

POSTANOWIENIE
z dnia 2 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, w Warszawie, w dniu 2 czerwca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 roku przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala (NFZ) w Warszawie przy udziale:

- 1) Wykonawcy S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1432/23 po stronie Zamawiającego,
- 2) Wykonawcy SOFTIQ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1432/23 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: 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:

Sygn. akt KIO 1432/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala (NFZ) w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Wytwarzanie oprogramowania w ramach programu budowy systemu ZSI przez dedykowane Zespoły wytwórcze – Część 3, znak postępowania: BAG-SZP.261.1.30.2022.

Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2023 r. pod nr 2023/S 002-004648

W dniu 22 maja 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a także informacji nieskutecznie zastrzeżonych lub niezastrzeżonych przez wykonawców: S&T Services Polska Sp. z o.o. (zwanego dalej „S&T”) oraz SOFTIQ Sp. z o.o. (zwanego dalej „SOFTIQ”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru ofert,
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
3. udostępnienia Odwołującemu informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a także informacji nieskutecznie zastrzeżonych lub niezastrzeżonych przez wykonawców: S&T oraz SOFTIQ (wykazy osób, dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających zasoby, załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy);
4. dokonanie ponownej oceny ofert;
5. ponownej oceny ofert oraz ponownego wyboru ofert.

Odwołujący podał, że ma interes rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący złożył w postępowaniu ważną ofertę, która została przez Zamawiającego uznana za jedną z trzech ofert podlegających wyborowi. W wyniku bezprawnych czynności i zaniechań Zamawiającego wskazanych powyżej, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą zmniejszeniu szans Odwołującego na uzyskanie zamówień wykonawczych

w ramach realizacji umowy ramowej.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili w dniu 26 maja 2023 roku:

Wykonawca S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

Wykonawca SOFTIQ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 24 maja 2023 roku Pismem z dnia 24 maja 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie – *stanowisko Zamawiającego na odwołanie* wnosząc o odrzucenie odwołania oraz wnosząc przy nieuwzględnieniu wniosku o odrzucenie oświadczenie

o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, podał między innymi, że:

W przypadku nieodrzczenia odwołania stosownie do wniosku I pkt 1 powyżej, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i 2 p.z.p., Zamawiający uwzględni odwołanie w całości.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 529 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał,

i nie wynika z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nadesłanych przez Zamawiającego, że w dniu 17 kwietnia 2023 roku Zamawiający zakończył proces badania ofert uczestników postępowania odwoławczego w kontekście zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co uzasadniałby przekroczenie terminu ustawowego skutecznego wniesienia odwołania.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 513 ustawy odwołanie wnoszone do Izby przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Jak słusznie podkreśla się w doktrynie art. 513 ustawy wprowadza katalog czynności

i zaniechań do jakich, niezależnie od wartości zamówienia, istnieje możliwość wniesienia odwołania. Wprowadza została zasada w odniesieniu do każdego postępowania niezależnie od jego wartości zaskarżenia w zasadzie każdej niezgodnej z prawem czynności

lub zaniechania zamawiającego niezależnie od tego, czy dotyczy to postępowań o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych, czy postępowań o wartości poniżej tych progów.

Skuteczne wniesienie odwołania wymaga jednakże wskazania czynności lub zaniechania Zamawiającego do jakiego jest on obowiązany, a jakiego nie wykonał. W przedmiotowej sprawie odwoławczej mamy do czynienia z sytuacją, w której odmiennie niż twierdzi Zamawiający, w dniu 17 kwietnia 2023 roku nie została Odwołującemu przekazana informacja o dokonaniu, zakończeniu czynności w zakresie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych dokumentów w ofertach uczestników postępowania odwoławczego.

W aktach sprawy, w przedstawionej dokumentacji postępowania o zamówienie

nie ma dokumentu, który potwierdzałby, że proces oceny i badania dokumentów w kontekście zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców: S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz SOFTIQ spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach na dzień 17 kwietnia 2023 roku został zakończony. Pismo Zamawiającego z dnia 24 i 26 maja 2023 roku również

nie potwierdza tej okoliczności. Działania Zamawiającego, stanowiące podstawę

do wnoszenia środków ochrony prawnej muszą być jednoznaczne i precyzyjne, nie mogą być dorozumiane i tym samym pozostawiać przestrzeni interpretacyjnej. Oznacza to, że Zamawiający powinien podać, że zakończył proces badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień tego zastrzeżenia. Skoro Zamawiający nie podał, że proces ten zakończył to nie sposób uznać, że czynność Zamawiającego badania zastrzeżenia została zakończona i w konsekwencji Zamawiający zaniechał ujawnienia określonych informacji.

W postępowaniu o zamówienie nie zostały wyartykułowane przez Zamawiającego w dniu 17 kwietnia 2023 roku żadne czynności, które pozwalałyby na określenie, że faktycznie ich skutkiem są zaniechania, jakie są niezgodne z obowiązującymi regulacjami prawnymi. Ugruntowanym od lat w orzecznictwie jest, że koniecznym jest wyartykułowanie

zakończenia procesu oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co może nastąpić przez (1) informację w tym zakresie stanowiącą wyartykułowane w stanowisku Zamawiającego informacje o zakończeniu tego procesu, które doręczane jest wykonawcom zarówno tym, których ocenie podlegały oferty i dokumenty, jak i pozostałym biorącym udział w procedurze, lub (2) przez dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz ogłoszenia wyniku. Niezależnie od przyjętego sposobu kluczowym jest to, że niezbędne jest zajęcie jednoznacznego stanowiska przez Zamawiającego, które umożliwi z jednej strony prawidłowe liczenie terminów na wniesienie odwołania od czynności albo zaniechania po stronie Zamawiającego, a z drugiej strony jednoznaczne określenie zakresu kwestionowanych czynności czy zaniechań Zamawiającego. W ocenie Izby ugruntowane stanowisko w powyższym zakresie pozostaje aktualne również na podstawie obowiązującej obecnie ustawy i regulacji art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: (1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. W doktrynie wskazuje się, że „ustawodawca zobowiązał zamawiającego do udostępnienia ofert wraz z załącznikami niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Celem wprowadzenia tego trzydniowego terminu było zapewnienie zamawiającemu czasu na dokonanie czynności niezbędnych przed udostępnieniem ofert, w szczególności zweryfikowanie, czy oferta nie zawiera treści ustawowo chronionych.” Przy czym w ocenie Izby „weryfikacja” musi być rozumiana nie jako ocena zasadności bądź braku zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa lecz jako czynność techniczna. Wynika to z tego, że badanie i ocena zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wyjaśnień wykonawcy składanych wraz z zastrzeżonymi dokumentami stanowi proces, w którym Zamawiający może podejmować działania zmierzające do ustalenia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które na linii czasu mogą wymagać dłuższego okresu niż 3 dni, co nie jest przypadkiem nadzwyczajnym. Jednocześnie sama czynność – komunikowany wykonawcy zamiar ujawnienia przez Zamawiającego informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę może być przez niego skarżona, jak każda inna czynność w postępowaniu i takie odwołania są wnoszone do Izby i są rozpoznawane. (tak też wyrok sygn. akt KIO 2916/22). Dlatego też Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie odwoławczej dla oceny skuteczności terminowego wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 12 maja 2023 roku.

Wobec ustalenia, że Zamawiający – co wynika jednoznacznie z pisma z dnia 24 maja 2023 roku - uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz braku zgłoszenia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez uczestników postępowania odwoławczego tj. wykonawcę S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę SOFTIQ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oraz wydania postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy.

Izba podkreśla, że każdy z uczestników postępowania odwoławczego został prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia, co każdy z wykonawców potwierdził (S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - o terminie zawiadomiony 29 maja 2023 r., co potwierdził również w dniu 29 maja 2023 r. (Dorota Klimaszewska) oraz SOFTIQ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach- o terminie zawiadomiony 26 maja 2023 r., co potwierdził również w dniu 26 maja 2023 r. (Sabina Szoltysek)). Zgodnie z art. 523 ust. 1 ustawy uczestnik postępowania może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Jednakże żaden z uczestników postępowania prawidłowo zawiadomionych o terminie posiedzenia nie stawiał się przed Izbą. Na podstawie art. 549 ust. 1 ustawy niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Oznacza to, że uczestnicy nie stawając na posiedzeniu pozbawili się możliwości skutecznego zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Nadmienić należy, że Zamawiający również nie stawiał się na posiedzeniu z udziałem Stron postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie *szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania*.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w postanowieniu.

Przewodniczący: