

Sygn. akt: KIO 143/17

**WYROK**

**z dnia 3 lutego 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 stycznia 2017 r. przez **wykonawcę C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Instytut Matki i Dziecka z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K.** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa następujących dokumentów: 1. Formularza cenowego, 2. Formularza opisu przedmiotu zamówienia, 3. Dokumenty do oceny oferty: - Deklarację lub certyfikat potwierdzający, że system P., posiada certyfikat w klasie II b, lub jest zarejestrowany jako wyrób medyczny, - Deklarację z podaniem nazwy producenta, że moduły ruch chorych, rozliczenia z NFZ, apteka i system P. działają na jednej bazie danych i pochodzą od jednego producenta, - Zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem**

**zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, np. certyfikat ISO 13485 lub równoważny celem potwierdzenia, że wykonawca świadczący usługi wdrożenia i serwisu oferowanego oprogramowania spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie wdrażania systemu P. – medyczny**

**2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie**

**3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K. w wysokości 50% oraz wykonawcę C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L. w wysokości 50% zaś i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L.** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K.** na rzecz **C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L.** kwotę **7.500, 00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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

Zamawiający – Instytut Matki i Dziecka z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Dostawę wraz z wdrożeniem zintegrowanego elektronicznego systemu zarządzania dokumentacją medyczną*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 28 października 2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 listopada 2016 r. pod numerem 2016/S 211-383810.

Wykonawca C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L. (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 20 stycznia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie odtajnienia zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia zastrzeżonej części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K. w szczególności w odniesieniu do: formularza cenowego, uzupełnionego i podpisanego formularza opisu przedmiotu zamówienia zawierającego wskazanie parametrów granicznych, dokumentów niezbędnych do oceny oferty w szczególności w zakresie pozacenowych kryteriów parametry techniczne (z wyłączeniem próbki), t.j.

1. Deklarację lub certyfikat potwierdzający, że system P., posiada certyfikat w klasie II b, lub jest zarejestrowany jako wyrób medyczny,
2. Deklarację z podaniem nazwy producenta, że moduły ruch chorych, rozliczenia z NFZ, apteka i system P. działają na jednej bazie danych i pochodzą od jednego producenta,
3. Zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, np. certyfikat ISO 13485 lub równoważny celem potwierdzenia, że wykonawca świadczący usługi wdrożenia i serwisu oferowanego oprogramowania spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie wdrażania systemu P. – medyczny,
4. Wykazów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia wykonawców

5. Oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia wykonawców,
6. Zaświadczeń dotyczących niezalegania z płatnościami danin publicznych (Naczelnik Urzędu Skarbowego, KRUS lub ZUS),
7. Zaświadczeń o niekaralności
8. Oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej.

Zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych – przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K.- jako tajemnica przedsiębiorstwa stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L..

Zamawiający pismem z dnia 27 stycznia 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty odwołania wniesionego przez wykonawcę C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L..

W dniu 1 lutego 2017 r. na posiedzeniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K. - w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania złożyli oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 23 stycznia 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 25 stycznia 2017 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K. (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: „Dostawa wraz z wdrożeniem zintegrowanego elektronicznego systemu zarządzania dokumentacją medyczną”.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K.,
2. C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L..

*/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, pkt 12 Zestawienie ofert, str. 8/.*

Wykonawca C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L. w dniu 2 stycznia 2017 r. złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie do wglądu protokołu wraz z ofertami:

1. Formularza cenowego,
2. Uzupełnionego i podpisanego formularza opisu przedmiotu zamówienia – wskazanie parametrów granicznych,
3. Dokumentów niezbędnych do oceny oferty w kryterium parametry techniczne (z wyłączeniem próbki), t.j.
  - a) Deklarację lub certyfikat potwierdzający, że system P., posiada certyfikat w klasie II b, lub jest zarejestrowany jako wyrób medyczny,
  - b) Deklarację z podaniem nazwy producenta, że moduły ruch chorych, rozliczenia z NFZ, apteka i system P. działają na jednej bazie danych i pochodzą od jednego producenta,

Zamawiający w dniu 11 stycznia 2017 r. w odpowiedzi na prośbę o udostępnienie odtajnionej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K. poinformował, że w związku z

wykazaniem przez ww. wykonawców przesłanek utajnienia powziął decyzję o odmowie odtajnienia oferty w całości.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2017 r./.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L. wniósł odwołanie w dniu 20 stycznia 2017 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L. z dnia 20 stycznia 2017 r. /.*

Pismem z dnia 27 stycznia 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2017 r. /.*

W dniu 1 lutego 2017 r. na posiedzeniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K. - w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania złożyli oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu.

*/dokumentacja postępowania: protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 1 lutego 2017 r., str. 3/.*

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania odtajnienia części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K. - jest w części zasadny. Przystępujący w swoim piśmie procesowym z dnia 31 stycznia 2017 r. przyznał, że co do części odwołania – po weryfikacji zasadności zastrzeżenia pozostawia decyzję do odtajnienia, a zatem do uwzględnienia odwołania w tej części – w następującym zakresie:

1. Formularza cenowego,
2. Uzupelnionego i podpisanego formularza opisu przedmiotu zamówienia – wskazanie parametrów granicznych,
3. Dokumentów niezbędnych do oceny oferty w kryterium parametry techniczne (z wyłączeniem próbki), t.j.
  - a) Deklarację lub certyfikat potwierdzający, że system P., posiada certyfikat w klasie II b, lub jest zarejestrowany jako wyrób medyczny,

- b) Deklarację z podaniem nazwy producenta, że moduły ruch chorych, rozliczenia z NFZ, apteka i system P. działają na jednej bazie danych i pochodzą od jednego producenta,
- c) zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, np. certyfikat ISO 13485 lub równoważny celem potwierdzenia, że wykonawca świadczący usługi wdrożenia i serwisu oferowanego oprogramowania spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie wdrażania systemu P. – medyczny.

Wobec powyższego Izba w tej części uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa następujących dokumentów: 1. Formularza cenowego, 2. Formularza opisu przedmiotu zamówienia, 3. Dokumenty do oceny oferty: - Deklarację lub certyfikat potwierdzający, że system P., posiada certyfikat w klasie II b, lub jest zarejestrowany jako wyrób medyczny, - Deklarację z podaniem nazwy producenta, że moduły ruch chorych, rozliczenia z NFZ, apteka i system P. działają na jednej bazie danych i pochodzą od jednego producenta, - Zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, np. certyfikat ISO 13485 lub równoważny celem potwierdzenia, że wykonawca świadczący usługi wdrożenia i serwisu oferowanego oprogramowania spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie wdrażania systemu P. – medyczny.

Izba zgodziła się z Przystępującym, że co do pozostałej części odwołanie podlega oddaleniu jako przedwczesne, gdyż pozostałe dokumenty nie znajdują się w ofercie Przystępującego, wykonawca nie był wzywany do uzupełnienia tych dokumentów, a Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto co do dokumentu – oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej – jak stwierdził Przystępujący zamieścił taką informację na swojej stronie internetowej.

Wobec powyższego Izba w części (1/2) uwzględniła zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odtajnienia oferty Przystępującego – i naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp - w pozostałej części (1/2) Izba oddaliła niniejszy zarzut. W konsekwencji Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku – częściowego uwzględnienia oraz częściowego oddalenia niniejszego odwołania, obciążając kosztami w 50% wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.H. S. A. oraz C. S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w K. oraz

w wysokości 50% wykonawcę C.M.P Spółka z o.o. z siedzibą w L. – z uwagi na oddalenie - w tej części - wniesionego odwołania, co wynika z sentencji niniejszego orzeczenia. Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Ponadto jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13.

Z kolei, jak wynika z art. 186 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4 (wniesienia przez Przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania), ponosi:

- a) odwołujący, jeżeli odwołanie, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,
- b) wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.



W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołanie, jak również w pozostałej części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Przystępującego i Odwołującego, w wysokości 50% (1/2) oraz 50% (1/2) odpowiednio każdego z nich. Ponieważ na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 15.000 zł uiszczony przez Odwołującego Izba zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 7.500,00 zł, tytułem zwrotu poniesionych kosztów uiszczanego wpisu. Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania (uwzględnienia oraz jego oddalenia)- na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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).

**Przewodniczący:**

.....