

Sygn. akt: KIO 373/22

WYROK
z dnia 25 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Magdalena Rams**
Ewa Sikorska

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 25 lutego 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2022 roku wykonawcy Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 373/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu 4.1.
2. Oddala odwołanie w pozostałej części.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Odwołującego Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie na rzecz Zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS)* (nr postępowania TZ/271/65/19).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 lutego 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_037 pod poz. 087769. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

W dniu 13 lutego 2022 roku wykonawca Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 373/22) od niezgodnej z przepisami Ustawy oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) czynności oceny i badania ofert oraz zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska SA i Comarch SA (dalej „Konsorcjum Comarch” lub „Comarch) na podstawie wszystkich zaistniałych w postępowaniu podstaw faktycznych; zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Comarch; a także zaniechania odtajnienia i udostępnienia: (a) w całości załączników do pisma Konsorcjum Comarch „Wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej” z 16 grudnia 2020 r. (dalej „Wyjaśnienia RNC”) (oprócz kopii umów o pracę pracowników Zespołów) i Wyjaśnień z 19 listopada 2021 roku; zaniechania wystąpienia do Comarch o złożenie uzupełnień i wyjaśnień złożonych wykazów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Zarzut 1 – zarzuty związane z Wykazem usług:

Zarzut 1.1. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy PZP w związku z art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy PZP oraz w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 i w zw. z § 14 ust. 2 i ust. 4 (zdanie pierwsze) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: „Rozporządzenie o dokumentach”) z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP, tj. zaniechanie obligatoryjnego wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania, pomimo iż:

- a) pierwotnie złożone Listy referencyjne nr 2, 3 i 4 nie potwierdzają wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – nie stanowią one dowodów określających, czy usługi wskazane w Wykazie usług zostały wykonane lub są

wykonywane należycie;

- b) z wyjaśnień Konsorcjum Comarch z 27 stycznia 2021 roku wynika, że nie ziszczyły się przesłanki do uzupełnienia Listów referencyjnych nr 2, 3 i 4, w związku z czym nie doszło do skutecznego uzupełnienia przez Konsorcjum Comarch dokumentów w postaci listów referencyjnych udzielonych przez Comarch Inc., Comarch AG i Comarch UK,
- c) Konsorcjum Comarch nie zrealizowało treści wezwania Zamawiającego z 22 stycznia 2021 roku o uzupełnienie dokumentów,
- d) Następujące usługi wskazane w Wykazie usług udostępnionym 8 października 2021 roku:

- w tym miejscu w odwołaniu tabela -

nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu; co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zarzut 1.2. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania na podstawie wszystkich zaistniałych w postępowaniu podstaw faktycznych, pomimo iż Konsorcjum Comarch w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zarzut 1.3. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania na podstawie wszystkich zaistniałych w postępowaniu podstaw faktycznych, pomimo iż Konsorcjum Comarch w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zarzut 1.4. Z ostrożności procesowej – naruszenie przepisu § 2 ust. 6 Rozporządzenia o dokumentach z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP, tj. zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego przedmiotowa usługa była wykonana (Klient końcowy) o dodatkowe informacje i/lub dokumenty, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zarzut 1.5. Z ostrożności procesowej – naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP, tj. zaniechanie wezwania Konsorcjum Comarch do uzupełnienia Wykazu osób.

Zarzut 2 - Zarzut dotyczący Wykazu osób:

Zarzut 2.1. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub 17 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania na podstawie wszystkich zaistniałych w postępowaniu podstaw faktycznych, pomimo iż Konsorcjum Comarch w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i / lub lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zarzut 2.2. Z ostrożności procesowej – naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy, tj. zaniechanie wezwania Konsorcjum Comarch do złożenia wyjaśnień w zakresie Wykazu osób oraz uzupełnienia Wykazu osób.

Zarzut 3: Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Ustawy PZP w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum Comarch nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 – 3 Ustawy.

Zarzut 4. Naruszenie art. 8 ust. 1 – 3 w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 47 Karty Praw Podstawowych poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- a) Zarzut 4.1. – załączników do pisma Comarch „Wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej” z 16 grudnia 2020 roku (oprócz kopii umów o pracę pracowników Zespołów),
- b) Zarzut 4.2. – Wyjaśnień z 19 listopada 2021 roku.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności oceny i badania ofert;
2. Powtórzenie czynności oceny i badania ofert, zgodnie z przepisami Ustawy oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
3. Odtajnienie i udostępnienie w całości złożonych przez Comarch:
 - a) załączników do pisma z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny z 16 grudnia 2020,
 - b) Wyjaśnień z 19 listopada 2021 roku – w zakresie szczegółowo wskazanym w

uzasadnieniu;

4. Wystąpienia do Comarch o złożenie uzupełnień i wyjaśnień złożonych wykazów;
5. Wykluczenie wykonawcy Konsorcjum Comarch na podstawie wszystkich zaistniałych w postępowaniu podstaw faktycznych;
6. Odrzucenie oferty Comarch.

Odwołujący podał, że Odwołujący oświadcza, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP. Odwołujący ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający zaniechał istotnych czynności z naruszeniem przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia. Zamawiający wykluczył Konsorcjum Comarch z postępowania, jednakże nie na podstawie wszystkich okoliczności faktycznych. Ponadto Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch. Konsorcjum Comarch może wnieść odwołanie od czynności wykluczenia z dnia 2 lutego 2022 roku i czynność ta może zostać unieważniona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. Z kolei termin na wniesienie odwołania na zaniechania Zamawiającego mija w dniu 14 lutego 2022 roku i Odwołujący nie mógłby później podnosić zarzutów objętych niniejszym odwołaniem.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.). Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o

udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

I.

Izba ustaliła, że w zakresie zarzut 4.1 odwołania zaistniały przesłanki odrzucenia z art. 528 pkt 4 i 5 ustawy.

Izba ustaliła na podstawie wyroku z dnia 1 kwietnia 2021 roku (sygn. akt KIO 500/21), że w zakresie odwołania w sprawie odwoławczej o sygnaturze akt KIO 500/21 Odwołujący Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie postawił zarzut 4 naruszenia „art. 8 ust. 1 – 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa: Wyjaśnień RNC wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, Wykazu osób, Wykazu usług – Tajemnica przedsiębiorstwa wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wezwania Zamawiającego z 22 stycznia 2021 r. wraz z odpowiedzią Konsorcjum Comarch z 27 stycznia 2021 r., pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” oraz wnioś o „odtajnienie i udostępnienie w całości złożonych przez Konsorcjum Comarch wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji, wykazu osób, wykazu usług – Tajemnica przedsiębiorstwa wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, pisma z 27 stycznia 2021 r. oraz pisma zamawiającego z 22 stycznia 2021 r. „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień””.

Izba w sentencji orzeczenia z dnia 1 kwietnia 2021 roku wyrzekła między innymi, że:

3. uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w następujących dokumentach:

- a) wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie dotyczących ceny ofertowej z dnia 16 grudnia 2020 r. (bez załączników),*

U uzasadnieniu podała Izba między innymi, że

Wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej konsorcjum Comarch z dnia 16 grudnia 2020 r.

Odwołujący Asseco wskazał w odwołaniu, że nie obejmuje żądaniem zarzutu udostępnienia załączonych do wyjaśnień z dnia 16 grudnia 2020 r. umów specjalistów. Co do pozostałych dowodów wskazał, że nie wie, jakie są to dowody, bo nie udostępniono mu nawet ich listy. W związku z powyższym spór pomiędzy stronami dotyczył jedynie nieodtajnienia części opisowej wyjaśnień.

Analiza uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 16 grudnia 2020 r. prowadziła do wniosku, że przystępujący Comarch skonkretyzował powody zastrzeżenia jedynie dla wskazanych w uzasadnieniu dowodów załączonych do wyjaśnień. Dokładna analiza uzasadnienia zastrzeżenia prowadziła do wniosku, że – w odniesieniu do części opisowej wyjaśnień z dnia 16 grudnia 2020 r. - uzasadnienie jest ogólnikowe, nieodnoszące się do konkretnej zastrzeżonej informacji.

Analiza uzasadnienia zastrzeżenia sporządzonego przez Comarch prowadziła do wniosku, że na stronach 3-5 znajdowały się cytaty z orzeczeń, niestanowiące elementu wykazania. Na stronach 5-7 znalazło się uzasadnienie dla zastrzeżenia wskazanych tam kategorii dokumentów źródłowych załączonych do wyjaśnień, a nie części opisowej wyjaśnień. Na str. 7 uzasadnienia, w przedostatnim akapicie przedstawiono uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności samego uzasadnienia. W ostatnim akapicie na str. 7 oraz na str. 8 przedstawiono informacje dotyczące stosowanych przez wykonawcę działań w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności, a więc kolejnego znamienia definicji legalnej pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został zaskarżony przez konsorcjum Comarch - ta skarga została w Sądzie Okręgowym w Warszawie zarejestrowana pod sygnaturą XXIII Zs 53/21 oraz przez Asseco — ta skarga została w Sądzie Okręgowym w Warszawie zarejestrowana pod sygnaturą XXIII Zs 61/21. Ta druga sprawa została połączona z pierwszą do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

Skarga wniesiona do Sądu Okręgowego w Warszawie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie - dotyczyła wyroku Izby w części objętej pkt 3 wyroku, uwzględniającej odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania oraz w części oddalającej odwołanie w zakresie zarzutu nr 5 odwołania, dotyczącego zarzucanego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch pomimo, iż w ocenie odwołującego oferta ta zawierała rażąco niską cenę i pozostawiającą ten zarzut bez rozpoznania, z uwagi na jego przedwczesność.

Skarga wykonawcy Asseco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie sygn. akt XXIII Zs 61/21 „dotyczyła pkt 1 wyroku KIO (oraz w konsekwencji też

kosztów postępowania) i została złożona w z związku z odrzuceniem przez KIO zarzutu nr 1 odwołania Asseco.”

Wyrok został wydany w dniu 1 października 2021 roku w połączonych do rozpoznania sprawach pod sygn. akt XXIII Zs 53/21 i sygn. akt XXIII Zs 61/21

Sąd Okręgowy w sprawie sygn. akt XXIII Zs 53/21 uznał:

W ocenie Sądu Okręgowego skarga nie była zasadna.

(...)

Sąd oddalając skargę uznał, że orzeczenie KIO (w zakażonym zakresie) było prawidłowe. Oznacza to, że nadal nie ma podstaw do orzekania w przedmiocie zarzutu nr 5 odwołania, bowiem był to tylko zarzut ewentualny względem zarzutu nr 4.

Co do zaś sporu w zakresie zarzutu nr 4 Sąd w całości podziela stanowisko KIO, iż zamawiający niezasadnie uwzględnił bardzo szeroki zakres zastrzeżenia przez Comarch informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa doprowadzając w ten sposób do sytuacji, w której Asseco mogło zostać pozbawione realnej możliwości sformułowania rzetelnego odwołania w przedmiocie rażąco niskiej ceny (RNC).

W tym zakresie KIO słusznie wskazała, iż zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Sąd zgadza się z KIO, co do tego, że w niniejszej sprawie stwierdzone przez KIO naruszenia przepisów art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy sPzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy sPzp zaniechał bowiem czynności odtajnienia i udostępnienia odwołującemu Asseco wskazanych w sentencji wyroku KIO dokumentów i oświadczeń złożonych przez konsorcjum Comarch. Odtajnienie tych dokumentów może mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż po ich lekturze odwołujący Asseco będzie mógł ewentualnie sformułować zarzuty, których skutkiem może być wykluczenie Konsorcjum Comarch z udziału w postępowaniu lub odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę. Wynik postępowania może zatem ulec jeszcze zmianie.

Sąd w tym zakresie pragnie uwypuklić wagę oceny wiadomości specjalistycznych przedstawianych w wyjaśnieniach RNC. Zdaniem Sądu słusznie argumentuje Asseco, iż powinien on mieć realną możliwość samodzielnej oceny argumentów używanych przez jego konkurenta w ramach wyjaśnień RNC, w szczególności w tym zakresie w jakim argumentacja ta dotyczy właśnie pojęć z zakresu wiedzy specjalistycznej, bo to dopiero warunkuje możliwość ewentualnego złożenia rzetelnego odwołania w opisywanym zakresie.

Oczywiście jest zrozumiałe, że są takie informacje w każdym przedsiębiorstwie, które mogą i w sposób prawnie uzasadniony powinny być traktowane jako poufne. Nie może to jednak prowadzić do nadużyć, które wypaczają sens środków ochrony prawnej przewidzianych w sPzp. Zdaniem Sądu tak profesjonalny i znaczący na rynku zamówień publicznych podmiot jak konsorcjum Comarch z pewnością ma wystarczającą wiedzę, umiejętności i doświadczenie, ażeby przy składaniu wyjaśnień RNC sformułować je w sensie metodologicznym w taki sposób, ażeby zachowując prymat zasady jawności umieć skutecznie zastrzec tylko te informacje, które rzeczywiście powinny pozostać poufne.

Wydaje się, że w sensie technicznym zawsze jest to możliwe poprzez zachowywanie pełnej jawności zasadniczego wywodu w danym piśmie, zaś obejmowanie tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie wyjątkowo wrażliwych danych powoływanych np. jako załączniki do konkretnego pisma i zastrzeżenie informacji zawartych wyłącznie w tych załącznikach. Powyższa sugestia z pewnością nie jest niczym odkrywczym, takie rozwiązanie zostało przecież częściowo zastosowane przez Comarch i co ważne w tym zakresie nie zostało w ogóle zaskarżone przez Asseco, co też znalazło wprost odzwierciedlenie w pkt. 3.a. wyroku KIO, gdzie wyraźnie zastrzeżono iż nie dotyczy on załączników „(bez załączników)”. Nikt więc : ani Asseco, ani KIO, ani Sąd nie podważają uprawnień Comarch do obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa szczególnie wrażliwych danych tego podmiotu, jednakże w realiach niniejszej sprawy to zastrzeżenie dokonane przez Comarch (i błędnie zaakceptowane przez ZUS) znacznie wykraczało ponad ustawowe granice z art. 8 sPzp.

W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe ustalenia oraz treść podniesionego zarzutu odwołania wniosek o odrzucenie odwołania z dnia 13 lutego 2022 roku zawarty w piśmie procesowym Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie” z dnia 24 lutego 2022 roku, w zakresie zarzutu 4.1 jest w pełni uzasadniony.

W ocenie Izby, mając na uwadze treść odwołania w sprawie KIO 500/21 oraz wyrok i jego uzasadnienie w tamtej sprawie zasadnym jest odrzucenie odwołania w przedmiotowej sprawie odwoławczej na podstawie art. 528 pkt 4 i 5 ustawy.

Art. 528 Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) 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;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;

W zakresie podstawy odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 4 ustawy stwierdzić należy, że odwołanie zostało wniesione przez ten sam podmiot tj. Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie w zakresie tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co w sprawie sygn. akt KIO 500/21. W orzecznictwie które pozostaje aktualne na podstawie obowiązujących przepisów wskazuje się, że niezależnie od literalnego sformułowania zarzutów, kluczowa dla oceny zaistnienia tej przesłanki odrzucenia odwołania jest istota kwestionowanych czynności lub zaniechań zamawiającego i nie zmienia, nie tworzy nowego zarzutu jedynie kolejne, nowe sformułowanie zarzutów, a w rzeczywistości odnoszące się do tych samych okoliczności, które były kwestionowane w poprzednim odwołaniu (tak np.: Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2016 roku sygn. akt KIO 1863/16; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 610/17; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2017 roku sygn. akt KIO 230/17). Wymieniona w art. 528 pkt 5 przesłanka odrzucenia odwołania aktualizuje się w sytuacji, gdy zamawiający wykonał nakazane czynności zgodnie z zapadłym wyrokiem, bądź postąpił zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Hipoteza normy z ww. przepisu obejmuje czynności wykonane przez Zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym, a w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości i umorzenia postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu ze strony uczestnika postępowania odwoławczego, odpowiadających żądaniu zawartemu w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu. Jeżeli czynność Zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, wykonawca nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Przepis ten stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie. Wymaga wskazania, że przepisy ustawy Pzp przewidują korzystanie przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej w trybie instancyjnym. Jeżeli czynność Zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, prawidłowość tej czynności może zostać podważona wyłącznie w drodze wniesienia skargi na to orzeczenie do sądu przez któregokolwiek z uczestników postępowania odwoławczego. Wyłącznie sądowi działającemu jako instancja odwoławcza przysługuje kognicja do orzekania co do istoty sprawy dotyczącej kwestionowania czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z orzeczeniem Izby (tak Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2017 roku sygn. akt KIO 451/17).

Dodać należy, że zgodnie z art. 579 ust. 1 ustawy na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Oznacza to, że

stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego przysługiwała skarga na orzeczenie wydane przez Izbę.

W ocenie Izby Odwołujący powołał się na te same okoliczności w zakresie podniesionego zarzutu, które już zostały rozpoznane przez skład orzekający w sprawie sygn. akt KIO 500/21, co aktualizuje przesłankę odrzucenia z art. 528 pkt 4 ustawy. Wymaga bowiem jednoznaczne podkreślenia, że w ramach tego orzeczenia Izba w sposób jednoznaczny wskazała w sentencji wyroku (punkt 3), że uznała „za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w następujących dokumentach (a) wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie dotyczących ceny ofertowej z dnia 16 grudnia 2020 r. (bez załączników).” Izba orzekła zatem również o załącznikach do złożonych wyjaśnień i jednoznacznie zaznaczyła, że nie będą one podlegały ujawnieniu. Niedopuszczalnym jest zatem orzekanie w tym miejscu na temat okoliczności jakie stanowiły już przedmiot orzeczenia Izby. Niedopuszczalne również jest na tym etapie jakiegokolwiek dokonywanie wykładni orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 500/21 i wyprowadzenie z niego wniosków jakie są niezgodne z treścią samej sentencji tego orzeczenia. Izba w sposób jednoznaczny i precyzyjny podała jaki jest zakres udostępnienia tj. *wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie dotyczących ceny ofertowej z dnia 16 grudnia 2020 r* oraz co nie podlega temu udostępnieniu tj. *(bez załączników)*. Izba w sentencji orzeczenia co do merytorycznego zakresu rozpoznania zarzutów odwołania wyrzeka o tym co było poddane ocenie w ramach tych zarzutów, tym samym w orzeczeniu merytorycznym nie mogą i nie są zawierane informacje na temat elementów nie poddawanych ocenie merytorycznej (np. zarzutów wycofanych czy też ograniczonych w jakimś stopniu). Odwołującemu w sprawie KIO 500/21 przysługiwała skarga na to orzeczenie o ile się z nim nie zgadzał, natomiast w przedmiotowym przypadku, choć Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie złożyło skargę (sygn. akt XXIII Zs 61/21 „*dotyczyła pkt 1 wyroku KIO (oraz w konsekwencji też kosztów postępowania) i została złożona w z związku z odrzuceniem przez KIO zarzutu nr 1 odwołania Asseco.*”) nie obejmowała ona swoim zakresem wyroku Izby w zakresie rozpoznania zarzutu 4.

W ocenie Izby zasadna jest również podstawa odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 5 ustawy, bowiem Zamawiający w dniu 8 października 2021 roku wykonał wyrok Izby utrzymany wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 1 października 2021 roku sygn. akt XXIII Zs 53/21 (wydany w połączonych do rozpoznania sprawach pod sygn. akt XXIII Zs 53/21 i sygn. akt XXIII Zs 61/21) z odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch

Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, w którym to wyroku Sąd Okręgowy skargę oddalił.

II.

W pozostałym zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów (poza zarzutem 4.1) Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 lutego 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 2 lutego 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 24 lutego 2022 roku „Odpowiedź na odwołanie”, gdzie Zamawiający uwzględnił zarzut 1.2 i 1.3 oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W sprawie został wniesiony sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów podniesionych w odwołaniu, co zostało wniesione do protokołu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie,

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z **dnia 2 lutego 2022 r.** powiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie. Pismem z dnia 2 lutego 2022 roku została również przekazana informacja o podstawach wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie.

Izba ustaliła, że Odwołujący zgodnie z treścią swojego odwołania posiadał wiedzę w tym zakresie, podał on bowiem, że: *Odwołujący ma świadomość, że na dzień wnoszenia niniejszego odwołania Comarch jest wykonawcą wykluczonym z postępowania. Niemniej jednak Odwołujący uważa, że istnieje szereg innych okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być podstawą wykluczenia Konsorcjum Comarch i odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch – a które zostały pominięte przez Zamawiającego. Mając ponadto na uwadze fakt, że Konsorcjum Comarch może wnieść odwołanie od czynności z dnia 2 lutego 2022 roku – Asseco działając z daleko idącej ostrożności procesowej wnosi niniejsze odwołanie.*

Izba ustaliła również, że w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wnoszone były już wielokrotnie odwołania, w tym w sprawie pod sygnaturą akt KIO 498/21, która to sprawa odwoławcza została rozpoznana w wyroku z dnia 26 marca 2021 roku w połączonych sprawach sygn. akt KIO 306/21 i KIO 498/21.

W tym orzeczeniu w sprawie KIO 498/21 z odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie Izba orzekła oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wyroku podano:

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący Comarch nie wykazał przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Ustalono, że 4 lutego 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego Comarch o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, zaś oferta przystępującego Asseco została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą odwołującego Comarch. W odwołaniu z dnia 15 lutego 2021 r. wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 498/21 odwołujący Comarch domagał

się unieważnienia czynności wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownej oceny ofert, skorygowania punktacji mu przyznanej przez dodanie punktu za jedno z zadań testowych i dokonania ponownego wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając swoją legitymację do wniesienia odwołania odwołujący Comarch wskazał na str. 2-3 odwołania, że uzyskana przez Odwołującego łączna punktacja w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert, co prawda pozwoliła Odwołującemu zająć pierwsze miejsce w rankingu ofert, lecz została nieśluszenie zaniżona poprzez nieprzyznanie punktu za zadanie, objęte zarzutem odwołania. Z uwagi na fakt, iż termin na wniesienie odwołania od czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego nie upłynął, ocena ta nie jest jeszcze ostateczna i może ulec zmianie. Pomimo, że Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, może bowiem dojść do sytuacji, w której drugi z wykonawców biorących udział w postępowaniu – Asseco Poland S.A., którego ofertę sklasyfikowano na drugiej pozycji w rankingu ofert, wnieś odwołanie na wynik oceny ofert, w tym na wynik oceny oferty Odwołującego w kryterium „Test kompetencji technicznych”, w efekcie czego może dojść do obniżenia oceny punktowej przyznanej pierwotnie w tym kryterium Odwołującemu i w konsekwencji wykonawca ten wyprzedzi Odwołującego w rankingu, a Odwołujący nie uzyska zamówienia. W tej sytuacji w interesie Odwołującego leży – pomimo tego, że aktualnie jest on Wykonawcom wybranym – uzyskanie wszystkich punktów w ww. kryterium, które zgodnie z SIWZ powinny być mu przyznane, a przyznane mu nie zostały – w celu do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium „Test kompetencji technicznych”.

Jak wskazał odwołujący Comarch, możliwości poniesienia szkody polegającej na utracie zamówienia publicznego upatrywał w ewentualnym wniesieniu i hipotetycznym uwzględnieniu odwołania na wybór jego własnej oferty jako najkorzystniejszej złożonego przez przystępującego Asseco. A więc to nie zarzucane zamawiającemu w odwołaniu naruszenia ustawy Pzp pozostawały w związku ze szkodą polegającą na utracie zamówienia publicznego grożącą odwołującemu Comarch, ale działania innego wykonawcy, sklasyfikowanego na drugim miejscu, który wniósłby ewentualne skuteczne odwołanie wobec czynności wyboru oferty odwołującego Comarch jako najkorzystniejszej.

Uszło uwadze odwołującego Comarch, że środkiem prawnym służącym wykonawcy do obrony przed odwołaniem innego wykonawcy jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, o którym mowa w art. 525 ustawy NPzp. Wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez innego wykonawcę po stronie zamawiającego i w postępowaniu odwoławczym jako uczestnik postępowania bronić swej oferty z którego to prawa zresztą odwołujący Comarch skorzystał, przystępując do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 306/21 i KIO 500/21.

Wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu złożył odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy NPzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Ponadto przyjęcie tego poglądu niejako zmuszałoby każdorazowego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do składania odwołań wobec oceny ofert sklasyfikowanych na miejscach dalszych niejako z ostrożności, pod rygorem uznania ewentualnego późniejszego odwołania, składanego wobec nowej czynności wyboru oferty innego wykonawcy, jako spóźnionego. Takiej praktyki nie da się pogodzić z zasadą ekonomiki postępowania odwoławczego, racjonalności systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej.

Zdaniem Izby, dopiero w sytuacji gdyby w wyniku ewentualnej, powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta odwołującego Comarch utraciła status najkorzystniejszej, odwołującemu Comarch przysługiwać będzie legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż będzie mógł powoływać się na grożącą mu realnie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Skutkiem stwierdzenia braku legitymacji odwołującego Comarch do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, jest konieczność oddalenia odwołania, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W tym zakresie podzielono stanowisko wyrażane już wcześniej w orzecznictwie Izby (por. przykładowo wyrok KIO sygn. akt 1374/19, wyrok KIO sygn. akt KIO 737/16, KIO 739/16, wyrok KIO 183/16, wyrok KIO sygn. akt: KIO 245/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 305/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 2777/13, wyrok KIO sygn. akt KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, wyrok KIO sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/12, wyrok KIO sygn. akt KIO 1256/20 i KIO 1260/20).

Stanowisko to jest prezentowane także w orzecznictwie sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzecznictwem Izby. Jak wskazał Sad Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejsza, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uzupełniająco wskazać należy, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku powtórnej oceny ofert, nie ma podstaw, aby jego odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, gdyż o zaniechaniu odrzucenia oferty C. wiedział już uprzednio. Przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego czy wykonawca, który nawet powziął informację o okolicznościach mogących stanowić o odstawę wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 pzp. Odwołanie nie może zostać uznane za spóźnione, jeżeli uprzednio wykonawca nie był legitymowany do jego wniesienia, choćby z uwagi na brak po jego stronie szkody, gdyż jego oferta była wtedy uznana za najkorzystniejszą. W przypadku A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, szkoda ta realnie wystąpi dopiero jeżeli w wyniku powtórzonych czynności wybrana zostanie oferta C".

Izba zważyła:

Izba ustaliła, Odwołujący nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Odwołujący w uzasadnieniu posiadania interesu we wniesieniu odwołania podaje, że ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający zaniechał istotnych czynności z naruszeniem przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia. Zamawiający wykluczył Konsorcjum Comarch z postępowania, jednakże nie na podstawie wszystkich okoliczności faktycznych. Ponadto Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch.

Konsorcjum Comarch może wnieść odwołanie od czynności wykluczenia z dnia 2 lutego 2022 roku i czynność ta może zostać unieważniona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. Z kolei termin na wniesienie odwołania na zaniechania Zamawiającego mija w dniu 14 lutego 2022 roku i Odwołujący nie mógłby później podnosić zarzutów objętych niniejszym odwołaniem.

Izba dostrzega natomiast, że Odwołujący skrupulatnie pomija fakt, że jego oferta została sklasyfikowana na pierwszej pozycji oraz że została wybrana przez Zamawiającego w dniu 2 lutego 2022 roku, co wynika wprost z pisma datowanego na ten dzień.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych, dokonał ponownego badania i oceny ofert. W wyniku dokonanej oceny Zakład Ubezpieczeń Społecznych na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp”, informuje, że w ww. Postępowaniu wybrał ofertę najkorzystniejszą i zgodnie z ww. regulacją prawną przedstawia następujące informacje:

1. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z uzasadnieniem jej wyboru:

Wybrano ofertę nr 2 złożoną przez Wykonawcę:

Asseco Poland S.A.

ul. Olchowa 14

35-322 Rzeszów

Z ceną brutto (z podatkiem VAT) – 288 930 858,44 zł

Oferta najkorzystniejsza jest zgodna z ustawą Pzp oraz Specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Oferta otrzymała najwyższą liczbę punktów spośród ofert nie odrzuconych – 89,00 pkt w kryteriach oceny ofert:

(...)

Jednocześnie w tym samym piśmie Zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie:

4. Informacja o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i Wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z Postępowania Wykluczono Wykonawcę Konsorcjum Comarch

Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków i Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków.

Izba mając na uwadze całość okoliczności w przedmiotowej sprawie objętych tym odwołaniem stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał legitymacji do wnoszenia odwołania. Ugruntowanym w orzecznictwie Izby jest, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej aktualizuje się w chwili, gdy wykonawca składający odwołania jest faktycznie zagrożony co do swojej pozycji, a nie w przypadku gdy jego oferta została w postępowaniu wybrana. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy odwoławczej Odwołujący nie był w stanie wykazać obligatoryjnej przesłanki poniesienia szkody, bowiem jest on wykonawcą zwycięskim, wybranym przez Zamawiającego, co też zostało Odwołującemu jasno przedstawione w piśmie z dnia 2 lutego 2022 roku. Odwołujący jednakże pomija ten fakt w swoim stanowisku uzasadniającym wypełnienie obligatoryjnych przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy, które warunkują skuteczność wniesienia i możliwość rozpoznania odwołania.

Izba podkreśla, że obowiązek wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy został wprowadzony do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych wraz z jedną z kolejnych nowelizacji tejże ustawy dokonaną dnia 2 grudnia 2009 roku, na mocy ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. nr 223 poz.1778) która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 roku. Na mocy tej nowelizacji ustawodawca przyznał prawo do skutecznego wniesienia *środków ochrony prawnej określonych w dziale VI ustawy wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy*. Zmiany jakie zostały wprowadzone miały na celu w zakresie środków ochrony prawnej, między innymi, implementację do prawa krajowego postanowień dyrektywy 200/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/WEG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (DzUrz UE L 335 z 20 grudnia 2007 roku). W wyniku tej zmiany wykonawca składając odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej winien był wykazać, że *posiada lub posiadał interesu w uzyskaniu zamówienia*, jak również przepisy znowelizowanej ustawy wprowadziły konieczność wykazania przez wykonawcę, że *poniósł lub może podnieść szkodę w wyniku naruszeń przepisów ustawy*. Powyższe regulacje prawne znajdują swoją szeroką wykładnię w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz są niezmiennie od 2010 roku, gdy zaczęły obowiązywać w porządku prawnym zamówień publicznych. W ocenie Izby dopuszczenie w ramach postępowania odwoławczego do korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została uznana

za najkorzystniejszą w danym postępowaniu i wybrana, i podnoszenie zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferta została w ramach czynności zamawiającego odrzucona z postępowania (lub jest mniej korzystna) jest sprzeczne z ratio legis przepisu art. 505 ust. 1 ustawy. W zasadzie uznanie zasadności takiego odwołania jak w przedmiotowej sprawie prowadziłyby w efekcie do wypaczenia regulacji ww. przepisu. Przesłankę szkody bada się na dzień wnoszenia odwołania w odniesieniu do czynności Zamawiającego jakie zostały upublicznione. Przesłanka szkody, w rozumieniu tego przepisu nie może być rozpatrywana jako okoliczność hipotetyczna, jaka może zaistnieć dopiero w wyniku kolejnych następnych działań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby chcieć rozumieć przesłankę szkody w sposób jaki stara się to forować Odwołujący, to w zasadzie regulacja art. 505 ust. 1 w tej części byłaby „martwa” i zbyteczna. Tak też prowadziłyby to do nieracjonalności postępowania odwoławczego. Tym samym jest to nie do pogodzenia z racjonalnością systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej. Wprowadzone regulacje w roku 2010 określiły zakres legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej oraz tym samym jednoznacznie zakreślając jakie przesłanki muszą zostać w postępowaniu wykazane aby można było odwołanie uznać za skutecznie wniesione. Odwoływanie się przez Zamawiającego na rozprawie do zasady koncentracji w ramach środków ochrony prawnej nie może być postrzegane jako niezauważanie braku legitymacji Odwołującego do skutecznego wniesienia odwołania. Bowiernie zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej wykonawcy powinni dokonywać określonych czynności (składać odwołania), a których dokonanie jest możliwe na danym etapie i mieści się w granicach art. 505 ust. 1 ustawy. Tym samym stanowiska Zamawiającego co do rozpoznania odwołania, mimo braku legitymacji do jego wniesienia, które dyktowane jest chęcią zakończenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za nieprawidłowe. Wymaga podkreślenia, że szkoda o jakiej mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nierozzerwalnie związana jest z możliwością uzyskania danego zamówienia, a skoro Odwołujący został wybrany w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to po jego stronie taka szkoda na dzień wniesienia odwołania nie występuje. W ocenie Izby w odniesieniu do przesłanki poniesienia szkody lub jej możliwości Odwołujący nie przedstawił stosownego uzasadnienia. Odnoszenie do hipotetycznych, przyszłych zdarzeń nie stanowi uzasadnienia poniesienia szkody bądź możliwości jej poniesienia w wyniku czynności Zamawiającego z dnia 2 lutego 2022 roku, zgodnie z którą Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą tj. ofertę Odwołującego. Co do ewentualnego odwołania wykonawcy, którego oferta została odrzucona w postępowaniu i wniesienia przez niego odwołania to po stronie Odwołującego pozostaje prawo wniesienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego i w tym zakresie popierania stanowiska Zamawiającego i prezentowania argumentacji.

Izba w całej rozciągłości popiera stanowisko zaprezentowane w orzeczeniu z dnia 26 marca 2021 roku w połączonych sprawach sygn. akt KIO 306/21 i KIO 498/21, w zakresie rozpoznania sprawy sygn. akt KIO 498/21 i przyjmuje za własne wraz z przytoczonym tam orzecznictwem.

W okolicznościach tej sprawy Izba powołuje wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 roku sygn. akt IX Ga 44/08, który mimo wydania w obowiązującym wtedy stanie prawnym pozostaje aktualny również obecnie – co potwierdzają odwołania do tego orzeczenia – a który w sposób jednoznaczny potwierdza, że przesłanki materialnoprawne dopuszczenia odwołania muszą być wykazane w odwołaniu. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych uzasadnia oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania – w tym przypadku w ogóle brak podania – przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania uzasadnia niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego odwołania. Potwierdza to również wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 października 2008 roku sygn. akt XII Ga 308/08 wskazujący na konieczność w pierwszej kolejności oceny przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności wniesienia odwołania (skargi) aby uznać, że w konkretnej sprawie określonego podmiotowi wnoszącemu środek ochrony prawnej w ogóle przysługuje (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2020 roku sygn. akt KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20).

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie zarzutu 4.1 podlegało odrzuceniu, a w zakresie pozostałym okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 i 2 pkt 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....