownie do postanowień art. 180 ust. 3 pkt 2 w związku z art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy.

Ponadto zachodzi w tym przypadku okoliczność określona w art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy, gdyż zarzut udziału personelu wdrożeniowego w prezentacji był już przedmiotem protestu a następnie odwołania z dnia 29 sierpnia 2008 roku, który został ostatecznie rozstrzygnięty postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2008 roku (sygn. akt KIO UZP/956/08).

Podobnie należy ocenić za spóźniony zarzut dotyczący dokonywania ewentualnych zmian w treści złożonych ofert, gdyż po pierwsze był on już przedmiotem protestu, złożonego przez

Odwołującego w dniu 21 sierpnia br., a po drugie Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, czy do takich zmian w treści złożonych ofert doszło w wyniku zastosowania prezentacji. Wskazać również należy, że zarzut ten jest spóźniony, gdyż sprowadza się co do zasady do kwestionowania samej czynności prezentacji, o której Odwołujący powziął informację już z treści postanowień siwz.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby, pozostawił bez rozpoznania zarzut dotyczący udziału w prezentacji personelu wdrożeniowców oraz zarzut dokonywania ewentualnych zmian w treści złożonych ofert w wyniku przeprowadzonych prezentacji.

Skład orzekający rozpoznał merytorycznie zarzut dotyczący odmowy udziału Odwołującego w czynnościach prezentacji produktów przez innych wykonawców oraz sposobu przeprowadzenia samej czynności prezentacji, uznał bowiem że nie są to zarzuty spóźnione, gdyż termin na ich wniesienie protestu rozpoczął swój bieg od dnia zaniechania, odmowy udziału w prezentacjach innych wykonawców czyli od dnia 26 września br. tj. od dnia przeprowadzenia prezentacji.

W tym zakresie skład orzekający Izby zważył:

Uprawnienie do żądania przedstawienia prezentacji oferowanego produktu należy wywieść z treści § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605).

Ustawodawca dopuścił, mając na celu umożliwienie weryfikacji, czy oferowane produkty odpowiadają wymaganiom Zamawiającego możliwość żądania od wykonawców w szczególności próbek, opisów lub fotografii. Należy uznać, że w cytowanym przepisie poprzez sformułowanie „w szczególności” jedynie przykładowo podano zakres możliwych dowodów, które mają potwierdzać spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych w siwz.

Podobnie jak wymienione wprost w rozporządzeniu próbki, opisy czy fotografie również prezentacja funkcjonalności zaoferowanego systemu SSI stanowi potwierdzenie oceny zgodności produktu z oczekiwaniami Zamawiającego. Uprawnienie do oceny zgodności oferowanego produktu z wymaganiami należy, zgodnie z przepisami ustawy do wyłącznej kompetencji komisji przetargowej, która to uprawnienie wywodzi z treści art. 20 ust. 1 ustawy. Komisja przetargowa jest bowiem powołana w celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oceny i badania ofert, w szczególności pod kątem spełniania wymagań co do parametrów i posiadanych funkcji oferowanego produktu.

Zasada jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy gwarantuje wykonawcom udział w czynności otwarcia ofert oraz wglądu do wszystkich dokumentów postępowania, w tym protokołu postępowania oraz treści złożonych ofert, za wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasada jawności nie rozciąga się jednak na etap oceny ofert, jakim jest niewątpliwie ocena zgodności zaoferowanego produktu z wymaganiami Zamawiającego. Oczywiście dla przejrzystości postępowania, Zamawiający ma prawo przeprowadzić prezentację w sposób jawny dla wszystkich, podobnie jak otwarcie ofert, jednak należy podkreślić, że to jedynie uprawnienie Zamawiającego a nie jego obowiązek wynikający z przepisów ustawy.

Nie oznacza to jednak, że poprawność dokonanej przez Zamawiającego oceny poszczególnych ofert pozostaje poza kontrolą innych Wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy mają bowiem możliwość zapoznania się nie tylko z protokołem z przeprowadzonej oceny, ale także z prezentowanymi programami w oparciu o które Zamawiający dokonał oceny ofert, celem weryfikacji poprawności działań podjętych przez Zamawiającego. Udostępnienie protokołu z prezentacji wraz z programem, na podstawie którego dokonano oceny ofert jest przejawem podstawowej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne.

Na Zamawiającym ciąży obowiązek sporządzenia z przeprowadzonych przez siebie czynności oceny i badania ofert protokołu, którego załącznikami są wszelkie informacje składane w toku postępowania, w tym również próbki, projekty oraz programy komputerowe. Dokumenty te wraz z próbkami i programami komputerowymi, na podstawie których dokonano oceny spełniania wymagań są udostępniane Wykonawcom po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnieniu postępowania. Wniosek taki wypływa wprost z treści art. 96 ust. 3 w związku z art. 97 ust. 2 ustawy. Zamawiający przechowuje nie tylko protokół z postępowania, ale także wszelkie próbki czy programy komputerowe. Należy wskazać, że w rozpatrywanym przypadku Zamawiający, zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, winien przechować nie tylko protokół z przeprowadzonej prezentacji ale także zarejestrować w sposób trwały jej przebieg za pomocą kamery video lub utrwalić na innym nośniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający uznał, że Zamawiający przez odmowę udziału Odwołującemu w prezentacjach innych wykonawców, nie naruszył zasady jawności postępowania.

Zatem zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 9 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady pisemności postępowania, polegający na udzieleniu ustnej odpowiedzi na pisemny wniosek Odwołującego o dopuszczeniu do udziału w prezentacjach, bowiem treść

informacji przekazanej Odwołującemu została stwierdzona w pisemnym protokole z prezentacji z dnia 26 i 29 września, na którym znajdują się własnoręczne podpisy członków komisji przetargowej, co jest wystarczające dla zachowania formy pisemnej.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, skład orzekający zważył:

Jak wynika z rozstrzygnięcia protestu z dnia 6 października oraz wyjaśnień stron złożonych w trakcie rozprawy, bezsporną jest okoliczność, że w prezentacji systemu SSI zaoferowanego przez Odwołującego brali udział poza osobami reprezentującymi Odwołującego także przedstawiciele innego uczestnika postępowania, podczas gdy Odwołującemu odmówiono udziału w prezentacjach innych wykonawców.

W ocenie składu orzekającego Izby, okoliczność ta stanowi naruszenie fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, która przejawia się m.in. w obowiązku identycznego traktowania i stawiania jednakowych warunków i wymagań wobec wszystkich, biorących udział w postępowaniu wykonawców.

Zatem, jeśli Zamawiający zdecydował się na przeprowadzenie prezentacji wyłącznie z udziałem osób reprezentujących wykonawcę, którego produkt poddany był ocenie i nie dopuścił do udziału w prezentacjach innych konkurencyjnych wykonawców, to winien tą zasadę zastosować identycznie w odniesieniu do wszystkich uczestników postępowania. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający, dopuszczając do udziału innych wykonawców w prezentacji produktu zaoferowanego przez Odwołującego przy jednoczesnej odmowie udziału Odwołującemu w prezentacjach przedstawianych przez innych uczestników postępowania, naruszył podstawową zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wobec stwierdzenia naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w rozpatrywanym postępowaniu i dopuszczeniu możliwości zapoznania się z innymi wykonawców z produktem oferowanym przez Odwołującego, skład orzekający Izby postanowił unieważnić przeprowadzoną w dniach 26-29 września 2008 roku czynność prezentacji oferowanych produktów i nakazać przeprowadzenie jawnej czynności prezentacji produktu z możliwością udziału innych wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, przez różne traktowanie wykonawców, biorących udział w postępowaniu zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*