

POSTANOWIENIE

z dnia 1 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa- Ogorzałek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 1 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

23 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę - AGFA NV Septestraat 27 B-2640 Mortsel (Belgia),

Agfa NV Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez „Szpital Powiatowy w Jarocinie” sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający - „Szpital Powiatowy w Jarocinie” sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie wykonywania napraw bieżących, konserwacji oraz

okresowych przeglądów technicznych aparatury i sprzętu medycznego.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2022/BZP 00227803/01 w dniu 28 czerwca 2022r.

W dniu 23 sierpnia 2022r. wykonawca AGFA NV Septestraat 27 B-2640 Mortsel (Belgia), Agfa NV Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710; dalej: „Pzp”) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 sierpnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), dalej jako „Uznk” w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez:

a) zaniechanie udostępnienia Odwołującemu przekazanego przez wykonawcę SK-MED „uzasadnienia” zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (tj. informacji i dokumentów wykazujących, że zastrzegane wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa), podczas gdy takie uzasadnienie nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa (nie posiada wartości gospodarczej) i jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa ze swej istoty nie może być utajniane, a nadto SK-MED nie wykazał, aby samo uzasadnienie zastrzeżenia zawierało tajemnicę przedsiębiorstwa,

- z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt a) lub uznania, że uwzględnienie tego zarzutu nie jest wystarczające do uwzględnienia odwołania w zakresie nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty najkorzystniejszej,

b) uznanie za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także uzasadnienia objęcia ww. informacji tajemnicą (o ile takie uzasadnienie zostało sporządzone — o czym Odwołujący nie ma wiedzy) i tym samym zaniechanie ich ujawnienia Odwołującemu, pomimo iż SK-MED nie wykazał zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności:

i. nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ii. nie wykazał, aby podjęła konkretnie działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji, iii. dokonał zastrzeżenia wyjaśnień w sposób całościowy, w zakresie całej treści ww. wyjaśnień i wszystkich zawartych tam informacji, bez ich rozróżnienia na odrębne kategorie czy rodzaje informacji, co świadczy o braku dokonania przez tego wykonawcę jakiegokolwiek analizy odnośnie do tego, które konkretnie informacje i dlaczego posiadają wartość gospodarczą, a jednocześnie powoduje objęcie zastrzeżeniem informacji, które w oczywisty sposób żadnej wartości nie zawierają, a jednocześnie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy samo w sobie tajemnicy zawierać nie mogło, bowiem nie prezentuje ono żadnych innych informacji niż te, które miałyby przekonać Zamawiającego o zasadności, utajnienia wyjaśnień, a nadto, nawet gdyby miało ono zawierać (w określonym, wąskim zakresie) jakąkolwiek tajemnicę, to SK-MED również powinien uzasadnić objęcie zastrzeżeniem poufności treści „uzasadnienia”, czego jak domniemywa Odwołujący, SK-MED nie uczynił, iv. zastosował analogiczne uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, w stosunku do tego, które zostało uznane za nieskuteczne w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.03.2022 r., sygn. akt KIO 674/22, dotyczącym utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny SK-Medu w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SK-MED w Pakiecie 19, pomimo że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia, a wykonawca SK-MED wprowadził Zamawiającego w błąd co do posiadania przez SK-MED instrukcji serwisowych wytwórcy urządzenia wskazanego w Pakiecie 19, procedur na wykonywane czynności określonych przez wytwórcę tego urządzenia, zawartych umów licencyjnych uprawniających do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia, oraz umów licencyjnych uprawniających do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy (instrukcje serwisowe, procedury i zakres czynności) dla wskazanego urządzenia, a także brak możliwości dokonania aktualizacji oprogramowania w odniesieniu do urządzenia, którego serwis jest przedmiotem zamówienia w Pakiecie 19;

ewentualnie — w przypadku uznania zarzutu określonego w pkt. 2) za przedwczesny

3. naruszenie 223 ust. 1 Pzp — poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SK-

MED do złożenia wyjaśnień treści oferty złożonej w Pakiecie 19 w zakresie zgodności treści oferty SK-MED z warunkami zamówienia dotyczącymi posiadania instrukcji serwisowych wytwórcy urządzenia wskazanego w Pakiecie 19, procedur na wykonywane czynności określonych przez wytwórcę tego urządzenia, zawartych umów licencyjnych uprawniających do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia, oraz umów licencyjnych uprawniających do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy (instrukcje serwisowe, procedury i zakres czynności) dla wskazanego urządzenia, a także możliwości dokonania aktualizacji oprogramowania w odniesieniu do urządzenia, którego serwis jest przedmiotem zamówienia w Pakiecie 19;

3. art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę SK-MED jako najkorzystniejszych w Pakiecie 19, mimo iż podlega ona odrzuceniu względnie wykonawca powinien zostać wezwany do wyjaśnień treści oferty oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Pakiecie 19 postępowania.

Odwołujący w oparciu o tak sformułowane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 sierpnia 2022 r. w zakresie Pakietu 19 postępowania,

2. powtórzenia czynności oceny i badania ofert w zakresie Pakietu 19 postępowania,

3. odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę SK-MED względnie odtajnienie uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych wyjaśnień,

4. odrzucenia oferty wykonawcy SK-MED w zakresie Pakietu 19 postępowania względnie wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty,

5. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu 19 postępowania.

W dniu 29 sierpnia 2022r. Zamawiający przesłał do Izby pismo, w którym poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o ponownym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający w piśmie z dnia 29 sierpnia 2022r. wyjaśnił, że poinformował Odwołującego, że w wyniku decyzji o unieważnieniu wyboru i przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert w zakresie pakietu 19 przystępuje do ponownej oceny tak zgodności ofert z treścią SWZ, jak również w zakresie zasadności zastrzeżenia informacji dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Oceniając stan faktyczny w sprawie stwierdziła, że zachodzi przesłanka określona przepisem art. 568 pkt 2 Pzp do umorzenia postępowania odwoławczego. Wskazany przepis stanowi, że Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne, gdyż najdalej idącą czynnością w postępowaniu, dokonywaną przez zamawiającego w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej, jest

dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność ta obejmuje wszystkie wcześniej

dokonywane czynności zamawiającego, w tym badanie i ocenę ofert. Skoro zatem wynikiem konkretnej oceny zamawiającego, jest wskazanie wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, to a contrario unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej niejako „kasuje” wszystkie czynności zamawiającego związane z badaniem i oceną ofert.

W związku z powyższym przyjąć należy, że po dokonaniu ponownej czynności zamawiającego związanej z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, odwołującemu będzie przysługiwało prawo do wniesienia środków ochrony prawnej, właśnie na tę nową czynność zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie Pzp oraz 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. z 2020 r., z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Przewodniczący:.....