

Sygn. akt: KIO 1729/18

## WYROK

z dnia 12 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lęborku, ul. Juliana Węgrzynowicza 13, 84-300 Lębork,**

przy udziale wykonawcy **ASSECO Poland S.A. ul. Olchowa 14 35-322 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

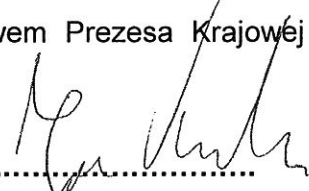
### orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, i:**
  - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2 zasądza od Odwołującego - **Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,** na rzecz Zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lęborku, ul. Juliana Węgrzynowicza 13, 84-300 Lębork,** kwotę 4 042,80 (słownie: cztery tysiące

czterdzieści dwa złote osiemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów reprezentacji przed Izbą oraz kosztów związanych z dojazdem pełnomocników na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Słupsku**.

Przewodniczący: .....



Na oryginalne właściwe podpisy  
Za zgodność

WICERPREZES  
Krajowej Izby Odwoławczej



Emil Kuriata

## Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lęborku, ul. Juliana Węgrzynowicza 13, 84-300 Lębork, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Informatyzacja SPS ZOZ w Lęborku w ramach projektu Wdrożenie interoperacyjnych i przygotowanych do integracji z platformą P1/P2 systemów informatycznych, w tym HIS/RIS/PACS w SPS ZOZ w Lęborku poprzez rozbudowę systemu obsługi informatycznej wszystkich procesów związanych z funkcjonowaniem szpitala zgodnie z zasadami określonymi w aktach prawnych dotyczących prowadzenia dokumentacji medycznej w wersji elektronicznej wraz z zakupem niezbędnego sprzętu komputerowego*”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.07.2018 r. pod numerem 2018/S 134-305855, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 17.08.2018 r. Zamawiający dokonał modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Od tej czynności wykonawca Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków (dalej jako Odwołujący) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w sprawie KIO 1475/18, pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w ww. odwołaniu;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. § 13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający

od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), a także art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie Scenariusza prezentacji Próbką w sposób uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe przeprowadzenie prezentacji poprzez wskazanie zbyt wysokiej liczby funkcjonalności do zaprezentowania w zbyt krótkim czasie, co również narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji prowadzi do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. wskazania w SIWZ wszystkich wymagań funkcjonalnych posiadanych modułów systemu ERP i LIS w celu realnego zaoferowania systemu równoważnego;
2. wskazania w SIWZ czy przedmiot zamówienia obejmował będzie migrację danych z systemu ERP i LIS dotychczasowego do oferowanego, a w przypadku wymagania takiej migracji danych - wprowadzenie do SIWZ poniższych danych dotyczących migracji danych z systemu ERP i LIS pełnej listy baz danych i systemów, z których ma nastąpić migracja danych, wraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta migracja a w szczególności m.in.:
  - ilość i rodzaje baz danych (proste czy złożone, relacyjne czy obiektowe itp.),
  - struktura poszczególnych baz danych,
  - rozmiar baz danych,
  - sposób migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo, informacji na temat spójności danych itp.,
  - zakres danych podlegających migracji (jakie dane, za jakie lata, dane z jakich obszarów itp.),
  - zapewnienie danych do migracji w postaci plików CSV lub XLS zawierających dane do migracji wraz z dokumentacją umożliwiającą pełną identyfikację zawartości tych plików.
3. dokonania modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie wady udostępnionego Scenariusza badania Próbką ograniczenie ilości funkcjonalności, mających podlegać badaniu w ramach próbki do 30 funkcjonalności; ewentualnie - wydłużenie czasu prezentacji próbki do 17,5 godziny.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący podnosi, że w dniu 26 lipca 2018 r. wniósł odwołanie wobec treści SIWZ, sygn. akt KIO 1475/18, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. § 13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), a także art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

a) zaniechanie określenia funkcjonalności, które ma zawierać próbka, a także zaniechanie określenia kryteriów oceny, czy prezentowana Zamawiającemu podczas demonstracji próbki systemu funkcjonalność spełnia wymagania Zamawiającego (zaniechanie określenia scenariuszy prezentacji funkcjonalności na etapie SIWZ), co uniemożliwia wykonawcom zweryfikowanie przed terminem składania ofert, czy ich oferta może być uznana za niezgodną z SIWZ, co również narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; a w związku z powołanymi pod lit. a) okolicznościami - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty;

2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 7 ustawy Pzp poprzez:

a) zaniechanie określenia w SIWZ wszystkich wymaganych danych dotyczących integracji;  
b) brak umieszczenia w SIWZ koniecznych informacji na temat migracji danych;

i w związku z powołanymi okolicznościami - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty oraz w sposób, który mógłby utrudniać zachowanie uczciwej konkurencji w toku postępowania.

Odwołujący informuje, że pismem z dnia 8 sierpnia 2018 r. Zamawiający uwzględnił ww. odwołanie w całości, wskutek czego Izba umorzyła postępowanie w sprawie KIO 1475/18. W konsekwencji uwzględnienia rzeczonego odwołania, w dniu 17.08.2018 roku Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ wraz z załącznikami, jednakże dokonana przez Zamawiającego modyfikacja nie uwzględniła w pełni zarzutów zawartych w odwołaniu w sprawie KIO 1475/18. Wobec powyższego Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 186 ust. 2 zdanie ostatnie ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Odwołujący podnosi, że w treści odwołania w sprawie KIO 1475/18 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust 1 i 2 w zw. art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

określenia w SIWZ wszystkich wymaganych danych dotyczących integracji systemów i migracji danych. Odwołujący zarzucił wówczas Zamawiającemu, że w treści SIWZ wprost dopuścił wymianę posiadanego Oprogramowania tylko w odniesieniu do systemu HIS (tj. tzw. „części białej”, medycznej), jednakże nie wprowadził do SIWZ postanowień i wystarczającej ilości danych do wymiany Oprogramowania w ramach systemu ERP i LIS. Odwołujący podnosił m.in., że takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, w stosunku do wykonawców, którzy są w stanie wykonać przedmiot zamówienia, ale przy wymianie także części ERP i LIS, Odwołujący nie przedstawił żadnych danych umożliwiających migrację danych i integrację systemów, które by umożliwiły wymianę systemu ERP i LIS. Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

1. Wskazanie w SIWZ wszystkich wymagań funkcjonalnych posiadanych modułów systemu ERP i LIS w celu realnego zaoferowania systemu równoważnego;

2. Wskazanie w SIWZ czy przedmiot zamówienia obejmował będzie migrację danych z systemu ERP i LIS dotychczasowego do oferowanego, a w przypadku wymagania takiej migracji danych - wprowadzenie do SIWZ poniższych danych dotyczących migracji danych z systemu ERP i LIS pełnej listy baz danych i systemów, z których ma nastąpić migracja danych, wraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta migracja, a w szczególności m.in.:

- ilość i rodzaje baz danych (proste czy złożone, relacyjne czy obiektowe itp.),
- struktura poszczególnych baz danych,
- rozmiar baz danych,
- sposób migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo, informacji na temat spójności danych itp.,
- zakres danych podlegających migracji (jakie dane, za jakie lata, dane z jakich obszarów itp.),
- zapewnienie danych do migracji w postaci plików CSV lub XLS zawierających dane do migracji wraz z dokumentacją umożliwiającą pełną identyfikację zawartości tych plików.

Odwołujący podnosi, że pomimo uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 1475/18 w całości, Zamawiający zaniechał dokonania czynności zgodnie z powyższym żądaniem Odwołującego. W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, nie doszło do usunięcia sprzeczności SIWZ z normami Pzp przez Zamawiającego, pomimo faktu, iż Zamawiający się do tego zobowiązał uwzględniając ww. odwołanie w całości.

Wobec powyższego Odwołujący sformułował żądanie, zgodnie z którym ponownie wnosi o modyfikację SIWZ tak jak wskazano powyżej, we wnioskach odwołania, pkt 1 i 2.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania, Odwołujący podnosi, że w treści odwołania w sprawie KIO 1475/18, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. § 13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), a także art. 29 ust 1 ustawy Pzp poprzez m.in. brak dostarczenia scenariusza prezentacji Próbkę Systemu na etapie SIWZ i brak wskazania funkcjonalności, które mają być badane w toku Próbkę.

Wskazuje, że w wyniku uwzględnienia ww. odwołania Zamawiający udostępnił Scenariusz prezentacji Próbkę na etapie SIWZ, jednakże scenariusz ten posiada wady uniemożliwiające prawidłowe przeprowadzenie prezentacji. Odwołujący podnosi, że z treści ust. 10 Załącznika nr 9 do SIWZ, wynika te „prezentacja zostanie przeprowadzona w dzień roboczy. Zamawiający na prezentację przeznaczają maksymalnie 7 godzin”. Odwołujący wskazuje, że wykaz funkcjonalności, które mają zostać zaprezentowane i zweryfikowane w ramach badania Próbkę obejmuje aż 105 pozycji. Mając na względzie, że Zamawiający przeznaczył na prezentację maksymalnie 6 godzin, na zaprezentowanie pojedynczej funkcjonalności wykonawca będzie miał około 3-4 minuty, przy czym czas przeznaczony na dokonanie prezentacji został przez Zamawiającego określony jako „maksymalny”, co oznacza, że Zamawiający bierze pod uwagę możliwość dokonania badania próbkę w terminie krótszym. Odwołujący wywodzi, że taki czas na zaprezentowanie pojedynczej funkcjonalności należy uznać za nierealny. Wskazuje, że prezentacja funkcjonalności jest procesem stosunkowo czasochłonnym, często składającym się z wielu kroków. Dla przykładu Odwołujący wskazuje badanie istnienia w Próbkę funkcjonalności nr 15. Wykazanie istnienia funkcjonalności nr 15 wymaga skonfigurowania bądź pokazania już skonfigurowanej funkcjonalności, o następujących krokach:

- 1) ustawienie ilości dostępnych łóżek na danym oddziale - ok 2-3 min,
- 2) pokazanie stanu zajętości łóżek z wygenerowaniem takiego raportu przed stanem przyjęcia nowych pacjentów 1-2 min,
- 3) przyjęcie pacjenta (które wymaga wpisania wszystkich danych wymaganych rozporządzeniami oraz NFZ) - 2-3 min,
- 4) ponowne wygenerowanie raportu z obłożenia łóżek po tym jak przypisano nowemu pacjentowi wolne łóżko - 2-3 min.

Podnosi, że taka weryfikacja zajmie ok. 7-11 min. Z kolei w odniesieniu do funkcjonalności numer 16 - „Zdefiniowanie nowego badania z powiązaniem kodem ICD9 oraz kodem MZ oraz

świadczeniem jednostkowym NFZ (rozliczenie). Ograniczenie możliwości jego zlecenia i wykonania przez konkretne komórki (możliwość skopiowania takiego ograniczenia z wcześniej zdefiniowanego badania). Sprawdzenie działania na przykładzie wizyty w gabinecie lekarskim”, stwierdza, że punkt 16 Scenariusza badania Próbkki jest również punktem, na który składa się wykonanie kilku kroków podczas prezentacji (w tym przypadku w zależności od interpretacji 3-4 kroków), z których każdy zajmuje ok 2-3 min.

W ocenie Odwołującego, średni czas na pokazanie danej funkcjonalności z omówieniem jej i potwierdzeniem przez Komisję poprawności jej zaprezentowania to czas około 10 min, a do powyższego czasu należy jeszcze doliczyć ok. 1-2 min przerwy pomiędzy jedną i kolejną funkcjonalnością, gdyż prezentowanie każdej z funkcjonalności nie jest następującym po sobie procesem, dlatego też aby zaprezentować następną funkcjonalność, należy przejść do innego procesu, pacjenta czy czynności. Wskazuje, że nawet przy założeniu, że uśredniony czas prezentacji jednej funkcjonalności zajmie około 10 minut, zaprezentowanie wszystkich 105 funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego powinno trwać 17,5 godziny, nie licząc przerw pomiędzy prezentowaniem poszczególnych funkcjonalności. Odwołujący podnosi, że w czasie przeznaczonym na przeprowadzenie prezentacji, nie da się w prawidłowy sposób zaprezentować wszystkich funkcjonalności, wskazanych w treści Załącznika nr 9 do SIWZ. Odwołujący nadto wskazuje, że mając na względzie przewidziany 6-godzinny czas na przeprowadzenie prezentacji Próbkki, wysoce prawdopodobne (a w ocenie Odwołującego nawet pewne) jest, że wszystkie wymagane SIWZ funkcjonalności nie zostaną zaprezentowane, a następnie zweryfikowane przez Zamawiającego jako istniejące w Systemie. W takiej sytuacji, zgodnie z literalnym brzmieniem SIWZ, brak pozytywnej weryfikacji występowania danej funkcjonalności w Systemie Wykonawcy będzie skutkować odrzuceniem oferty. Zdaniem Odwołującego, zważywszy na czas przeznaczony na prezentację funkcjonalności, ilość funkcjonalności, która jest możliwa do zaprezentowania przez wykonawcę i zweryfikowania przez Komisję Zamawiającego w ciągu maksymalnie 6-godzinnego czasu to 30 funkcjonalności. Odwołujący nadmienia, że powszechną praktyką wśród zamawiających z branży IT jest ograniczanie liczby badanych funkcjonalności do kilkudziesięciu, celem umożliwienia prawidłowego przeprowadzenia prezentacji. Wskutek tak sformułowanego Scenariusza badania Próbkki, dla wykonawców wątpliwe jest, czy zdążą zaprezentować wszystkie wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności w czasie do tego przeznaczonym, czy funkcjonalności te zostaną uznane za istniejące, a ich oferta nie zostanie odrzucona, co w szczególności uniemożliwia Odwołującemu oraz pozostałym wykonawcom zweryfikowanie przed terminem składania ofert, czy ich oferta może być uznana za niezgodną z SIWZ, co również narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.



Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w dniu 6.09.2018 r., w której uwzględnił zarzut nr 2 odwołania.

Odwołujący w toku posiedzenia przed Izbą w dniu 10.09.2018 r. złożył oświadczenia o wycofaniu zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów wobec uwzględnienia przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Odwołujący w dniu 26.07.2018 r. wniósł odwołanie wobec treści SIWZ, sygn. akt KIO 1475/18, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. § 13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), a także art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 8.08.2018 r. Zamawiający uwzględnił ww. odwołanie w całości, wskutek czego Izba umorzyła postępowanie w sprawie KIO 1475/18.

W dniu 17.08.2018 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ wraz z załącznikami, udostępnił wykonawcom m.in. załączniki 10a, 10b, 10c, zawierające „dokumentację interfejsów wymiany danych z systemami zewnętrznymi”.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Zarzut nr 1 odwołania dotyczył naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, które polegać miało na zaniechaniu modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego, pomimo uwzględnienia w całości odwołania wniesionego w postępowaniu KIO 1475/18. Nie można podzielić stanowiska Odwołującego wyrażonego w toku rozprawy, że w rzeczywistości odwołanie w tym zakresie dotyczyło również zarzutu naruszenia art. 29 i 7 ustawy Pzp. Powołanie tych przepisów znalazło się jedynie w lakonicznym opisie odwołania w sprawie KIO 1475/18, natomiast odwołanie w niniejszej sprawie nie odnosiło się do naruszenia tych przepisów, nie zawierało ich uzasadnienia. Odwołujący żądania odwołania nie opierał o naruszenie ww. przepisów, a wyłącznie o zaniechanie dokonania czynności zgodnie z żądaniem wyrażonym w odwołaniu w sprawie KIO 1475/18, pomimo uwzględnienia go w całości. Odwołujący „ponownie wnosił o nakazanie” modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniem ww. odwołania. Zarówno *petitum* jak i całość uzasadnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 dotyczyła jedynie naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił także, dlaczego dokonana przez Zamawiającego zmiana SIWZ nie usuwa naruszeń wskazywanych w postępowaniu KIO 1475/18. Wobec powyższego, Izba uznała, iż twierdzenia dotyczące naruszenia art. 29 i 7 ustawy Pzp podnoszone w toku rozprawy stanowiły niedopuszczalne rozszerzenie podstawy zarówno prawnej jak i faktycznej odwołania i jako takie nie mogły być rozpoznane zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą KIO, stwierdzenie naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie może skutkować uwzględnieniem odwołania (por. np. wyrok z dnia 18.08.2015 r., KIO 1702/15, z dnia 7.11.2014 r., KIO 2225/14, z dnia 3.04.2014 r., KIO 604/14). Przepis ten ma charakter proceduralny, umożliwia umorzenie postępowania w przypadku uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania Zamawiającego oraz nakłada na niego obowiązek uczynienia zadość żądaniom uwzględnionego odwołania. W przypadku, gdy Zamawiający po umorzeniu postępowania przez Izbę nie spełnia ww. obowiązku, wykonawca ma prawo odwołania się od tej czynności (zaniechania), jednakże koniecznym jest wykazanie zasadności żądań odwołania, wykazania niezgodności czynności zamawiającego z przepisem materialnym ustawy, kształtującym obowiązek zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zaś jedynie w postępowaniu odwoławczym (tak np. wyrok z dnia 11.08.2017 r., KIO 1467/17, z dnia 23.06.2017 r., KIO 1174/17, z dnia 11.10.2013 r., KIO 2313/13). Dodać należy, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości, ażeby Izba nakazała zamawiającemu dokonanie czynności zgodnie z wnioskami odwołania jedynie na podstawie tego, że uprzednio

zamawiający uwzględnił odwołanie. Art. 192 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje możliwość nakazania wykonania bądź powtórzenia czynności zamawiającego w sytuacji uwzględnienia odwołania – a zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp dla uwzględnienia odwołania koniecznym jest stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący zatem, nawet w przypadku niewykonania przez Zamawiającego obowiązku z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, musi wykazać w postępowaniu przed Izbą naruszenie przepisów ustawy uzasadniające nakazanie dokonania czynności zmierzających do usunięcia naruszenia ustawy. Izba nie może oprzeć się jedynie na okoliczności uwzględnienia przez Zamawiającego uprzednio wniesionego odwołania, bowiem owo odwołanie nie zostało przez Izbę merytorycznie zbadane, jego zasadność nie została oceniona. Jak wskazano powyżej, Odwołujący zaniechał chociażby podjęcia próby wykazania naruszenia art. 7 i 29 ustawy Pzp, wywodził jedynie naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, którego to naruszenie nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 podlega oddaleniu.

Izba postanowiła o umorzeniu postępowania w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, wobec złożonego na posiedzeniu oświadczenia o cofnięciu tego zarzutu. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowane, że skoro odwołujący może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku z większego na mniejsze dopuszczalne jest także wycofanie odwołania w części.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że postępowanie w części podlega umorzeniu i orzekła jak w sentencji.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.). Izba

uwzględniła wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na rozprawę Izby (3 bilety PKP – każdy za 139 zł, oraz bilet parkingowy za 25,80 zł) uznając, że stanowią one uzasadnione koszty strony zgodnie z § 3 ust. 2 lit a i b Rozporządzenia.

Przewodniczący: .....

Na oryginalne właściwe podpisy  
Za zgodność



WICEPREZES  
Krajowej Izby Odwoławczej

Emil Kuriata