

WYROK
z dnia 21 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 17 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach**

przy udziale wykonawcy **Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 15/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Gryficach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie przeglądów technicznych aparatury wykorzystywanej w diagnostyce obrazowej w SPZZOZ w Gryficach” nr sprawy 72-188, Pakiet nr 2 – Świadczenie usług serwisowych: rezonans magnetyczny GE Signa Exite 1,5 T s/n: R7971. Wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwot ustalonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) wniósł dnia 7 stycznia 2019 r. odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Pakiecie Nr 2:

1. Na czynność podjętą przez zamawiającego 2 stycznia 2019 r. polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie;
2. Na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Althea Polska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 uPzp jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. Na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Althea na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 uPzp z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści siwz;
4. Na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Althea na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 3 uPzp wobec faktu, iż oferta jest niezgodna z ustawą;
5. Na zaniechanie czynności wykluczenia Althea na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 uPzp, z uwagi na złożenie oferty czym wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd oświadczając, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;
6. Na zaniechanie czynności wykluczenia Althea na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 uPzp, z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd udzielając wyjaśnień co do zaoferowanej ceny i przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

- wskazując jednocześnie w ślad za utrwalonym orzecznictwem, że pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania /oferty niepodlegającej odrzuceniu (Wyrok KIO 1077/17).

Zaskarżonym czynnościom zarzuca naruszenie:

1. art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 uPzp przez ich niezastosowanie i naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz legalizmu, przez wybór oferty wykonawcy Althea Polska, co w konsekwencji prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
2. art. 8 uPzp przez jego niezastosowanie i tym samym naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
3. art. 8 uPzp w związku z art. 33 ust 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U.2017.2077) (lub „Uofp”) przez jego niezastosowanie i utajnienie przez Zamawiającego informacji jawnych, niezgodnie z przepisami ustawy,

4.art. 8 ust 1 i 3 uPzp w zw. z art. 11 ust 2 i 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uoznk”) w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 uPzp przez ich niewłaściwe zastosowanie naruszając zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegające na zaniechaniu odtajnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Althea w trybie art 90 ust 1 uPzp, pomimo iż ten, wbrew obowiązkom ustawy, nie wykazał łącznego wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust 4 Uoznk,

5.art. 89 ust 1 pkt 1 w zw. z art 8 ust 3 uPzp w zw.z art. 11 ust 2 i 4 Uoznk przez jego niezastosowanie oraz wybór oferty mimo zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niezgodnie z ustawą,

6.art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust 2 i 4 Uoznk i z art. 86 ust. 4 w związku z art 90 ust 1 uPzp przez ich niewłaściwe zastosowanie i jako przyczynę utajnienia wyjaśnień wykonawcy wskazanie kwestii kalkulacji ceny,

7.art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1w zw. z art. 90 ust. 3 uPzp, przez ich niezastosowanie i dokonanie wyboru oferty, która zawierała cenę rażąco niską,

8.art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust 1 i 2 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 uPzp, przez jego niewłaściwe zastosowanie, skutkiem czego Zamawiający dokonał wyboru oferty, która zawierała cenę rażąco niską, a wykonawca Althea Polska kalkulując ofertę nie dokonał należytego wyjaśnienia istotnych elementów oferty, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy,

9.art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 pzp przez uznanie, iż wyjaśnienia Althea dotyczące ceny rażąco niskiej są wyczerpujące, w sytuacji gdy złożona w postępowaniu przez Althea oferta cenowa przeczy zasadom logiki i doświadczenia życiowego oraz dobrym praktykom kupieckim, a wykonawca nie mógł udowodnić okoliczności mających wpływ na zaoferowaną cenę w okolicznościach w których treść oferty zawierała rażąco niską cenę;

10.art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 przez uznanie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 uPzp przez wykonawcę Althea za wyczerpujące i przekonujące w zakresie braku zastosowania przez tego wykonawcę "rażąco niskiej ceny", a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca swoimi wyjaśnieniami nie pozbawił lub nie mógł pozbawić jej przymiotu "rażąco niskiej" przy jednoczesnym utajnieniu treści wyjaśnień,

11.art. 89 ust. 1 pkt 3 uPzp w zw. z art. 3 ust 1 Uoznk przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej! konkurencji, z uwagi na zaoferowanie przez Althea ceny nieproporcjonalnej do zakresu przedmiotu zamówienia przez nieuwzględnienie kosztów wszystkich elementów przedmiotu zamówienia;

ewentualnie

12.art. 89 ust. 1 pkt 2 uPzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Althea Polska mimo tego, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ,

13.art. 89 ust 1 pkt 2 w związku z art. 30 ust. 4 w związku z art. 30 ust. 5 uPzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Althea, mimo, że wykonawca zaproponował rozwiązanie równoważne (certyfikat), bez wykazania jaki certyfikat posiada i czy tenże certyfikat spełnia warunek równoważności,

14.art. 89 ust. 1 pkt 2 uPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Althea , podczas gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na to, iż Althea nie wykazała iż dysponuje zdolnościami technicznymi niezbędnymi do należytej realizacji zamówienia,

15.art. 7 ust. 1 i 3 uPzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; skutkujący wyborem jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy, nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia;

16.art. 24 ust. 1 pkt. 17 przez jego niezastosowanie z uwagi na to, że Althea Polska wprowadziła Zamawiającego w błąd udzielając wyjaśnień co do zaoferowanej ceny i przedstawił informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego, mogący mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

17.art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 w zw. z art. 22a uPzp, przez jego niezastosowanie w sytuacji gdy Wykonawca Althea Polska wprowadziła Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz.

Wniósł o:

Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 2 stycznia 2019 r.;

Nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert, po uprzednim ujawnieniu dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, które zostały zastrzeżone przez Wykonawcę wbrew przepisom ustawy,

Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy Althea Polska sp. z o.o.;

Ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wykluczenia oferty Wykonawcy Althea Polska sp. z o.o.;

Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu;

Przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w dalszej części odwołania,

Uzasadnienie

I. Zarzuty dotyczące naruszenia zasady jawności postępowania i równego traktowania wykonawców

Zarzuty naruszenia zasady jawności oraz równego traktowania (art. 7 i 8 uPzp) oparte są o naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada równego traktowania wykonawców, zabraniająca Zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu. Zgodnie zaś z wyrażoną w art. 7 ust. 3 uPzp zasadą legalizmu, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Tym samym, norma ta znajduje zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności

z naruszeniem przepisu Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne, z jakich Odwołujący swoje zarzuty wywodzi (wskazane w dalszej części pisma), nie ulega wątpliwości, że winne one zostać uwzględnione, albowiem Zamawiający z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych wybrał ofertę wykonawcy Althea Polska sp. z o.o.

Powyższe zasady należy powiązać z art. 8 ust. 1 pzp. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Zasada jawności postępowania ma bowiem charakter fundamentalny (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), którą to zasadę zamówień wzmacniają jeszcze regulacje dotyczące dostępu do informacji publicznej - w rozumieniu ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2016 r. poz. 1764 ze zm.). Stanowisko takie jest już powszechnie przyjęte w orzecznictwie i doktrynie:

„Przepisy art. 8 pzp z jednej strony mają zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. Z drugiej zaś ich celem jest ochrona słuszych interesów wykonawców z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa, a po nowelizacji z 22.06.2016 r. także poufnych danych dotyczących zamawiającego. (Skubiszak-Kalinowska L, Wiktorowska E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W-wa 2017, Lex).

Określona informacja stanowi więc tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki (art. 11 ust. 4 znku): ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca, składając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien więc wykazać, że każda z wymienionych przesłanek jest spełniona względem każdej zastrzeganej informacji.

Zasada jawności ma na celu zapewnienie każdemu zainteresowanemu dostępu do informacji / dokumentów dotyczących prowadzonego postępowania. Jest ona jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowania i tylko przepisy ustawy mogą tę jawność ograniczyć bądź wyłączyć.

Już sam fakt utajnienia przez Zamawiającego nie tylko wyjaśnienia wykonawcy Althea Polska sp. z o.o., ale również uzasadnienia zastrzeżenia tejże tajemnicy przez wykonawcę stanowi w ocenie Odwołującego naruszenie przepisu ustawy.

Odnosząc się do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wskazać trzeba, że Zamawiający pozbawił Odwołującego nawet prawa do kwestionowania uzasadnienia Wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. co do zasadności zastrzeżenia. Niemniej jednak mając na uwadze treść cytowanego wyżej twierdzenia Zamawiającego, jakoby wyjaśnienia winny zostać utajnione ze względu na to, że zawierają kalkulację ceny są już same w sobie sprzeczne z art. 86 ust. 4 i art. 90 uPzp. Gdyby bowiem ustawodawca stał na stanowisku iż wyjaśnienia ceny rażąco niskiej zawsze powinny być utajnione w całości dałby temu wyraz w treści cytowanych przepisów.

Następnie analizie należy poddać następujące zagadnienia:

1) Czy wykonawca Althea Polska sp. z o.o. wykazała łączne wystąpienie wszystkich trzech przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy znku?

Przypomnieć tutaj trzeba, że informacja może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Do obowiązków Zamawiającego należy zbadanie, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (uchwała SN z 21.10.2005 r., III CZP 74/05). Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, obciąża wykonawcę zastrzegającego informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Dane rynkowe oraz znajomość konkurencji wyniesione również z podobnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwalają uznać, aby wykonawca Althea Polska posiadała jakiegokolwiek rozwiązania techniczne i technologiczne, które miałyby charakter poufny. Nadto nie wskazano aby informacje te miały dla Zamawiającego wartość gospodarczą. Nie wskazano również, mając na względzie treść wiadomości Zamawiającego, aby podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Jesteśmy przekonani na gruncie postępowań prowadzonych w podobnych sprawach, iż Althea Polska sp. z o.o. nie była w stanie podać przekonujących dowodów potwierdzających zasady kształtowania ich cen i Izba konsekwentnie uznawała je za lakoniczne i niewyczerpujące.

Wykonawca Althea Polska sp. z o.o. nie wykazał, iż informacje, które wykonawca ten zastrzegł "nie zostały wcześniej upublicznione", choćby już przez możliwość legalnego do nich dostępu. Nie mogą stanowić "tajemnicy przedsiębiorstwa" informacje, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej drodze. Tymczasem, w ocenie Althea Polska sp. z o.o., tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje, które w innych postępowaniach o zamówienie publiczne wykonawca zobowiązany jest wskazać, a więc upublicznić.

Co więcej w sprawie KIO 2046/18 toczących się z udziałem Odwołującego i Wykonawcy Althea Izba uznała, iż wyjaśnienia Althea nie uzasadniały zastosowanej ceny rażąco niskiej.

Nadto cennik Althea Polska był dotychczas ujawniany w, innych postępowaniach, a Althea nie podnosiła dotychczas, aby cennik jako podstawa kalkulacji ceny winien być utajniany.

Dowód: Cennik Althea Polska sp z o.o.

Niezależnie od powyższego podstawy kalkulacji ceny w tym konkretnym postępowaniu były określone w treści oferty Wykonawcy Althea i w ocenie Odwołującego brak jest podstaw do uznania, aby jej sprecyzowanie miało stanowić tajemnicę przedsiębiorcy.

Te przesłanki wskazano w treści oferty - o czym szerzej w dalszej części pisma.

W ocenie Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do udzielonych wyjaśnień zmierza jedynie do tego, aby zwiększyć szansę Althea Polska sp. o.o. w uzyskaniu niniejszego zamówienia a nie wykazać się należyтым skalkulowaniem ceny.

2) Czy celem wykazania przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wykonawca Althea Polska sp. z o.o. przedłożył stosowne dowody by "uwiarygodnić" skuteczność zastrzeżenia "tajemnicą przedsiębiorstwa" zawartych w wyjaśnieniu informacji?

Zakładamy iż wykonawca Althea Polska sp. z o.o. nie przedstawił jednoznacznych i wyczerpujących dowodów potwierdzających skuteczność zastrzeżenia, co wskazujemy w dalszej części odwołania.

3) Czy wskazana została wartość gospodarcza, które posiadają dla wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. zastrzegane informacje i dającej wartość takową stanowią, a także czy przez ujawnienie informacji wykonawca Althea Polska sp. z o.o. poniósłby szkodę?

Informacja Zamawiającego, w której wskazano, że przyczyną utajnienia jest kalkulacja ceny dowodzi, iż wykonawca Althea Polska sp. z o.o. całkowicie pominął kwestię wyjaśnienia wartości gospodarczej tej konkretnej informacji.

Pewnym jest iż wykonawca nie wskazał, które z informacji zastrzega, co doprowadziło do tego, że Zamawiający utajnił całość informacji. Utajnieniu nie powinny podlegać dokumenty w całości, a wyłącznie ich kluczowe elementy, takie jak np. ceny z ofert stanowiących dowody w zakresie wyjaśnień, których wykonawca Althea zapewne nie przedstawił.

Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wytycznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej art. 8 ust 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji". Zastrzeżenie "tajemnicą przedsiębiorstwa" elementu taką ochroną nieobjętego lub zastrzeżonego nieskutecznie, niweczy czynność zastrzeżenia i nakłada na Zamawiającego obowiązek odtajnienia całych złożonych wyjaśnień.

Czynności, które miałyby być przedmiotem umowy polegają na świadczeniu usług, które trudno zakwalifikować jako objęte tylko i wyłącznie know-how Wykonawcy. Czynności te mają polegać na wykonywaniu min. przeglądów technicznych według zaleceń producenta, wykonywanie diagnostyki urządzenia oraz ewentualna wymiana części. Z tego względu brak jest czynności, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. To co zostało zapewne objęte tajemnicą przedsiębiorstwa jest cennik, który zawiera koszty wynagrodzenia osób, które miałyby wykonywać usługę. Cennik i kosztorys sam w sobie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem już wcześniej wykonawca udostępniał takie informacje, a to oznacza, iż nie czynił w tym zakresie żadnych działań mogących chronić takie informacje. Przy czym, jeżeli chodzi o kalkulację ceny to nie mieści się ona, w żadnym z warunków, o których mowa w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, bo:

- nie ma charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa i nie posiada wartości gospodarczej skoro zarobki w przedsiębiorstwach w obecnej dobie Internetu nie stanowią tajemnicy, są dyskutowane na formach internetowych, pracownicy w firmie mają dostęp do takich danych, jest to jeden z elementów dążenia do braku dyskryminacji w zakresie wynagradzania,

- został ujawniony do wiadomości publicznej chociażby na potrzeby innych postępowań,

- nie podjęto w stosunku do cennika realnych działań w celu zachowania poufności. Odwołujący podkreśla iż wykonawca zastrzegając informacje powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa przyjmuje na siebie ryzyko, iż zastrzeżenie jest niezgodne z zasadą jawności postępowania tj. art 8 pzp oraz art. 33 Uofp i godzi się na nie, mając przy tym świadomość iż niezgodność oferty z ustawą stanowi podstawę jej odrzucenia.

W postępowaniu odwoławczym Izba bada nie samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, a przedmiotem odwołania może być wyłącznie czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Rozstrzygnięcie sprawy wymaga więc ustalenia, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska. W tym względzie istotna jest zasada rozkładu ciężaru dowodu, o której mowa w art. 190 ust 1 a UPzp. Ma to tym większe w okolicznościach niniejszej sprawy znaczenie, że Zamawiający de facto pozbawił Odwołującego prawa do skutecznej obrony swych praw, pozostawiając Odwołującemu wyłącznie możliwość „domyślenia się” jakie okoliczności wykonawca wziął pod uwagę sporządzając kalkulację cenową oferty.

W niniejszym postępowaniu zastosowanie znajdą rozważania Izby zawarte w jednym z jej ostatnich wyroków, a mianowicie:

W orzecznictwie Izby sądów, a także w doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie w treści art. 90 ust 2 Pzp. Z momentem wezwania, na wezwany spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Złożone wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę. W zależności od stanu faktycznego danej sprawy, okoliczności, na jakich wykonawca opiera swoją argumentację w przedmiocie zaoferowanej ceny, składając wyjaśnienia wykonawca powinien rozważyć przedstawienie zamawiającemu stosownych dowodów, a o ocenie dostarczonych dowodów stanowi art. 90 ust 3 ustawy Pzp. (Wyrok KIO 2325/18).

(...) W ocenie Izby, zaoferowanie ceny stanowiącej mniej niż połowę szacunkowej wartości zamówienia powinno zostać uzasadnione przez wykonawcę nie budzącymi wątpliwości okolicznościami. Art. 90 ust. 1a Pzp daje wytyczną, że wątpliwości zamawiającego powinna wzbudzić cena niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. W ocenie Izby, poddana rzetelnej analizie powinna zostać cena skalkulowana poniżej połowy szacunków zamawiającego. Przy tym prawidłowość oszacowania zamówienia nie została przez wykonawców zakwestionowana.

Oferta Wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. stanowi ok. 1/6 kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia.

Już z uwagi na powyższe Zamawiający winien był dogłębnie przeanalizować ofertę Wykonawcy Althea Polska sp. z o.o.

Należy zwrócić uwagę, że wykonawca przystępując do kalkulacji ceny ofertowej tego typu zamówienia wzięły pod uwagę co najmniej koszty pracy wykonawcy.

Wskazać trzeba, że w zakresie Pakietu 2 już sama treść oferty wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. budzi istotne wątpliwości. Podstawy kalkulacji cenowej ceny ofertowej można odnaleźć na s. 7 oferty wykonawcy Althea Polska sp. z o.o..

Według cennika Wykonawcy podanego w innym postępowaniu, naprawa tomografu komputerowego w dni powszednie to koszt 290 zł netto, a w dni świąteczne 420 zł netto za rbg. W przypadku urządzeń rezonansu magnetycznego jest to już 340 zł netto za rbg w dni powszednie i 480 zł netto za naprawy w dni świąteczne. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie przewiduje żadnych limitów czasowych wykonywania usługi.

Dowód: Cennik Althea Polska sp. z o.o.

W tych okolicznościach podkreślić standardowy czas wykonywania jednego serwisu wynosi ok 4 h. Do tego w ramach kosztu pracy inżynierów serwisowych należy uwzględnić dojazd.

Wskazać przy tym trzeba, że odległość od Mikołowa - siedziby wykonawcy Althea do Gryfic wynosi wg google maps 663 km., czas przejazdu do 6 h 52 min. Oznacza to, że koszt pracy inżynierów Wykonawcy należałoby liczyć w następujący sposób: (7 h dojazdu w jedną stronę x 2 czas dojazdu w 2 strony) + 4 h pracy) x 340 zł koszt pracy netto wg cennika za 1h x 4 przeglądy w roku x 2 lata obowiązywania umowy = 48 960 zł netto x 1,23 = 60 220,8 zł

Do obliczeń przyjęto korzystniejszą dla wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. tj. za pracę w dni powszednie, a nie w święta.

Dodatkowo powyższy koszt nie obejmuje tzw. Kilometrówki czyli kosztu przejazdu serwisanta, który można obliczyć zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U.2002.27.271) i wynosi :

663 km trasa Mikołów - Gryfice x 2 przejazd w 2 strony x 4 przejazd na 4 usługi zalecane w ciągu roku x 2 czas trwania kontraktu x 0,8359 kilometrówka z rozporządzenia = 8 866,17 zł.

Jednocześnie do kosztów wskazanych powyżej należy dodać również koszty wyżywienia, noclegu i delegacji pracownika.

Jak wynika z powyższego nawet gdyby wziąć pod uwagę tylko kilometrówkę to de facto wyczerpuje ona wartość oferty wykonawcy i jest sprzeczna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Poza pobytem serwisanta na miejscu wykonawca Althea winien był również uwzględnić koszt funkcji umożliwiającej za pomocą aplikacji zainstalowanej na konsoli operatorskiej natychmiastowe wezwanie pracowników serwisu (rzekomo równoważne), w tym fakt, że zgłoszenie awarii sprzętu będzie wykonywane telefonicznie lub drogą elektroniczną przez 24 h na dobę, 7 dni w tygodniu.

Powyższe implikuje dedykowanie do realizacji zamówienia co najmniej 3 osób przy minimalnej stawce 13 zł 70 gr brutto za godzinę czyni to wyjaśnienia Wykonawcy niewiarygodnymi gdyż koszt takiej obsługi jest istotny.

Zgodnie z aktualnym stanem prawnym stawka minimalna za pracę wynosi 13 zł 70 gr. brutto za godzinę tj. ok 10 zł. netto za godzinę, co wynika wprost z przepisów wykonawczych do ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę z dnia 10 października 2002 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 847). Wobec powyższego, jeśli Althea Polska miałaby zrealizować przedmiot zamówienia w zgodzie z siwz, musiałby naruszyć obowiązujące przepisy prawa pracy.

Powyższe oznacza więc, że zastosowane przez wykonawcę Althea rozwiązania nie tylko prowadzą do uznania iż w okolicznościach niniejszej sprawy dochodzi do zaoferowania przez tegoż wykonawcę ceny rażąco niskiej, ale również, że oferta tego wykonawcy winna być odrzucona również ze względu na to, że oferta tego wykonawcy prowadzi do naruszenia przepisów Kodeksu pracy.

W ocenie Odwołującego, niezależnie od okoliczności wskazanych powyżej, wskazać trzeba, że oferta wykonawcy Althea Polska sp. z o.o. winna zostać odrzucona ze względu na to, że nie spełnia warunków wskazanych w SIWZ.

Zamawiający wymagał posiadania systemu zdalnej diagnostyki, który spełnia międzynarodową normę standaryzującą system zarządzania bezpieczeństwem informacji ISO/IEC 27001:2013. System taki posiada również Zamawiający.

Dowód: Certyfikat ISO/IEC 27001:2013 na stronie internetowej Szpitala [www. Medicam .pl/index.Dhp/pl/certvifikatv/320-certvifikat-svstemu-zarzadzania-bezpieczenstwem-informacji](http://www.Medicam.pl/index.Dhp/pl/certvifikatv/320-certvifikat-svstemu-zarzadzania-bezpieczenstwem-informacji)

Wykonawca Althea Polska nie przedstawił dowodów potwierdzających iż taki certyfikat posiada, a nawet jeśli zgodnie z odpowiedzią z 17 grudnia 2018 r. na pytania wykonawców, Zamawiający dopuścił w tym zakresie rozwiązania równoważne, to i tak wykonawca Althea nie udowodnił iż posiada certyfikaty równoważne i nie określił w jaki sposób został spełniony w odniesieniu do tego certyfikatu warunek równoważności zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp. W tym względzie wskazać trzeba, że wykonawca w treści oferty nie wskazał w jaki sposób spełnia warunek równoważności oraz jaki certyfikat równoważny oferuje. Wskazać przy tym trzeba, że zgodnie z aktualnym orzecznictwem:

Aby uznać, że dany wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne do opisanych, musiałby to w sposób wyraźny zadeklarować w ofercie podając konkretnie, jaki produkt lub produkty oferuje w zamian za jaki produkt/produkty. W braku wykazu towarów (materiałów i urządzeń równoważnych) oraz opisu rozwiązań równoważnych w żaden sposób nie można więc uznać, że wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne, nawet jeśli miałby taki zamiar. Dokumentów tych przy ich braku nie można bowiem uzupełnić - stanowią one ścisłą treść oferty i takie działanie prowadziłoby do zmiany oferty (zmiana oferowanych produktów referencyjnych na równoważne). (Wyrok KIO 2447/16).

Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany

wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W związku z powyższym oczywiste jest, że skoro wykonawca decyduje się na zaoferowanie rozwiązania równoważnego, to w braku odmiennych postanowień SIWZ, ma on obowiązek wykazania równoważności już na etapie składania oferty, a nie na etapie późniejszym (podpisania umowy czy wykonania zamówienia). (Wyrok KIO 524/18).

Następnie zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie do SIWZ z 10 grudnia 2018 r. Zamawiający wymagał przedłożenia umowy licencyjnej uprawniającej do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia, wraz z informacją o terminie obowiązywania umowy. Odwołujący nie posiada wiedzy czy taka umowa została przedstawiona, a wskazać trzeba, że wpływa ona na wysokość ceny. Tylko wykorzystywanie legalnego oprogramowania serwisowego pozwala na rzetelną ocenę obu ofert i wszystkich czynników generujących koszty przy wykonywaniu zamówienia.

W treści odpowiedzi Zamawiającego na pytanie do SIWZ z dnia 10 grudnia 2018 r. Zamawiający sprecyzował dalej, iż wymagał przedstawienia umowy licencyjnej uprawniającej do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy (instrukcje serwisowe, procedury i zakres czynności). Brak jest informacji w treści udostępnionych Odwołującemu informacji aby Wykonawca Althea Polska sp. z o.o. przedstawił źródła pochodzenia tych dokumentów oraz czy w ogóle jest w ich posiadaniu.

Konkludując powyższe wskazać trzeba, że Wykonawca Althea Polska sp. z o.o. złożył ofertę niezgodną z SIWZ i wobec czego winna być ona odrzucona.

Wykonawca nadużył przysługujących mu uprawnień i zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa informacje, które takiego waloru nie mają powodując, że oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodna z ustawą, czyli art. 8 ust. 3 Pzp. Wynika to, z brzmienia przepisów czyli po stronie Wykonawcy leży uprawnienie do decydowania o tym co faktycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający jest zatem władny badać i wyjaśniać zastrzeżone informacje (art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4), a także oceniać ofertę pod kątem jej zgodności z Pzp. W przypadku niezgodności taka oferta podlega odrzuceniu w myśl art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Wykonawca ma możliwość odwołania się.

Taki tryb postępowania wynika wprost z przepisów i w wystarczający sposób chroni wszystkich uczestników postępowania, a przede wszystkim zapobiega pochopnemu nadużywaniu instytucji ochrony informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W toku rozprawy strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska.

Odwołujący poparł zarzuty i żądania przedstawione w odwołaniu i podkreślił, że w toku postępowania naruszono zasady postępowania, w szczególności zasadę równości wykonawców i zasadę jawności, tj. art. 7 i 8 ustawy pzp. Przypomnił, że otrzymał od Zamawiającego informacje o ofercie przystępującego bez ujawniania wyjaśnień dotyczących ceny oferty konkurenta i jej kalkulacji. Wskazał na obowiązki Zamawiającego badania ceny oferty i poglądy doktryny oraz orzecznictwo co do skutków stwierdzenia, że cena jest rażąco niska. Zauważył, że w innych analogicznych postępowaniach Przystępujący ujawniał stosowane przez siebie cenniki usług. Złożył na potwierdzenie plik dokumentów wskazując w szczególności na postępowanie prowadzone przez Szpital Kliniczny nr 1 PUM w Szczecinie. Dodatkowo wskazał na brak informacji co do prowadzenia przez wykonawcę polityki bezpieczeństwa. Przypomnił, że cena oferty to 1/6 wartości zamówienia i ocenił, że sam koszt dojazdu przy realizacji usługi wyczerpywałby kwotę oferty. Podtrzymał pozostałe zarzuty wskazujące na podstawy odrzucenia oferty i wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Przypomnił, że oszacowanie Zamawiającego wskazuje na kwotę 6-krotnie wyższą od ceny oferty wybranej. Podkreślił bezskuteczność zastrzeżeń tajemnicy składanych po terminie na złożenie oferty oraz wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego. Bez wątplenia niedopuszczalne jest składanie takich wyjaśnień po dokonaniu wyboru oferty. Zauważył nieracjonalność czynności, którą zastrzega się tajemnicę przedsiębiorstwa przy przedmiocie zamówienia rzędu kilkudziesięciu tysięcy zł przy jednoczesnej jawności wyjaśnień w postępowaniach wielokrotnie wyższej wartości. Wskazał na brak dowodu co do dysponowania przez Przystępującego potencjałem wykonawczym poza siedzibą spółki położoną w Mikołowie. Podtrzymał zasadność własnej wyceny i wskazał na zakres deklarowanej usługi na str. 7 oferty wybranej. Zauważył, że w ofercie należało co najmniej oświadczyć o dysponowaniu wymaganymi dokumentami. W oparciu o własne doświadczenie stwierdził, że przedmiot usług na rzecz Zamawiającego jest odmienny w stosunku do usługi świadczonej na rzecz szpitala Klinicznego we Wrocławiu w latach 2017 i 2018, a zatem, wobec nieporównywalności, wartość dowodowa dokumentów złożonych przez Przystępującego jest znikoma.

Stwierdził, że podstawowym zarzutem jest zarzut rażąco niska ceny oferty konkurencyjnej, pozostałe zarzuty są subsydiarne.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że otrzymał, w wyniku wezwania, wyjaśnienia od wykonawcy Althea dotyczące zaoferowanej ceny. Zostały one uznane za zasadne. Wskazał także, iż wykonawca zauważył, że, w odróżnieniu od stosowanych jawnych cenników, zastosowano indywidualną kalkulację ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku analizy wyjaśnień Zamawiający uznał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a zastrzeżenie treści wyjaśnień uzasadnione. Wskazał nadto na pismo Przystępującego z 28 grudnia 2018 r. zawierające wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do całej treści.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Oceniając treść zarzutów odwołania stwierdził, iż nie jest możliwe ich uwzględnienie, w szczególności zauważył niekonsekwencję zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia i jednocześnie rażąco niskiej ceny, co pozostaje w kolizji w wymogami art. 192 ust. 2 ustawy pzp. Wskazał na orzeczenie KIO 1185/15 i następne. Wskazał na możliwość skutecznego zastrzeżenia treści uzasadnienia powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Stwierdził, że oferowana cena nie jest drastycznie niska, jest ceną realną, jest ona także porównywalna, a nawet niższa od zastosowanej przez Odwołującego w poprzednim postępowaniu dotyczącym takiego samego przedmiotu zamówienia. Złożył 2 dokumenty z postępowania w roku 2017 oraz 2018. Wskazał na ciężar dowodu w sprawie, który nie ogranicza się wyłącznie do art. 190 ust. 1a, lecz również wynika z art. 6 K.c. Podważył kalkulację przedstawioną w odwołaniu, w szczególności wskazał na dysponowanie przez siebie personelem także poza siedzibą, co ma istotny wpływ na wycenę kosztów dojazdu. Oceniał, że przy przedstawionej metodzie kalkulacji również cena oferty Odwołującego byłaby wyższa o ponad 50% (z uwagi na system diagnostyki wymagający stałego wykorzystywania 3 osób).

Wskazał na odpowiedź na pytanie z 17 grudnia 2018 r. str. 1 dotyczącą certyfikatów, z której wynika brak wymogu

złożenia certyfikatu (równoważnego) wraz z ofertą. Dotyczy to także umowy licencyjnej wymaganej na etapie realizacji umowy. Zakwestionował dowody przedstawione przez Odwołującego jako dotyczące odmiennych stanów faktycznych. Potwierdził, że dokonał indywidualnej kalkulacji ceny ofertowej wobec innego zakresu usługi w porównaniu z przedstawionymi w cennikach. Zanegował pogląd Odwołującego o przesłankach odrzucenia oferty jako niezgodnej z przepisami ustawy z powodów wynikających z art. 24 Pzp.

Przypomniał chronologię zdarzeń w toku postępowania, w tym stwierdził, iż pismo z dnia 10 stycznia 2019 r. zostało złożone na wezwanie Zamawiającego, który pytał, czy faktycznie wyjaśnienia dotyczące ceny są w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie

i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść oferty przystępującego do postępowania i złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień oraz pozostałych dokumentów, do których odnoszone są zarzuty odwołania, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu wraz z dokumentami na potwierdzenie przedstawionych argumentów, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania i dążeniu do uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konkurencyjnej złożonej przez wykonawcę mającego w postępowaniu odwoławczym status przystępującego po stronie zamawiającego.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 uznk oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się w części, jednakże jego potwierdzenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. W zakresie, w jakim zastrzeżenie uznano za nieuzasadnione merytorycznie i nie potwierdzone w treści złożonych wyjaśnień, skład orzekający poniżej przedstawia część informacji wykonawcy zawartej w jego piśmie z dnia 28 grudnia 2018 r.

Wykonawca na wezwanie zamawiającego przedstawił kalkulację zaoferowanej ceny, która istotnie znacząco odbiega od ustalonej przez zamawiającego „ubruttowanej” wartości zamówienia. W szczególności stwierdził, że różnica między ceną a wartością szacunkową wynika okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę, że zamawiający, według wiedzy wykonawcy, ustalił swoją wartość szacunkową na podstawie wyceny firmy reprezentowanej przez producenta urządzenia czyli GE Medical Systems Polska. Wykonawca przypomniał, że w przedmiotowym przetargu dopuszczono składanie ofert przez nieautoryzowany serwis, a takie rozwiązania techniczne są tańsze. Jako niezależny serwis, przy zachowaniu wysokich standardów świadczenia usługi, co potwierdza posiadanie certyfikatu ISO w zakresie normy 13485 oraz 9001), może zaoferować cenę niższą. Stwierdził, że posiada bardzo bogate doświadczenie w serwisowaniu aparatów produkcji GE wraz z urządzeniami peryferyjnymi. Działa na rynku usług serwisowych tomografów komputerowych i rezonansów magnetycznych od 2009 r. W zaoferowanej cenie zawarto ekwiwalent liczby godzin pracy inżyniera potrzebnych na przeglądy oraz wymiany części oraz koszt dojazdów do klienta. Wskazano na przewidywany czas na przeglądy i diagnostykę w ciągu dwóch lat i koszt jednej godziny pracy inżyniera w kwocie 45,00 zł brutto. Wykonawca potwierdził, przedstawiając kopię umowy o pracę, że inżynierowie są u niego zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę, a ich zarobki wyższe od minimalnej płacy w Polsce. Uwzględniono w cenie również ceny części oraz narzędzi, które użyte zostaną podczas przeglądów. Wykonawca wskazał, że jest firmą z międzynarodowym kapitałem oraz posiada szerokie kontakty, które umożliwiają mu sprowadzanie części oraz narzędzi z całego świata. Posiada magazyn z częściami oraz kompletnymi systemami, które kupowane były w najlepszych cenach przy najbardziej sprzyjających warunkach. Ocenia, że części oraz narzędzia potrzebne do przeglądów wyniosą 1000, 00 zł. Przyjął także 17% marżę uznając, że jest to wynik satysfakcjonujący.

Przedstawione wyjaśnienia w ocenie składu orzekającego potwierdzają, że możliwe jest poniesienie przy świadczeniu przedmiotowej usługi kosztów przedstawionych i w konsekwencji zaoferowanie dla pakietu nr 2 ceny, której wysokość stanowi podstawę faktyczną kluczowego zarzutu odwołania.

Oznacza to, że nie potwierdził się kluczowy zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp wobec stwierdzenia, że zaoferowana cena nie ma znamion rażąco niskiej.

Izba zauważa przy tym, że przedstawione przez odwołującego i przystępującego dowody mające potwierdzać zasadność twierdzeń, wskazują, że istotnie na rynku usług tożsamych lub podobnych do przedmiotu zamówienia mogą występować znaczne różnice cen pomimo podobnych składowych tych cen na które składają się koszty osobowe, materiałowe i obsługi (w tym dojazdy).

Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy pzp oraz powiązanych z nim przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jakkolwiek potwierdzony w części i nie mający wpływu na wynik postępowania, nie stanowi również podstawy do uznania, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp w powiązaniu z pozostałymi przepisami prawa powołanymi w odwołaniu.

W odniesieniu do przeprowadzonej przez zamawiającego procedury wyjaśnienia zaoferowanej ceny przez przystępującego Izba nie stwierdziła w tym zakresie uchybień zauważając, że wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny zawierały jednocześnie motywy, dla których treść została zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Kolejne informacje udzielone na wezwanie zamawiającego po dacie wyboru oferty najkorzystniejsze zawierały jedynie deklaracje wykonawcy, który potwierdził, uznaje zastrzeżenia za prawidłowe. Wobec powyższego skład orzekający uznaje powyższe zdarzenie za nie mające wpływu na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie podlegające ocenie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....