

Sygn. akt: KIO 1861/17

POSTANOWIENIE
z dnia 21 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

**Członkowie: Aleksandra Patyk
Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **21 września 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2017 r. przez wykonawcę **Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-665) przy Al. Wilanowskiej 313** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Zdrowia Mazowska Zachodniego Sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie (96-300) przy ul. Limanowskiego 30**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „KONSULTANT IT” sp. z o.o. ul. Romana Maya 1, 61-371 Poznań, KONSULTANT - KOMPUTER Sp. z o.o. ul. Krzywa 21, 60 – 188 Poznań, zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Atende Medica Sp. z o.o., Al. Wilanowska 313, 02-665 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 (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Zdrowia Mazowska Zachodniego Sp. z o. o. z siedzibą w Żyrardowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa Zintegrowanego Systemu Informatycznego wraz z wdrożeniem e-usług i dostawą infrastruktury informatycznej w Centrum Zdrowia Mazowska Zachodniego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” – numer postępowania: CZMZ/2500/17//2017, dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 8 czerwca 2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, które 10 czerwca 2017 r. zostało opublikowane w suplementie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 110-222132.

W dniu 29 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu – Konsorcjum „KONSULTANT IT” sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu, przy ul. Romana Maya 1, KONSULTANT - KOMPUTER Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Krzywej 21, dalej jako „Przystępujący”.

Dnia 7 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Wykonawcę Atende Medica Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie przy Al. Wilanowskiej 313 (dalej jako „Odwołujący”), od poniższych czynności Zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie:

1. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z liderem firmą Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - mimo, iż oferta złożona przez Konsorcjum jest niezgodna ze specyfikacją,
2. przepisu art. 91 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz przepisami p.z.p.,
3. przepisu art. 92 ust. 1 p.z.p., poprzez nieprawidłowe dokonanie czynności poinformowania odwołującego w zakresie punktacji w kryterium doświadczenie - co stanowi wprost o braku uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny przez Zamawiającego,
4. przepisu art. 7 w związku z art. 92 ust. 1 p.z.p. - poprzez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania bez poszanowanie zasad uczciwej

- konkurencji i przejrzystości postępowania,
5. przepisu art. 8 p.z.p. naruszenie zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne - poprzez niepoinformowanie o przesłankach nie przyznania maksymalnej liczby punktów w kryterium funkcjonalność,
 6. przepisu art. 7 ust. 2 p.z.p. - poprzez wykonywanie czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania przez osoby nie zapewniające bezstronności i obiektywizmu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przedmiotowego postępowania,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert w sposób zgodny z SIWZ i przepisami p.z.p., a następnie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania tj. z uwzględnieniem oferty Odwołującego de facto najkorzystniejszej,
3. nakazanie w toku ponownej oceny ofert - odrzucenie oferty Konsorcjum z liderem Konsultant IT Sp. z o.o. z/s w Poznaniu,
4. przyznanie ofercie Odwołującego 40 punktów w kryterium funkcjonalność,
5. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ponadto wskazano, iż interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego, ponieważ oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a sam Odwołujący nie podlega wykluczeniu - tym samym oferta Odwołującego w razie przeprowadzenia czynności w sposób prawidłowy powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego poprzez brak uzyskania zamówienia publicznego, a co za tym idzie, Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Powyższe ustalono na podstawie treści odwołania, znajdującego się w aktach sprawy.

Na podstawie przekazanej kserokopii dokumentacji postępowania, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego ustalono, iż Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał, pozostałym Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, w dniu 8 września 2017. Skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego, w dniu 11 września 2017 r., zgłosiło Konsorcjum firm „KONSULTANT IT” sp. z o.o. i KONSULTANT - KOMPUTER Sp. z o.o.

Posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zostało wyznaczone na dzień 21 września 2017 r. Izba ustaliła, iż Strony i Przystępujący zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia Izby. W szczególności Przystępujący został właściwie zawiadomiony o terminie posiedzenia - faksem z dnia 12 września 2017 r. potwierdzono o doręczeniu przedmiotowego zawiadomienia (doręczenie zawiadomienia o terminie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania – znak pisma: UZP/DO/RO/15470/19100/17, w aktach sprawy).

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 18 września 2017 r. drogą elektroniczną, przekazał skan odpowiedzi na odwołanie - zawierającą w treści oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów nr 1 i 2 odwołania, zaś w zakresie pozostałych zarzutów (3, 4, 5 i 6) wniesiono o ich oddalenie. W dniu 19 września 2017 r. dostarczono ww. odpowiedź w formie pisemnej (pismo Zamawiającego z dnia 18 września 2017 r., w aktach sprawy), podpisane przez prezesa zarządu uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem KRS-u Zamawiającego.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania, dnia 21 września 2017 r., stawili się Odwołujący i Zamawiający, Przystępujący nie stawił się. Odwołujący oświadczył, iż wobec treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, uwzględniającej zarzut nr 1 i 2, wycofuje zarzuty nr od 3 do 6 odwołania. Zaś Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 p.z.p., które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Izba stwierdziła także, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 p.z.p.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a p.z.p. w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie Wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden Wykonawca albo Wykonawca, który przystąpił po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. Zaś na podstawie § 3 w zw. z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 poz. 964 ze zm.), niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania

odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie posiedzenia z udziałem stron nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, w tym złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów nr 1 i 2 przedstawionych w odwołaniu. W ocenie Izby brak stawiennictwa Przystępującego na posiedzeniu w dniu 21 września 2017 r. jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu, co w konsekwencji wywołuje negatywne skutki procesowe w postaci konieczności umorzenia postępowania odwoławczego.

Dostrzeżenia również wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2214/16, w postanowieniu z dnia 1 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2534/15, w postanowieniu z 4 września 2014 r. sygn. akt KIO 1710/14, w postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1575/10 oraz w postanowieniu z dnia 27 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1264/12.

Na marginesie należy wskazać, iż § 13 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań stanowiący o wzywaniu Przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zostało już wyznaczone posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Powyższe, w sposób jednoznaczny, wynika z § 13 ust. 2a przedmiotowego rozporządzenia.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 186 ust. 3a p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią 186 ust. 3a zdanie drugie p.z.p. Zamawiający, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofaniu przez Odwołującego pozostałych zarzutów odwołania, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 pkt 1 p.z.p, tj. znosząc je wzajemnie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....