

POSTANOWENIE
z dnia 18 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego **18 lutego 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **2 lutego 2021 r.**

przez wykonawcę: **Medinet Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Opolu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: „Przebudowa drogi powiatowej 4116S ul. Legionów w Czechowicach-Dziedzicach na odcinku od Ronda Żołnierzy do ul. Lipowskiej – etap II”* (nr postępowania ZDP.272.3.17.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Mokotów z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Atende Medica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza wpoczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Mokotów z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usługi opieki serwisowej oprogramowania systemu MEDICOM przez okres 24 miesięcy lub dostarczenie rozwiązania równoważnego tj. dostawa i wdrożenie nowego Zintegrowanego Systemu Informatycznego wraz ze świadczeniem usługi opieki serwisowej oprogramowania przez okres 24 miesięcy* (nr postępowania SZP.26.1.26.2020). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 7 grudnia 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 763242-N-2020. Wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

2 lutego 2021 r. Medinet Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Opolu {dalej: „Medinet” lub „Odwołujący”} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego, które miały polegać na:

1. Nieprawidłowym uznaniu, że przedstawione przez Atende Medica sp. z o.o. {dalej: „Atende” lub „Przystępujący”} w wyjaśnieniach z 21 grudnia 2020 r. odnośnie rażąco niskiej ceny informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) {dalej: „uznk”};
2. Zaniechaniu ujawnienia informacji zawartych w powyżej wskazanym piśmie z uwagi na błędne ich zakwalifikowanie jako tajemnica przedsiębiorstwa.
3. Zaniechaniu odrzucenia oferty Atende z uwagi na to, że: po pierwsze – zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, po drugie – Atende nie złożyło w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego rzetelnych i popartych dowodami wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty, po trzecie – ocena złożonych wyjaśnień powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że potwierdzają one rażąco niską cenę oferty Atende.

Medinet zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 8 ust. 1 i 3 zw. z art. 11 ust. 2 uznk – przez nieprawidłowe uznanie, że informacje zawarte w piśmie z 21 grudnia 2020 r. stanowiącym odpowiedź Atende na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy Atende nie wykazało (nie udowodniło), że w odniesieniu do zastrzeżonych informacji zachodzą przesłanki uzasadniające ograniczenie w stosunku do nich zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a ponadto pismo zawierające zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zostało przedstawione Zamawiającemu dopiero 22 grudnia 2020 r.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Atende w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Art. 90 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Atende, które nie złożyło wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, wyrażające się w szczególności zaniechaniem przedstawienia wyliczenia wszystkich kosztów składających się na realizację zamówienia oraz poparcia takiego wyliczenia dowodami.
4. Art. 90 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Atende w sytuacji, gdy dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinna doprowadzić go do wniosku, że potwierdzają one istnienie rażąco niskiej ceny w ofercie Atende.
5. Art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażające się w szczególności wyborem oferty, która nie została przez Zamawiającego właściwie zbadana, zarówno pod kątem zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, jak również rzetelności przedstawionych kalkulacji ceny oferty.

W ramach wykazania dochowania terminu na wniesienie odwołania Medinet powołał się na to, że powziął wiedzę o złożeniu przez Atende wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty oraz o ich zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa z przesłanej mu 26 stycznia 2021 r. odpowiedzi Zamawiającego na poprzednie odwołanie (datowanej

na 25 stycznia 2021 r.) w sprawie o sygn. akt KIO 59/21.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Zarówno obecnie, jak i poprzednie odwołanie Medinetu zostały wniesione w związku z wyborem przez Zamawiającego 30 grudnia 2020 r. jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Atende.

W tym samym dniu Medinet zwrócił się do Zamawiającego, wskazując że działa na podstawie § 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128) z wnioskiem o udostępnienie oferty Atende drogą elektroniczną, co też Zamawiający uczynił.

W poprzednim odwołaniu, wniesionym 4 stycznia 2021 r., Medinet zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne):

- 1.Art. 91 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Atende.
- 2.Art. 8 ust. 1 i 3 – przez nieprawidłowe uznanie, że przedstawione przez Atende w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia i uzasadnieniu zastrzeżenia informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), podczas gdy Atende nie wykazało, że w odniesieniu do zastrzeżonych informacji zachodzą przesłanki uzasadniające ograniczenie w stosunku do nich zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 3.Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Atende do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty w zakresie dostawy i wdrożenia ZSI w sytuacji, gdy – zważywszy na cenę określoną za ten element i wymagania Zamawiającego wynikające z załącznika nr 3 do SIWZ pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia rozwiązania równoważnego...” (dalej: „SOPZ”) – Zamawiający działając z należytą starannością powinien był powziąć wątpliwości co do możliwości zrealizowania tego elementu zamówienia zgodnie z tymi wymaganiami.
- 4.Art. 87 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Atende do wyjaśnienia treści oferty w zakresie nazwy i wersji oferowanego oprogramowania bazodanowego oraz oprogramowania systemowego niezbędnego do uruchomienia ZSI w sytuacji, gdy – zważywszy na podaną cenę za dostawę i wdrożenie całego ZSI (którego elementem są wskazane powyżej rodzaje oprogramowania) – Zamawiający nie był w stanie ocenić, czy zaoferowany przez Atende system spełnia wymagania szczegółowo opisane w SOPZ.
- 5.Art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie wykluczenia Atende, które w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1. SIWZ, w odniesieniu do wynikającego z niego wymagania, aby systemy ZSI, dla których wykonawca świadczył usługi asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego), obejmowały grupę minimum 300 użytkowników każdy.
- 6.Art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie wykluczenia Atende, które w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1. SIWZ, w odniesieniu do wynikającego z niego wymagania, aby systemy ZSI, dla których Wykonawca świadczył usługi asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego), obejmowały grupę minimum 300 użytkowników każdy.
- 7.Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie wezwania Atende do uzupełnienia, względnie wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1. SIWZ (wykazu usług i referencji) w sytuacji, gdy ze złożonego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 wykazu i załączonych do niego referencji nie wynika, aby Atende wykonało bądź wykonywało co najmniej dwie usługi u dwóch różnych podmiotów (zamawiających), których przedmiotem było świadczenie asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego) dla systemów ZSI obejmujących grupę minimum 300 użytkowników każdy, przez minimum dwa kolejne lata u jednego zamawiającego.
- 8.Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie wezwania Atende do uzupełnienia, względnie wyjaśnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.2. lit. b tiret pierwsze SIWZ (wykazu osób) w sytuacji, gdy ze złożonego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 wykazu oraz z przesłanego następnie oświadczenia z 29 grudnia 2019 r. nie wynika, jakiego rodzaju certyfikatem zarządzania projektami IT dysponuje osoba wskazana na stanowisko kierownika projektu.
- 9.Art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażające się w szczególności wyborem oferty przy braku weryfikacji jej zgodności z SIWZ, zawartej w niej ceny czy spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podstawą faktyczną zarzutów odwołania były okoliczności, o których Medinet dowiedział się dzięki udostępnionym na jego wniosek przez Zamawiającego dokumentom oferty Atende.

Do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 59/21 skutecznie przystąpiło po stronie Zamawiającego Atende, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W szczególności w zgłoszeniu przystąpienia z 8 stycznia 2020 r. Atende zwróciło uwagę, że całkowicie niezasadny jest również zarzut, jakoby Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wręcz przeciwnie, pismem z 21.12.2020 r. Zamawiający zwrócił się do Atende, aby złożyło wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny do 23.12.2020 r. Pismem z 21.12.2020 r. Atende złożyło obszernie wyjaśnienia (poparte dołączonymi dowodami), w których szczegółowo wyjaśniło wysokość i sposób wyliczenia poszczególnych składników ceny ofertowej. Z uwagi na to, że zawarte w tych wyjaśnieniach informacje mają dla Atende charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, wraz z wyjaśnieniami złożone zostało zastrzeżenie ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem.

Medinet jako strona postępowania odwoławczego otrzymał drogą elektroniczną kopię powyższego zgłoszenia Atende, co potwierdził w mailu z 8 stycznia 2021 r.

Wyrokiem z 4 lutego 2021 r. Izba w sprawie o sygn. akt KIO 59/21 umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów wskazanych w pkt 3., 4. i 6. petitum odwołania tj. zarzutów naruszenia art. 90 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, z uwagi na ich cofnięcie przez odwołującego, a w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie.

Reasumując, Izba ustaliła, że Medinet po wyborze 30 grudnia 2020 r. oferty Atende jako najkorzystniejszej zaniechał ustalenia, czy oferta ta była badana w aspekcie rażąco niskiej ceny, a także, czy złożone w tym zakresie wyjaśnienia są jawne. W konsekwencji w odwołaniu wniesionym 4 stycznia 2021 r. Medinet podniósł bezprzedmiotowy, bo oparty na kontrfaktycznych założeniach, zarzut dotyczący zaniechania wezwania Atende do wyjaśnienia ceny oferty, która wydaje się być rażąco niska. Z kolei zarzutem dotyczącym zaniechania odtajnienia dokumentów, jako nieprawidłowo objętych przez Atende tajemnicą przedsiębiorstwa, Medinet nie objął wyjaśnień, które Atende złożyło

jeszcze przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej. Następnie, pomimo powzięcia 8 stycznia 2021 r. wiedzy o tym, że oferta Atende była badana co do tego, czy zawiera rażąco niską cenę, a złożone w tym zakresie wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, dopiero po otrzymaniu odpowiedzi na odwołanie 26 stycznia 2021 r. wycofał powyższe zarzuty, co spowodowało umorzenie w tym zakresie postępowania odwoławczego w poprzedniej sprawie, którą poza tym Medinet przegrał.

Co najistotniejsze, Medient przez własne zaniechania nie powziął informacji o tym, że Atende składało na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, które zastrzegło jako tajemnica przedsiębiorstwa, a następnie powziął o tym informację 8 stycznia 2021 r., a nie jak wskazał w odwołaniu 26 stycznia 2021 r.

Wobec ustalenia na podstawie treści odwołania w tej sprawie oraz akt sprawy odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt KIO 59/21 powyższych okoliczności, Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowe pzp” lub „npzp”}.

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Art. 528 nowego pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, gdyż z jednej strony art. 529 ust. 1 npzp dozwala Izbie na odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, z drugiej strony według art. 530 npzp w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z art. 528 pkt 3 pzp jest okoliczność wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie. Przy czym z art. 515 ust. 3 pkt 2 npzp wynika, że odwołanie wobec czynności innych niż te, o których zamawiający zawiadomił wykonawcę, wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.

Jak to powyżej ustalono, Medinet mógł i powinien wnieść odwołanie obejmujące stawiane aktualnie zarzuty w terminie 5 dni od uczynienia zadość przez Zamawiającego wnioskowi o przekazanie dokumentów, które wg przepisów podlegają udostępnieniu dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, a na pewno nie później niż do 13 stycznia 2021 r., kiedy upłynęło 5 dni od otrzymania przez niego kopii zgłoszenia przystąpienia, z której ponad wszelką wątpliwość dowiedział się o okolicznościach, które legły u podstaw wniesienia odwołania.

W konsekwencji prowadzi to do wniosku, że wniesienie odwołania dopiero 2 lutego 2020 r. nastąpiło z oczywistym przekroczeniem zawitego terminu na dokonanie tej czynności procesowej.

Z uwagi na powyższe Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 2 w zw. z art. 529 ust. 1 nowego pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 nowego pzp w zw. z § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonych przez niego wpisu od odwołania.