

POSTANOWENIE
z dnia 11 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 11 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R-SOFT SERWIS sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, R-SOFT STUDIO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: SP ZOZ Państwowy Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku

przy udziale wykonawcy INFOCOMP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2870/23 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R-SOFT SERWIS sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, R-SOFT STUDIO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R-SOFT SERWIS sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, R-SOFT STUDIO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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 2870/23

Uzasadnienie

Zamawiający: SP ZOZ Państwowy Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Rozwój e-usług dla SPZOZ Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku”, numer sprawy nadany przez Zamawiającego DZp.380.3.14.2023.DI.113.

Odwołanie zostało wniesione w zakresie części nr 2 – „Elektroniczny Obieg Dokumentów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 053-157037 00143788/01 z dnia 15 marca 2023 r.

W dniu 21 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał INFOCOMP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, zwanego dalej Przystępującym lub INFOCOMP do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, a w odpowiedzi Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia w piśmie z dnia 25 kwietnia 2023 r.

W dniu 9 maja 2023 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: R-SOFT SERWIS sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, R-SOFT STUDIO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie **powziął wiadomość** o dokonaniu czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez INFOCOMP, a w konsekwencji **o czynności oceny oferty tego wykonawcy potwierdzającej brak istnienia rażąco niskiej ceny.**

Nie zgadzając się nieuprawnionym zaniechaniem odrzucenia oferty INFOCOMP, pomimo że wykonawca ten zaoferował rażąco niską cenę Odwołujący w dniu 19 maja 2023 r. po raz pierwszy odwołanie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 — 3 Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 — 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej ustawą Pzp lub PZP przepisów, tj.:

1art. 18 ust. 3 PZP przez niezasadne zastosowanie tego przepisu polegające na zaniechaniu ujawnienia informacji zastrzeżonych przez INFOCOMP jako tajemnica przedsiębiorstwa w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 25 kwietnia 2023 r. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co doprowadziło do uniemożliwienia zapoznania się przez pozostałych wykonawców z istotnymi informacjami dotyczącymi kalkulacji ceny ofertowej INFOCOMP i do uniemożliwienia kontroli prawidłowości decyzji Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty INFOCOMP z powodu rażąco niskiej ceny,

Zewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w punkcie 1 powyżej lub w przypadku uwzględnienia tego zarzutu przez Zamawiającego — **art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp** poprzez niewłaściwe zaniechanie zastosowania tych przepisów polegające na **nieuzasadnionym stwierdzeniu, że oferta** złożona przez INFOCOMP w części 2 postępowania **zawiera rażąco niskiej ceny** w sytuacji, gdy analiza wyjaśnień złożonych przez INFOCOMP prowadzi do wniosku o tym, że zaofferowana została rażąco niska cena, względnie — poprzez **zaniechanie wezwania INFOCOMP do złożenia dodatkowych wyjaśnień** zakresie ceny oferty przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty INFOCOMP jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba ustaliła, że Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1411/23w pkt 1 sentencji wyroku z dnia 1 czerwca 2023 r. uwzględnił odwołanie i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny wykonawcy INFOCOMP sp. z o.o. w Toruniu z dnia 25 kwietnia 2023 r.

W swoim uzasadnieniu Izba między innymi stwierdziła, że „Izba nie rozpoznawała zarzutu nr 2 odwołania. Odwołujący wskazał bowiem w odwołaniu, że zarzut ten ma jedynie charakter ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 odwołania. Wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1, Izba nie orzekała zatem w przedmiocie zarzutu nr 2 odwołania.”

W następstwie takiego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający pismem z dnia 21 sierpnia 2023 r. ponownie wezwał Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a w odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 21 sierpnia 2023 r. udzielił dodatkowych wyjaśnień i załączył stosowne dowody.

W dniu 19 września 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R-SOFT SERWIS sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, R-SOFT STUDIO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o dokonaniu czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez INFOCOMP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, zwanego dalej Przystępującym lub INFOCOMP.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu **29 września 2023 r.** wniósł **po raz drugi odwołanie** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- nieuprawnionego wezwania Przystępującego złożenia dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
- nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten zaofferował rażąco niską cenę a złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie,
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta powinna zostać odrzucona z powodu zaofferowania rażąco niskiej ceny i w konsekwencji zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że oferta ta zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie **art. 16 pkt 1 – 3** ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej ustawą Pzp lub PZP poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 PZP przepisów, tj.:

1.art. 224 ust. 1 PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na **nieuprawnionym wezwaniu** INFOCOMP przez Zamawiającego dnia 21 sierpnia 2023 r. **do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny** w sytuacji, gdy przepis nie mógł znaleźć zastosowania w zaistniałym stanie faktycznym z uwagi na fakt, że Zamawiający dysponował wystarczającym materiałem dowodowym do oceny, czy INFOCOMP zaofferował rażąco niską cenę w postaci pierwotnych wyjaśnień, co doprowadziło do niekonkurencyjnego i niezgodnego z zasadą równego traktowania stworzenia INFOCOMP dodatkowej szansy w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i

nieuprawnionego uzupełnienia dokumentów przez tego Wykonawcę a także dokonania oceny oferty INFOCOMP w oparciu o dokumenty, które nie powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego,

2.art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez niewłaściwe zaniechanie zastosowania tych przepisów polegające na **nieuzasadnionym stwierdzeniu**, że oferta złożona przez INFOCOMP nie **zawiera rażąco niskiej ceny** w sytuacji, gdy analiza wyjaśnień złożonych przez INFOCOMP prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zaofiarowana została rażąco niska cena a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części 2,
- 2.unieważnienia czynności wezwania z dnia 21 sierpnia 2023 r. wykonawcy INFOCOMP do złożenia dodatkowych wyjaśnień,

- 3.dokonania ponownego badania i oceny ofert w części 2 postępowania,

- 4.odrzućcia oferty INFOCOMP w części 2 postępowania z powodu zaofiarowania rażąco niskiej ceny,

- 5.i w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 2 postępowania.

W przedmiotowej sprawie wykonawca INFOCOMP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 9 października 2023 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie Zamawiający wnioskował o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym akt sprawy odwoławczej Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzućcia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, a odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Ponadto, zgodnie z art. 528 pkt 4 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Jednocześnie stosownie do przepisu art. 515 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosil się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Według ustaleń Izby Odwołujący dowiedział się o tym, że oferta Przystępującego może zawierać rażąco niską cenę z czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania (pierwsza informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i czynności oceny oferty Przystępującego, z której wynikało, że Zamawiający nie stwierdził po wyjaśnieniach Przystępującego, że istnieje rażąco niska cena w jego ofercie) już przed wniesieniem pierwszego odwołania to jest w dniu 9 maja 2023 r.

Zdaniem Izby - powyższa informacja Zamawiającego o czynności oceny oferty Przystępującego, z której wynikało, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pozwoliła sformułować Odwołującemu już na tamtym etapie postępowania zarzuty związane z rażąco niską ceną oferty Przystępującego, co też uczynił w pierwszym odwołaniu.

Biorąc pod uwagę, że bieg terminu do wniesienia odwołania w tej sprawie rozpoczął się w dniu następującym po dacie 9 maja 2023 r. to jest dacie powiadomienia Odwołującego o czynności oceny oferty Przystępującego potwierdzającej brak istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła, że jego upływ nastąpił w dniu 20 maja 2023 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 29 września 2023 r.

Na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że Odwołujący sformułował pierwsze odwołanie poprzez ewentualne zgłoszenie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów **art. 16 pkt 1 – 3, art. 226 ust. 1 pkt 8**

PZP w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp.

W wyniku tej sytuacji Skład Orzekający Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1411/23 przyjął, że „Izba nie rozpoznawała zarzutu nr 2 odwołania. Odwołujący wskazał bowiem w odwołaniu, że zarzut ten ma jedynie charakter ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 odwołania. Wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1, Izba nie orzekała zatem w przedmiocie zarzutu nr 2 odwołania.”.

Według zapatrywania Izby – takie przesądzenie Składu Orzekającego Izby oznaczało, że wyjaśnienia oferty Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny i czynność oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny pozostały w mocy.

W ocenie Izby – Skład Orzekający zajął się przede wszystkim zarzutem związanym z bezpodstawnym zastrzeżeniem wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa.

Powyższe potwierdza sentencja powołanego wyżej wyroku nakazującego powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny wykonawcy INFOCOMP sp. z o.o. w Toruniu z dnia 25 kwietnia 2023 r.

Wymaga wskazania, że w sentencji tej brak jest nakazania dalszego prowadzenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, a także nakazania jej odrzucenia, co oznacza – w przekonaniu Izby - prawidłowość oceny Zamawiającego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny w oparciu o wyjaśnienia Przystępującego z dnia 25 kwietnia 2023 r.

Okoliczność tą przyznał sam Odwołujący stwierdzając w swoim piśmie procesowym z dnia 9 października 2023 r., że „Izba w ramach wyroku nie unieważniła ani nie nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w związku z czym **Zamawiający powinien dokonać oceny oferty Przystępującego bazując wyłącznie na wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2023 r.**”.

Izba podziela powyższe zapatrywanie Odwołującego, biorąc pod uwagę treść cyt. wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, przy czym wobec takiego stanowiska należy przyjąć, że z powodu braku nakazania w tym wyroku dalszego prowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę, dalsze czynności Zamawiającego dotyczące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny po wydaniu powyższego wyroku w tym względzie należało uznać za irrelevantne z punktu widzenia prowadzonej obecnie procedury odwoławczej, a istotne były pierwotne wyjaśnienia z dnia 25 kwietnia 2023 r., które nie zostały skutecznie podważone przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1411/23.

W przekonaniu Izby – zarówno sformułowane przez Odwołującego zarzuty wraz z okolicznościami im towarzyszącymi dotyczące rażąco niskiej ceny są takie same jak w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1411/23 i były przez Skład Orzekający Izby rozstrzygnięte w ten sposób, że powyższy „(...)zarzut ten ma jedynie charakter ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 odwołania. Wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1, Izba nie orzekała zatem w przedmiocie zarzutu nr 2 odwołania.(...).

Wobec powyższego Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na zasadzie art.528 ust.3 i 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 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 .

Przewodniczący:.....