

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 31 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 31 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 roku przez wykonawcę M.G. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Ośrodek Pomocy Społecznej w Jastrzębiu Zdroju

Uczestnik po stronie zamawiającego: Vital-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Przeworsku

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę M.G. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.G. tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 155/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Ośrodek Pomocy Społecznej w Jastrzębiu-Zdroju – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług podstawowych usług opiekuńczych na terenie miasta Jastrzębia-Zdroju.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 15 stycznia 2024 roku wykonawca M.G. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od zaniechań i czynności zamawiającego, polegających na:

1) zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu istotnych informacji zawartych w utajnionych wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Vital-Med sp. z o.o., co uniemożliwia odwołującemu weryfikację istotnej części dokumentacji postępowania, której treść może mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania, w tym na możliwość zakwestionowania złożonych wyjaśnień i udowodnienia, że oferta wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny;

a w konsekwencji:

2) błędnym i niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p. wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Vital-Med sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 18 ust. 1-3 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne zaniechanie udostępnienia odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Vital-Med sp. z o.o. w postaci wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego z dnia 14 grudnia 2023 r., z uwagi na brak wykazania spełnienia przez wykonawcę przesłanek warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia oraz fakt, iż nie stanowią one informacji spełniających przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233).

Odwołujący wniósł o:

1) na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., o uwzględnienie odwołania;

2) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy P.z.p., o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Vital-Med sp. z o.o.;

b) odtajnienie zastrzeżonych przez wykonawcę Vital-Med sp. z o.o. informacji w zakresie utajnionych wyjaśnieniach dotyczących ceny złożonych przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego z dnia 14 grudnia 2023 r.,

3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu w kwocie 7500 zł oraz kosztów zastępstwa prawnego na podstawie faktury przedłożonej na rozprawie.

Na podstawie art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p. odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1) Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr referencyjny: AG.260.4.2023 pn: „Świadczenie podstawowych usług opiekuńczych na terenie miasta Jastrzębia-Zdroju”, dalej SWZ;
 - 2) wezwanie zamawiającego z dnia 14 grudnia 2023 r. w zakresie wyliczenia ceny;
 - 3) uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez wykonawcę VitalMed sp. z o.o.;
 - 4) informacja Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej;
 - 5) wniosek odwołującego z dnia 9 stycznia 2024 r. dot. udostępnienia wyjaśnień dotyczących ceny;
 - 6) pismo zamawiającego z dnia 11 stycznia 2024 r. ws. odmowy odtajnienia wyjaśnień;
- na wykazanie okoliczności podniesionych w treści odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 stycznia 2024 roku zamawiający wniósł o:

- odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p.

a względnie o:

- oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. wniosku odwołującego z dnia 20.12.2023 r. o udostępnienie protokołu wraz z korespondencją VITAL-MED wraz z potwierdzeniem wpływu,
2. odpowiedzi zamawiającego z dnia 21.12.2023 r. wraz z potwierdzeniem przekazania,
3. wniosku odwołującego z dnia 21.12.2023 r. o udostępnienie dokumentów VITAL-MED w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa wraz z potwierdzeniem wpływu,
4. odpowiedzi zamawiającego z dnia 27.12.2023 r. wraz z potwierdzeniem przekazania,
5. wniosku odwołującego z dnia 11.01.2024 r. o udostępnienie dokumentów VITAL-MED w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa wraz z potwierdzeniem wpływu,
6. odpowiedzi zamawiającego z dnia 21.12.2023 r. wraz z potwierdzeniem przekazania na okoliczność przedmiotu wniosku, daty jego złożenia, daty udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi, odmowy udostępnienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Vital-Med Sp. z o.o. w Przeworsku (dalej także: przystępujący). Przystępujący wniósł o:

- odrzucenie odwołania,

- ewentualnie – o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia jest niższa niż progi unijne określone w art. 359 pkt 2 ustawy P.z.p.

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia (rozdz. I ust. 2 pkt 2.1)

W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się drogą elektroniczną przy użyciu:

- e-Zamówienia- <https://ezamowienia.gov.pl/>
-

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia (rozdz. V ust. 1)

Pismem z dnia 20 grudnia 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 20 grudnia 2023 roku

W dniu 20 grudnia 2023 r., po wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie:

1. protokołu postępowania, w tym informacji o sposobie oceny ofert w ramach kryteriów oceny;
2. załączników do protokołu postępowania, w tym w postaci oferty przystępującego i wszelkich pism kierowanych przez zamawiającego do przystępującego oraz pism, podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów złożonych przez przystępującego.

Dowód: pismo odwołującego z dnia 20 grudnia 2023 roku

W dniu 21 grudnia 2023 r. zamawiający w odpowiedzi na wniosek przekazał odwołującemu protokół oraz pozostałe dokumenty razem z informacją, że na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w

odniesieniu do danych znajdujących się w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny podając uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy. W związku z czym udostępnione zostało jedynie uzasadnienie przystępującego w tym zakresie.

Dowód: pismo zamawiającego z 21 grudnia 2023 roku

Odwolujący w dniu 21 grudnia 2023 r. wniósł o udostępnienie mu informacji w postaci wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez przystępującego na wezwanie zamawiającego z dnia 14 grudnia 2023 r., które zostały przez przystępującego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dowód: pismo odwołującego z 21 grudnia 2023 roku

W odpowiedzi na przedmiotowy wniosek zamawiający pismem z dnia 27 grudnia 2023 roku odmówił udostępnienia tychże dokumentów powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 27 grudnia 2023 roku

Pismem z dnia 27 grudnia 2023 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując, co następuje:

Działając na podstawie art. 16 ust. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, informujemy, że z uwagi na nowe okoliczności ujawnione po wyborze oferty najkorzystniejszej, unieważnia się czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 20 grudnia 2023 r. oraz ponownie dokonuje badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Uzasadnienie faktyczne:

W związku z informacją przekazaną przez jednego z Wykonawców, który w dniu 22.12.2023 r. poinformował Zamawiającego o niezgodności oferty uznanej jako najkorzystniejszą z wymaganiami określonymi w SWZ i konieczności odrzucenia tej oferty, ponieważ jej treść nie jest zgodna z SWZ, Zamawiający podjął decyzję o powtórzeniu czynności zbadania i oceny oferty, opierając się na podstawowych zasadach udzielania zamówień publicznych oraz na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym: "W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. (...) Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Pzp." Kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 ustawy, Zamawiający dokona ponownej oceny ofert oraz dokona wyboru najkorzystniejszej oferty w terminach przewidzianych w ustawie. Ze względu na zachowanie zasad uczciwej konkurencji, po unieważnieniu czynności wyboru, Zamawiający przystąpi do wyjaśnienia wątpliwości związanych ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zgodnie z art. 253 ustawy Pzp niezwłocznie zawiadomi o wynikach postępowania.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 27 grudnia 2023 roku

Pismem z dnia 9 stycznia 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 9 stycznia 2024 roku

Pismem z dnia 10 stycznia 2024 roku odwołujący ponownie wniósł o udostępnienie mu informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dowód: pismo odwołującego z dnia 10 stycznia 2024 roku

Pismem z dnia 11 stycznia 2024 roku zamawiający poinformował odwołującego o odmowie udostępnienia mu wnioskowanych dokumentów.

Dowód: pismo z dnia 11 stycznia 2024 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p., tj. z powodu jego wniesienia po upływie terminu przewidzianego w ustawie.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że wartość przedmiotowego postępowania jest niższa niż progi unijne, zaś korespondencja pomiędzy zamawiającym a wykonawcami odbywa się drogą elektroniczną.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne:

- a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
- b) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

W myśl art. 509 ust. 1 ustawy P.z.p. terminy oblicza się według przepisów prawa cywilnego. Zgodnie z ust. 2, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia

następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Zamawiający poinformował odwołującego o odmowie udostępnienia mu informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa drogą elektroniczną w dniu 21 grudnia 2023 roku. Tym samym, mając na uwadze treść art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz 509 ust. 2 ustawy P.z.p., termin do wniesienia odwołania na tę czynność zamawiającego upływał w dniu 27 grudnia 2023 roku (dzień 26 grudnia 2023 roku, w którym przypadłby koniec ustawowego 5-dniowego terminu do wniesienia odwołania, to dzień ustawowo wolny od pracy).

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 15 stycznia 2024 roku, zatem naruszył termin określony w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.

Kolejne wnioski o udostępnienie zastrzeżonych dokumentów, które odwołujący złożył do zamawiającego w dniu 21 grudnia 2023 roku i 10 stycznia 2024 roku, nie mogą skutkować ponownym otwarciem terminu do wniesienia odwołania na zaniechanie udostępnienia informacji. Izba podkreśla, że terminy do wniesienia odwołania są terminami zawitymi, ich upływ powoduje wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej i nie podlegają one przywróceniu w żadnym przypadku. Odmienne stanowisko stawiłoby odwołującego w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych uczestników postępowania i pozostawałoby w sprzeczności z wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Bez znaczenia w rozpoznawanej sytuacji jest okoliczność, że zamawiający w dniu 27 grudnia 2023 roku unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 20 grudnia 2023 roku i dokonał ponownie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym poinformował w dniu 10 stycznia 2024 roku. Unieważnienie dotyczyło bowiem jedynie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 20 grudnia 2023 roku. Pozostałe czynności zamawiającego, w tym odmowa udostępnienia odwołującemu żądanych dokumentów z dnia 21 grudnia 2023 roku, pozostały zatem w mocy.

Izba zauważa, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dokonuje szeregu czynności, o których informuje bądź jednocześnie wszystkich wykonawców (np. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty), bądź też tylko niektórych (np. o rozstrzygnięciach w zakresie wniosków kierowanych do zamawiającego przez poszczególnych wykonawców, np. dotyczących udostępnienia informacji przekazanych przez innych uczestników postępowania). Podkreślić należy, że art. 515 ust. 1 ustawy P.z.p. stosuje się nie tylko w przypadku czynności, o których przepisy ustawy P.z.p. *expressis verbis* nakazują poinformować wszystkich wykonawców jednocześnie, ale też tych, które dotyczą wyłącznie jednego wykonawcy. Hipoteza wskazanego artykułu obejmuje te wszystkie czynności zamawiającego, o których wykonawca zostaje powiadomiony.

Izba wskazuje, że – w istocie – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą mieć miejsce sytuacje, w których informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty skutkuje jednocześnie otwarciem terminu do wniesienia odwołania na inne czynności bądź zaniechania zamawiającego, niewyrażone wprost w treści zawiadomienia (np. na zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy). Nie dotyczy to jednak czynności, o których zamawiający powiadomił wykonawcę wcześniej, tak jak w rozpoznawanym przypadku. Jednocześnie Izba podkreśla, że żaden przepis ustawy P.z.p. nie zabrania zamawiającemu poinformowania wykonawcy o odmowie ujawnienia żądanych przez niego informacji przed poinformowaniem o wyniku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie. Stosownie do art. 529 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie § 8 ust. 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: