

WYROK
z dnia 27 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Magdalena Rams

Członkowie: Ewa Sikorska

Bartosz Stankiewicz

Protokolant:

Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Philips Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie,

przy udziale wykonawcy Biameditek Sp. z o.o., z siedzibą w Białymstoku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w z w. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz.U. z 2018, poz. 419) i nakazuje zamawiającemu - Szpitalowi Uniwersyteckiemu w Krakowie - (i) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Biameditek Sp. z o.o., z siedzibą w Białymstoku jako oferty najkorzystniejszej; (ii) odtajnienie zastrzeżonych przez wykonawcę Biameditek Sp. z o.o., z siedzibą w Białymstoku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zakresie warunków gwarancji.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Szpital Uniwersytecki w Krakowie

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Philips Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie na rzecz wykonawcy Philips Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1093/19

UZASADNIENIE

W dniu 13 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Philips Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Szpitalowi Uniwersyteckiemu w Krakowie (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Biameditek, pomimo, iż jej nie treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującej w Postępowaniu (dalej: „SIWZ”);
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Biameditek z Postępowania pomimo przedstawienia przez Biameditek w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;
- 3) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”) przez zaniechanie uznania za bezskuteczne - mimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK - zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez Biameditek w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 maja 2019 r., a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tych wyjaśnień, ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 3, Odwołujący dodatkowo zarzucił i wniósł o rozpoznanie zarzutów naruszenia:
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Biameditek, pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę oraz koszt oraz ich istotne części składowe w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Biameditek, pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający sprzedaży towarów oraz usług stanowiących przedmiot zamówienia w Postępowaniu poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w Postępowaniu: (i) unieważnienia czynności wyboru oferty Biameditek; (ii) powtórzenia czynności badania i oceny ofert; (iii) odrzucenia oferty Biameditek

lub odtajnienia wyjaśnień Biameditek dotyczących ceny rażąco niskiej, o którym mowa w

powyżej. Odwołujący wniósł również o unieważnienie umowy na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp lub stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy w oparciu o art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, w przypadku gdyby taka umowa została zawarta.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, a także przedłożonych na rozprawie - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu fragment pisma złożonego przez Biameditek w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 maja 2019 r. i zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz spis załączników obejmujący 2 pozycje (odtajniony fragment w załączeniu) w dniu 3 czerwca br., zatem dopiero w tym dniu Odwołujący mógł zapoznać się z treścią ww. uzasadnienia i powziąć wiadomość o niespełnieniu przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK. Pismem z dnia 4 czerwca br. Zamawiający potwierdził, że zbadał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym odwołanie zostało wniesione w terminie. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 10.06.2019 r. (w załączeniu), Dowód: - fragment pisma Biameditek zawierający uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z emaillem przewodnim z dnia 03.06.2019 r. (w załączeniu); pismo Odwołującego z dnia 04.06.2019 r. (w załączeniu); odpowiedź Zamawiającego z dnia 04.06.2019 r. (w załączeniu)

Odwołujący wskazał ponadto, że uplasowany na pozycji 2 w rankingu ocenionych ofert, spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę kardiomonitorów przeznaczonych dla nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu, przy czym zakres dostawy obejmuje:

1. kardiomonitor wysokiej klasy - 74 szt.
2. kardiomonitor typ 1 - 256 szt.
3. kardiomonitor typ 2 - 24 szt.
4. kardiomonitor platforma hemodynamiczna - rzut serca - 24 szt.
5. kardiomonitor centrala - typ 1 - 4 szt.
6. kardiomonitor centrala - typ 2 - 14 szt.
7. system telemetryczny - 20 szt.

(dalej: „Sprzęt”).

Szczegółowa specyfikacja techniczna Sprzętu zawarta jest w Załączniku nr 1 a do SIWZ, a zakres przedmiotu zamówienia opisuje dodatkowo Załącznik nr 3 do SIWZ - wzór umowy (w brzmieniu z dnia 29 marca 2019 r.).

Przedmiot zamówienia jest mieszany i wielorodzajowy. Z jednej strony obejmuje zarówno dostawę Sprzętu, jak i świadczenie usług (instalacja, uruchomienie, szkolenie). Z drugiej strony - w ramach dostawy - obejmuje dostawę różnego rodzaju kardiomonitorów i systemu telemetrycznego, z których każdy szczegółowo i odrębnie został opisany w Załączniku nr 1a do SIWZ

W postępowaniu oferty złożyli trzej wykonawcy: Biameditek, Philips (Odwołujący) i GE Medical Systems Polska („GEMS”). Ceny ofert kształtują się następująco:

Ceny (brutto) za całość przedmiotu zamówienia (dostawa Sprzętu, instalacja, uruchomienie i szkolenie):

Biameditek 9 390 666,72 zł

Philips 14 837 490,00zł

GEMS 17 520 508,00zł

Ceny brutto za dostawę Sprzętu:

Biameditek 9 388 206,72 zł

Philips 14 718 672,00

GEMS 17 176 968,00

przy czym w ofertach wskazano ceny ofertowe każdej z 7 pozycji składających się na Sprzęt.

Ceny (brutto) za usługi (instalacja i uruchomienie oraz szkolenie):

	Instalacja i uruchomienie	Szkolenia	Łącznie
BIAMEDITEK	1 230 zł	1 230 zł	2 460 zł
GEMS	171 770 zł	171 770 zł	343 540 zł
PHILIPS	65 313 zł	53 505 zł	118 818zł

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 14.649.415,98 zł. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 15.821.370 zł.

10 czerwca br. Zamawiający - po wyczerpaniu procedury z art. 90 ust. 1 Pzp - dokonał wyboru oferty Biameditek jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Zamawiający uznał za skuteczne objęcie przez Biameditek zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa odpowiedzi Biameditek na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 maja 2019 r. w zakresie rażąco niskiej ceny, udostępniając Odwołującemu 3 czerwca br. jedynie fragment tej odpowiedzi zawierający uzasadnienie ww. zastrzeżenia. Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z takim rozstrzygnięciem Postępowania.

Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie Biameditek dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko mylnie powołuje się na niewłaściwą podstawę prawną (art. 11 ust. 4 UZNK zamiast art. 11 ust. 2 UZNK), ale również oprócz przytoczenia kilku orzeczeń, jednego zdania z komentarza i treści przepisu UZNK w brzmieniu nie mającym zastosowania do niniejszego Postępowania, zawiera wyłącznie same ogólnikowe stwierdzenia, nie odnoszące się do konkretnych informacji podanych w wyjaśnieniach, w tym w dwóch załącznikach do nich. Żadna z przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK: (i) o charakter informacji (techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa) lub ich wartość gospodarcza; (ii) brak powszechnej znajomości lub łatwej dostępności informacji — zarówno jako całości, jak i w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów - osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji; (iii) podjęcie działań w celu utrzymania informacji w poufności, nie została, w ocenie Odwołującego, przez Biameditek należycie wykazana, pozostając na poziomie ogólnikowych deklaracji.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO utrwalony jest pogląd, iż „odnośnie kalkulacji ceny, sama okoliczność, że jest ona zindywidualizowana dla danego postępowania, nie uzasadnia konieczności zachowania jej w poufności. Wykonawca powinien podać, które składniki kalkulacji ceny stanowią dla niego istotna wartość gospodarcza i dlaczego. Biameditek sformułował jedynie ogólne oświadczenia co do charakteru informacji zawartych w wyjaśnieniach, odnoszące się globalnie do wszystkich złożonych informacji, a to nie stanowi merytorycznej przesłanki uzasadniającej ochronę przed ujawnieniem podanych informacji

(Por. wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1187/18).

W ocenie Odwołującego analogicznie Biameditek nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób (podał jedynie, że nie można ich znaleźć w normalnym toku działania) ani też nie wykazał, że podjął działania w celu utrzymania ich w poufności. Samo ogólne wymienienie przez Biameditek kilku standardowo w tego typu sytuacjach podawanych działań podejmowanych w celu zachowania poufności (s. 10 pisma) - bez dołączenia dokumentów to potwierdzających lub choćby je uprawdopodobniających - nie może być bowiem uznane za wykazane, a jedynie za gołosłowne twierdzenia, nie poparte żadnymi dowodami.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ma per analogiam zastosowanie do wyjaśnień i uzupełnień składanych przez wykonawców w toku postępowania, w tym wyjaśnień składanych w zakresie rażąco niskiej ceny — w takim przypadku terminem na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest chwila złożenia zamawiającemu wyjaśnień. O tajemnicy przedsiębiorstwa nie świadczy sam charakter informacji objętych tym zastrzeżeniem. W orzecznictwie trafnie się podkreśla, iż informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnie tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru, (por. wyrok KIO z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 200/18), zaś do wykazania łącznego wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wystarczą same deklaracje.

Skoro Biameditek, na którym spoczywał ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie wykazał w złożonym przez siebie uzasadnieniu, iż informacje te rzeczywiście zasługują na taką ochronę, wyjaśnienia te (wraz z załącznikami) powinny być odtajnione, czego Zamawiający bezprawnie zaniechał.

Zarzuty dotyczące ceny oferty Biameditek

W ocenie Odwołującego bezprawne zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Biameditek w sprawie rażąco niskiej ceny uniemożliwia Odwołującemu weryfikację prawidłowości oceny Zamawiającego ceny ofertowej Biameditek pod kątem ceny rażąco niskiej i czynu nieuczciwej konkurencji. Doznało przez to uszczerbku konstytucyjne prawo do sądu oraz ustawowe i unijne prawo do odwołania się od decyzji instytucji zamawiającej. Uwzględnienie zarzutu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa i ujawnienie wyjaśnień Biameditek powinno skutkować ich udostępnieniem Odwołującemu, zaś po zapoznaniu się z nimi Odwołujący powinien mieć

możliwość ewentualnego zakwestionowania nieodrzczenia oferty Biameditek art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp (oczywiście jedynie w sytuacji, gdyby pozostałe zarzuty niniejszego odwołania, skutkujące odrzuceniem oferty Biameditek i wykluczeniem tego wykonawcy, nie zostały uwzględnione). Z powyższych przyczyn, zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Biameditek z powodu rażąco niskiej ceny, Odwołujący sformułował jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa powyżej.

Odwołujący wskazał również, że zarzuty ewentualne rozciągają się na zarzut wprowadzenia w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp) w odniesieniu do ceny kardiomonitora platforma hemodynamiczna - rzut serca HermoSphere (i powiązanych z nim usług), którego producentem jest Edwards Lifesciences LLC, zaoferowanej przez Biameditek w kwocie znacznie niższej niż ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców, oferujących to samo urządzenie. Odwołujący wskazał, że nie zna wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny przedłożonych przez Biameditek w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 maja 2019 r. w odniesieniu do ceny tego urządzenia, zatem ewentualne zakwestionowanie oferty Biameditek w tym aspekcie będzie możliwe dopiero po odtajnieniu wyjaśnień cenowych Biameditek i zapoznania się z nimi przez Odwołującego.

Zarzut rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał, że zestawienie cen zaoferowanych w Postępowaniu pokazuje, że ofertowa cenowa Biameditek rażąco odbiega od średniej arytmetycznej ofert cenowych w tym Postępowaniu, jak i wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Rozbieżność ta jest wieloaspektowa i dotyczy:

- ceny łącznej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (cena oferty Biameditek jest o prawie 50% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ponad 32% niższa od średniej arytmetycznej cen ofert w tym Postępowaniu);
- cen za poszczególne rodzaje zamówienia: łączna cena oferty Biameditek w zakresie dostaw jest ok. 32% niższa od średniej arytmetycznej ceny łącznej za dostawę z ofert wszystkich wykonawców; cena oferty Biameditek w zakresie usług instalacji i uruchomienia Sprzętu oraz szkoleń jest ponad 98% niższa średniej arytmetycznej wszystkich cen za te usługi zaoferowanych w Postępowaniu

Odwołujący wskazał, że rażąca rozbieżność istnieje również pomiędzy poszczególnymi cenami kardiomonitorów i systemu telemetrycznego składającymi się na przedmiot dostawy, z których każdy szczegółowo i z osobna został wyspecyfikowany w Załączniku nr 1 a do SIWZ. Przykładowo cena za kardiomonitor (centrala) typu 1 zaoferowana przez Biameditek wynosi łącznie 44 059,68 zł i jest prawie 10-krotnie niższa niż cena zaoferowana za te kardiomonitor przez GEMS (428 976 zł) i prawie 20-krotnie niższa niż cena zaoferowana przez Philips (806 544 zł). System telemetryczny zaoferowany został przez Biameditek za kwotę 103 874,40 zł, to jest za kwotę ponad 2-krotnie niższą niż cena oferty Philips (216 000 zł) oraz ponad 3-krotnie niższą niż cena oferty GEMS (319 680 zł). Równie drastyczne są różnice cenowe w zakresie poszczególnych usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia - cena usługi instalacji i uruchomienia Sprzętu oraz cena szkolenia zostały wycenione przez Biameditek na każdorazowo na kwotę 1.230 zł, podczas gdy oferta cenowa pozostałych wykonawców opiewa na kwoty kilkadziesiąt lub nawet ponad 100-krotnie wyższe (Philips - odpowiednio 65.313 zł i 53 505 zł; GEMS — każdorazowo 171.770 zł).

Odwołujący wskazał, że brak udostępnienia przez Zamawiającego złożonych przez Biameditek wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uniemożliwia Odwołującemu odniesienie się do kalkulacji cenowej Biameditek. Jednakże tak daleko idąca, jak wskazano powyżej, rozbieżność cenowa wskazuje na nierealistyczność i niewiarygodność ceny zaoferowanej przez Biameditek - nie tylko w odniesieniu do całości ceny oferty, ale i ceny poszczególnych kardiomonitorów, systemu telemetrycznego oraz ceny poszczególnych usług. Przy czym Odwołujący wskazał, że w aktualnym stanie prawnym nie tylko cena całkowita oferty podlega weryfikacji co do realności i wiarygodności, ale także koszt czy ich istotne części składowe. Tym samym z mocy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości ma prawo oczekiwać wyjaśnień także istotnych części składowych ceny lub kosztu, co należy rozumieć także jako części cen jednostkowych składające się na całość ceny ofertowej (por. wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1091/18). Ponieważ Zamawiający zastosował procedurę wyjaśniającą z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (a zatem powziął ww. wątpliwości), na Biameditek spoczął ciężar udowodnienia iż, jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Jak wyraźnie wynika z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przy ocenie czy wykonawca dowiódł poważnego charakteru swojej oferty, zamawiający ma obowiązek opierać się na pisemnych dowodach przedstawionych we właściwym czasie, przy czym składanie wyjaśnień nie może być traktowane jako czynność pro forma. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był wziąć pod uwagę, iż - jak się podnosi w orzecznictwie - nieskuteczne jest powoływanie się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę.

Odwołujący wskazał, że nie ma dostępu do wyjaśnień złożonych przez Biameditek w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, stąd — w przypadku braku nakazania odtajnienia wyjaśnień - wnosi o weryfikację przez KIO tych wyjaśnień, w tym załączonych dowodów.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zobowiązany był poddać te wyjaśnienia wszechstronnej i skrupulatnej analizie pod kątem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, przy uwzględnieniu weryfikacji istotnych części składowych ceny (por. wyrok KIO z 15 października 2018 r., KIO 1946/18; wyrok SO w Warszawie z 9 kwietnia 2010 r., IV Ca 1299/09, niepubl.).

PHILIPS

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji

W ocenie Odwołującego dokonana weryfikacja wyjaśnień Biameditek, w tym załączników do nich, powinna wskazywać na to, iż Biameditek nie udowodnił braku rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny, co stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji i jest podstawą do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 UZNK. W realiach sprawy Biameditek usiłuje dokonać sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje tak zaniżone ceny, iż nie obejmują one wszystkich wymaganych kosztów dostaw i usług: usługi instalacji i uruchomienia Sprzętu oraz usługi szkolenia stanowiących przedmiot zamówienia. Działania te podejmowane są w celu eliminacji z rynku lokalnego innego przedsiębiorcy (tutaj konkurentów). Także i z tego powodu oferta Biameditek powinna być odrzucona.

W ocenie Odwołującego zaoferowanie przez Biameditek cen na nierealnym poziomie stanowi działanie mające na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej na właściwym rynku, który stanowi przedmiotowe Postępowanie - por. wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1059/10: zachowaniem godzącym w zasady uczciwej konkurencji jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko by uzyskać zamówienie. Ponadto oferta Biameditek narusza interesy zarówno podmiotu konkurencyjnego - Odwołującego, jak i interesy Zamawiającego. Interesy Odwołującego są naruszone, ponieważ na skutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania wykonawcy, Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Natomiast interesy Zamawiającego doznają uszczerbku, ponieważ Zamawiający narażony jest na niezrealizowanie zamówienia zgodnie z umową.

Odwołujący podkreślił, że celem zastosowania art. 15 ust. 1 UZNK w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowanie, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji. Pojęcie "dostęp do rynku zamówień publicznych" należy rozumieć szeroko, w tym jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych⁷. Utrudnianiem dostępu do tego rynku jest stwarzanie przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego, niekoniecznie poprzez eliminację z postępowania⁸. Jednocześnie stany faktyczne objęte hipotezą art. 15 ust. 1 UZNK zawsze skutkują utrudnieniem dostępu do rynku (brak potrzeby dowodowej w tym zakresie), niezależnie od tego czy utrudniający posiada pozycję dominującą na rynku. Utrudnienie dostępu do rynku może przybrać postać: eliminacji innych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; stworzenia niekorzystnych warunków (barier, przeszkód, utrudnień) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w celu uniemożliwienia wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu lub też np. w celu utrudnienia mu złożenia konkurencyjnej oferty.

Odwołujący wskazał, że zarówno poszczególne elementy oferty cenowej (cena poszczególnych kardiomonitorów, systemu telemetrycznego oraz cena usług), jak i w konsekwencji oferta tego Wykonawcy jako całość i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK, jak i w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK. W ocenie Odwołującego obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów, w których mieści się dokonywanie rzetelnej i uczciwej wyceny swoich produktów lub usług za cenę uwzględniającą ponoszone koszty i zakładającą osiągnięcie pewnego zysku, nałożył sam ustawodawca w art. 17 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej, zaś ubieganie się o zamówienie publiczne mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej (por. wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 roku, sygn. akt KIO 216/14).

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, czyn nieuczciwej konkurencji Biameditek polega na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia (zaniżenie niektórych pozycji, jak np. cena kardiomonitora platformy hemodynamicznej - rzut serca czy ceny usług wchodzących w zakres zamówienia i jednocześnie uwzględnienie niedoszacowanych pozycji w cenie innych elementów składających się na przedmiot zamówienia), na co wskazują

znaczne różnice w tym zakresie pomiędzy cenami zaoferowanymi przez Biameditek i pozostałych wykonawców.

Zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ

Odwolujący wskazał, że zgodnie z SIWZ oferowany Sprzęt musi być wyrobem medycznym dopuszczonym do obrotu i używania zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (pkt 3.4 SIWZ). Ponadto z postanowień SIWZ (w tym Załącznika nr 1a oraz wzoru umowy) wynika, że Zamawiający wymaga:

- udzielenia gwarancji oraz rękojmi na Sprzęt wraz z zapewnieniem serwisu gwarancyjnego (w tym przeglądów konserwacyjnych, a także przeglądów okresowych);
- gwarancji min. 10-letniego dostępu do części zamiennych, materiałów eksploatacyjnych i akcesoriów oraz gwarancji aktualizacji oprogramowania;
- dokonywania czynności serwisowych przez uprawniony podmiot (autoryzowany serwis producenta);
- gwarancji dostępności i realizacji serwisu 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu.

W ocenie Odwołującego oferta Biameditek powyższych wymogów nie spełnia, w szczególności w formularzu oferty Biameditek nie podał żadnego podwykonawcy, zaś w Zał. 1a do swojej oferty w części „Warunki gwarancji i serwisu” pkt 9 - lokalizacja serwisu (s. 83) podał Biameditek, oddz. Katowice oraz dwóch inżynierów serwisu. Tymczasem według wiedzy Zamawiającego autoryzowany serwis kardiomonitora (platforma hemodynamiczna - rzut serca) HemoSphere, którego producentem jest Edwards Lifesciences LLC, wykonywany jest przez Edwards Lifesciences Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, zaś warunki gwarancji udzielane przez spółki z grupy Edwards Lifesciences LLC są ustandaryzowane i wykonywanie czynności serwisowych tego urządzenia przez serwis nieautoryzowany powoduje utratę praw z gwarancji.

Odwolujący wskazał przy tym, że zgodnie z orzecznictwem KIO „aby uzyskać autoryzację producenta w zakresie świadczenia serwisu, dany podmiot musi spełnić określone przez tego producenta wymagania, w szczególności w zakresie określonych standardów jakościowych” (Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r., sygn. akt KIO 524/11). Zamawiający przyjmując ofertę, która nie gwarantuje mu świadczeń autoryzowanego serwisu producenta, sprzeniewierza się własnym wymaganiom zawartym w SIWZ i narusza tym samym art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut wprowadzenia w błąd

Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, nie podając - co najmniej w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa - spółki Edwards Lifesciences Poland Sp. z o.o. jako podwykonawcy usług serwisowych w ofercie oraz podając w pkt 9 na s. 83 Zał. 1a do oferty podmioty nieuprawnione do czynności serwisowych Biameditek wprowadził Zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co wyczerpuje przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, tym bardziej, że przyjęcie takiej oferty oznacza, iż udzielona przez Biameditek gwarancja ma charakter jedynie iluzoryczny z uwagi na utratę praw z gwarancji. Biameditek nie jest autoryzowanym przez Edwards Lifesciences Poland sp. z o.o. podmiotem do wykonywania czynności serwisowych, zgodnie z art. 90 ust. 4 ustawy o wyrobach medycznych, ani nie spełnia wymogów do wykonywania tych czynności, określonych w art. 90 ust. 5 ww. ustawy.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia; (ii) ofertę wykonawcy Biameditek Sp. z o.o. (dalej „Przystępujący” lub „Biameditek”) na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) wezwanie Zamawiającego z dnia 2 maja 2019 r. oraz z dnia 31 maja 2019 r. skierowane do Przystępującego dotyczące ceny zaofiarowanej przez wykonawcę oraz odpowiedzi Przystępującego z dnia 8 maja 2019 r. i 6 czerwca 2019 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień; (iv)

protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (v) informację z otwarcia ofert z dnia 30 kwietnia 2019 r. na okoliczność ustalenia ofert złożonych w postępowaniu oraz zaoferowanych cen; (vi) informację Zamawiającego z dnia 4 czerwca dotyczącą zastrzeżenia przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny; (vii) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10 czerwca 2019 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania przetargowego; (viii) oświadczenia spółki Edwards Lifesciences Polska z dnia 17 czerwca 2019 r. oraz Edwards Lifesciences LLC na okoliczność ustalenia zasad wykonywania usług serwisowych w ramach gwarancji udzielonej przez producenta sprzętu Edwards Lifesciences LLC.

Izba uznała, iż z uwagi na zasadność zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK i uznaniu zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 UZNK za przedwczesne, że dowody złożone przez strony i uczestników postępowania dotyczące rażąco niskiej ceny są dowodami przedwczesnymi i nie mającymi znaczenia na obecnym etapie postępowania.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę kardiomonitorów przeznaczonych dla nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu, przy czym zakres dostawy obejmuje:

1. kardiomonitor wysokiej klasy - 74 szt.
2. kardiomonitor typ 1 - 256 szt.
3. kardiomonitor typ 2 - 24 szt.
4. kardiomonitor platforma hemodynamiczna - rzut serca - 24 szt.
5. kardiomonitor centrala - typ 1 - 4 szt.
6. kardiomonitor centrala - typ 2 - 14 szt.
7. system telemetryczny - 20 szt.

(dalej: „Sprzęt”).

Szczegółowa specyfikacja techniczna Sprzętu została zawarta w Załączniku nr 1 a do SIWZ, a zakres przedmiotu zamówienia opisuje dodatkowo Załącznik nr 3 do SIWZ - wzór umowy (w brzmieniu z dnia 29 marca 2019 r.).

Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyli trzej wykonawcy: Biameditek, Philips (Odwołujący) i GE Medical Systems Polska („GEMS”). Wykonawcy zaproponowali następującą cenę za wykonanie zamówienia:

Ceny (brutto) za całość przedmiotu zamówienia (dostawa Sprzętu, instalacja, uruchomienie i szkolenie):

Biameditek 9 390 666,72 zł

Philips 14 837 490,00zł

GEMS 17 520 508,00zł

Ceny brutto za dostawę Sprzętu:

Biameditek 9 388 206,72 zł

Philips 14 718 672,00

GEMS 17 176 968,00

przy czym w ofertach wskazano ceny ofertowe każdej z 7 pozycji składających się na Sprzęt.

Ceny (brutto) za usługi (instalacja i uruchomienie oraz szkolenie):

	Instalacja i uruchomienie	Szkolenia	Łącznie
BIAMEDITEK	1 230 zł	1 230 zł	2 460 zł
GEMS	171 770 zł	171 770 zł	343 540 zł
PHILIPS	65 313 zł	53 505 zł	118 818 zł

Izba ustaliła, że wraz z formularzem oferty Przystępujący złożył wypełniony Załącznik nr 1a, gdzie sprecyzował m.in. warunki Gwarancji i Serwisu. Wykonawca oświadczył, iż udziela gwarancji na każdy kardiomonitor i oferowane wyposażenie na okres 60 miesięcy (5 lat).

W punkcie 9 oświadczeń w zakresie Warunków Gwarancji i Serwisu w zakresie Lokalizacji serwisu umożliwiającego przybycie uprawnionego inżyniera w sytuacjach awaryjnych - wykonawca wskazał na oddział Biameditek oddz. Katowice i podał nazwiska i dane kontaktowe dwóch inżynierów.

Izba ustaliła, że Zamawiający dwukrotnie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Pierwsze wezwanie zostało wystosowane w dniu 2 maja 2019 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia w dniu 8 maja 2019 r. Ich treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 31 maja 2019 r. wezwał Przystępującego ponownie do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny kardiomonitora w ilości 24 szt. Modelu HemoSphere producent Edwards Lifesciences LLC., wskazując, iż w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach Przystępujący nie ustosunkował się do ceny za powyższe urządzenia. Pismem z dnia 6 czerwca 2019 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia. Ich treść została zastrzeżona przez wykonawcę jako dokument zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na pismo Odwołującego z dnia 4 czerwca 2019 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o zbadaniu skuteczności zastrzeżenia przez Przystępującego wyjaśnień z dnia 8 maja oraz 6 czerwca 2019 r. jako dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że w dniu 10 czerwca 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Biameditek jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nie uzyskaniu zamówienia. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta Odwołującego ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. żart. 11 ust. 2 UZNK

Izba uznała zarzut za zasadny. Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.”, „Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.”

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzeżł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”.

Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) (dalej „UZNK”) brzmi: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności.”

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 UZNK.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 UZNK: (i) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą; (ii) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej; (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba stwierdziła, że Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania żadnej z tych przesłanek. Lektura uzasadnienia zastrzeżenia sporządzonego przez Przystępującego prowadziła do wniosku, że znaczna jego część obejmowała przytoczenie poglądów doktryny i orzecnictwa na temat natury pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK. Natomiast nieliczne fragmenty, które miały charakter merytoryczny, pozostały nad wyraz ogólne, lakoniczne, niejasne. Co więcej, w uzasadnieniu, meritum sprawy poświęcono zaledwie kilka akapitów.

Po pierwsze wskazać należy, że ustawodawca w art. 11 ust. 4 UZNK, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie UZNK podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 UZNK, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Swaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny

tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko- Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelktualnej UJ, 2005/86 str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia

tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRI PS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 4 UZNK. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

W ocenie Izby, wykonawca w sposób lakoniczny i niewystarczający opisał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Przystępujący wskazał po pierwsze, iż wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zawierają informację dotyczącą stosowanej przez wykonawcę polityki cenowej. Izba stoi na stanowisku, że ujawnienie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie dostawy określonych urządzeń w konkretnym postępowaniu nie może być automatycznie utożsamione z ujawnieniem polityką cenową wykonawcy. Przystępujący w żaden sposób nie zdefiniował pojęcia polityki cenowej, nie wskazał jakie czynniki krótkoterminowe lub długoterminowe składają się na ową politykę cenową i w jaki sposób zostały one ujęte w wycenie przedmiotu zamówienia, nie wyjaśnił, gdzie ta polityka cenowa jest opisana w treści wyjaśnień i w jaki sposób jej ujawnienie w postępowaniu może spowodować utratę pozycji rynkowej wykonawcy. Nie wykazał wyjątkowego czy unikalnego charakteru stosowanej polityki cenowej, której ewentualne ujawnienie konkurencji mogłoby go narazić na szkodę. Oczywiście jest, co zresztą sami wykonawcy powtarzali wielokrotnie w trakcie rozprawy, że przy tak dużych postępowaniach na wykonanie dostawy sprzętu medycznego producenci oferują rozmaite rabaty, co wpływa na wysokość ostatecznej ceny. Wysokość rabatu zaoferowanego przez danego producenta w przedmiotowym postępowaniu trudno uznać za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro na podstawie różnic w cenach oferowanych przez poszczególnych wykonawców taki rabat można mniej więcej określić. Co więcej, w przedmiotowym postępowaniu pismo producenta przedłożone przez Przystępującego wraz z treścią wyjaśnień nie zostało opatrzone klauzulą poufności przez autora pisma. Producent, który jest przecież dysponentem informacji zawartej w treści swojego pisma, nie zastrzegł jego treści jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dalej Przystępujący powołuje się ogólnie na okoliczność, iż ujawnienie informacji zawartych w treści wyjaśnień spowoduje, iż konkurenci powezmą wiedzę o potencjale wykonawcy, powiązanych handlowych, sposobie organizacji, metodologii działania, czyli okolicznościach przesądzających o pozycji rynkowej wykonawcy. Zdaniem Izby oświadczenia wykonawcy mają charakter ogólny i lakoniczny. Oczywiście jest, że skoro w treści oferty wskazany jest producent sprzętu, to inni wykonawcy już poprzez zaznajomienie się z jawną ofertą Przystępującego mają wiedzę, iż pozostaje on w kontaktach handlowych z określonym podmiotem. Po drugie, w zakresie organizacji czy metodologii działania, to Izba wskazuje, iż Przystępujący nie określił w żaden sposób (poprzez wskazanie odpowiednich stron z treści wyjaśnień), która to część wyjaśnień odnosi się do metodologii działania czy sposobu organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy. Nie można pominąć okoliczności, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie dostawy i instalacja określonych urządzeń. Nie jest to zamówienie skomplikowane, co sam Przystępujący wielokrotnie powtarzał podczas rozprawy. Powoływanie się więc przez wykonawcę na bliżej nieokreśloną metodologię działania czy sposób organizacji przedsiębiorstwa w świetle przedmiotu zamówienia rodzi uzasadnione wątpliwości co do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał, że producenci sprzętu oferują mu jakieś wyjątkowe rabaty, upusty, których nie oferują konkurentom albo że dotarcie do takich kontrahentów jest bardzo utrudnione. W ocenie Izby, jeżeli już rzeczywiście, na zasadzie wyjątku, jakiś poziom cen czy ofert może być uznany za tak atrakcyjny, że przedstawia to jakąś wartość gospodarczą, to zdaniem Izby w takiej sytuacji wykonawca powinien przede wszystkim opisać sytuację, a następnie poprzeć swój wywód przekonującym dowodem, tak aby tą wyjątkowość w stosunku do cen rynkowych można było ustalić. Załączone zaś przez Przystępującego oświadczenie dotyczące udzielonego rabatu, jak Izba wskazała powyżej, nie zostało opatrzone przez samego producenta klauzulą poufności, co pozwala na przyjęcie, iż autor pisma nie traktował informacji zawartych w piśmie jako informacji poufnych. Przeciwnych okoliczności Przystępujący nie wykazał.

W ocenie Izby, za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania danej informacji za organizacyjną czy handlową należy przypisać jej wartość gospodarczą. Każdą informację można przyporządkować do określonej kategorii, jednakże ustawodawca w art. 11 ust. 4 UZNK wskazał, iż należy wykazać, że informacja ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Tajemnica przedsiębiorcy winna być oceniana w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy. W innym przypadku, tajemnicą przedsiębiorcy

byłoby wszystko, co arbitralnie on za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np.

poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Ponadto, wykonawca winien wykazać, że ujawnienie informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach spowoduje wymierną szkodę w przedsiębiorstwie. Takich jednak okoliczności w ocenie Izby Przystępujący nie wykazał. Raz jeszcze podkreślić należy, że ogólne stwierdzenia wykonawcy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, czy o ryzyku narażenia na szkodę poprzez ich ujawnienie bez odniesienia się do konkretnych informacji zawartych w dokumentach, analizy ich wartości gospodarczej i uprawdopodobnienia szkody jaką może przynieść ich ujawnienie jest w ocenie Izby niewystarczające.

Izba stwierdziła, że Przystępujący nie sprostął także ciężarowi wykazania, że podjął, jak stanowi art. 11 ust. 4 UZNK, „niezbędne” działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z powyższego przepisu wynika, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań „niezbędnych”. Działania „niezbędne” to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny począwszy od dostawcy, przez pośredników, do zespołu ofertowania u wykonawcy. Ten element uzasadnienia zastrzeżenia Przystępującego sprowadził do oświadczeń, że posiada wewnętrzne regulacje oraz postanowienia w umowach, które w jak najszerszym zakresie mają zapobiec ujawnianiu informacji. Wskazał także, że przeprowadza szkolenia, oznacza odpowiednio informacje poufne.

W ocenie Izby metody i sposoby ochrony informacji nie zostały wykazane przez Przystępującego w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień. Nie wiadomo jakie procedury wykonawca stosuje w firmie i jakie zastosował w tej konkretnej sprawie w odniesieniu do zastrzeganych informacji. Dokumentów takich Przystępujący nie przekazał Zamawiającemu. Zaniechanie to uniemożliwiło Zamawiającemu przeanalizowanie, czy te procedury są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania spomych danych w poufności.

W ocenie Izby w treści złożonych wyjaśnień Przystępujący odwołał się do ogólnych twierdzeń bez przedstawienia jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie, iż podjął kroki zmierzające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Subiektywne twierdzenie wykonawcy niepoparte żadnymi obiektywnymi dowodami nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do uznania spełnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący składając wyjaśnienia nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, że informacje zastrzeżone podlegały szczególnej procedurze w jego przedsiębiorstwie, które to procedury prowadziły, np. do zawężenia grona osób mogących zapoznać się z tymi informacjami, czy też inni wykonawcy (których sprzęt został zaoferowany bądź usługa została wykonana na ich rzecz) nie wyrazili zgody na udostępnienie tych konkretnie zastrzeżonych informacji. Ogólne i subiektywne stwierdzenia wykonawcy nie mogą być uznane za wykazanie spełnienia przesłanek, o których ustawodawca mówi w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechanie udostępniania Odwołującemu wyjaśnień pozbawiło go możliwości ich weryfikacji pod kątem zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, a tym samym oceny istnienia przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co może mieć wpływ na wynik postępowania. Izba uznała, że zasadnym jest nakazanie odtajnienia wszystkich wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w ramach procesu weryfikacji ceny zaoferowanej przez wykonawcę tj. wyjaśnień z dnia 8 maja oraz z dnia 6 czerwca 2019 r. W ocenie Izby, pomimo, iż w treści odwołania Odwołujący żądał odtajnienia wyjaśnień z dnia 8 maja 2019 r. i jak wskazał podczas rozprawy nie miał wiedzy co do okoliczności, iż Przystępujący był wezwany do uzupełnienia pierwotnie złożonych wyjaśnień z dnia 8 maja 2019 r., to Izba uznała, że wyjaśnienia z dnia 6 czerwca 2019 r. stanowią uzupełnienie wyjaśnień z dnia 8 maja 2019 r. i niejako tworzą jedno całościowe oświadczenie wykonawcy co do realności zaoferowanej ceny. Uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 6 czerwca 2019 r. jest identyczne w swej treści z uzasadnieniem z dnia 8 maja 2019 r. Nakazanie odtajnienia wyjaśnień z dnia 6 czerwca 2019 r. nie stanowi, w ocenie Izby, niedozwolonego rozszerzenia zarzutów. Zarzut Odwołującego pozostaje bowiem bez zmian i dotyczy naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK. Skoro Izba uznała, iż pierwotnie złożone przez Przystępującego wyjaśnienia zostały niezasadnie utajnione przez wykonawcę, to w braku okoliczności przeciwnych, również uzupełnienie takich wyjaśnień podlega odtajnieniu.

gwarancji

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma podstaw do przyjęcia, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący upatrywał niezgodności oferty wykonawcy z brakiem wskazania w formularzu oferty autoryzowanego serwisu oferowanych urządzeń. Tym samym, w ocenie Odwołującego, oferta pozostaje sprzeczna z SIWZ, ponieważ wykonawca nie gwarantuje serwisu przez autoryzowany serwis producenta w okresie gwarancji.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego i przedstawionej przez niego interpretacji postanowień SIWZ oraz wzoru umowy. Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 577 k.c. dzielenie gwarancji następuje przez złożenie oświadczenia gwarancyjnego, które określa obowiązki gwaranta i uprawnienia kupującego w przypadku, gdy rzecz sprzedana nie ma właściwości określonych w tym oświadczeniu. W §3 ustawodawca wskazał, że jeżeli została udzielona gwarancja co do jakości rzeczy sprzedanej, poczytuje się w razie wątpliwości, że gwarant jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, o ile wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w oświadczeniu gwarancyjnym. Przepisy kodeksowe nie określają szczegółowo, jaki podmiot składa oświadczenie jako gwarant - może być to dowolny dopuszczony do obrotu podmiot. W art. 577 k.c. nie wskazano żadnych ograniczeń w tym zakresie, w szczególności nie wymaga on, by gwarantem był wyłącznie producent danego urządzenia. Wystawcą gwarancji, tj. gwarantem, może być zarówno sprzedawca, jak i bezpośredni producent lub wytwórca przedmiotu objętego gwarancją. W przypadku gwarancji udzielonej przez sprzedawcę stanowi może ona element treści umowy sprzedaży. W takiej sytuacji sprzedawca jest równocześnie gwarantem i podmiotem odpowiedzialnym z tytułu rękojmi. Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny, gwarancja jest umową między gwarantem a beneficjentem gwarancji (kupującym), której treść jest określona oświadczeniem gwarancyjnym (m.in. J. Jezioro, w: Gniewek, Machnikowski, komentarz, 2016, art. 577, Nb 3). Oświadczenie gwarancyjne stanowi niezależną od sprzedaży podstawę odpowiedzialności podmiotu, który je składa, przy czym obecnie nie musi mieć ono konkretnej formy pisemnej, nie musi też być przedstawione w formie dokumentu.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że w analizowanej sprawie Zamawiający nie wymagał dowodów na to, że producent oferowanego przedmiotu zamówienia udzieli gwarancji Zamawiającemu na Sprzęt dostarczony w ramach przedmiotowego zamówienia. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż z treści SIWZ oraz ze wzoru umowy wynika, iż wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia gwarancji na dostarczony Sprzęt przez jego producenta. W żadnym z przywołanych dokumentów Zamawiający nie sprecyzował wymogów co do podmiotu, który ma udzielić gwarancji na Sprzęt.

Z przywołanego przez Odwołującego §4 pkt 3 wzoru umowy nie wynika, iż Zamawiający dopuszczał wyłącznie gwarancję udzieloną przez producenta Sprzętu. Postanowienie to stanowi wyłącznie, iż wykonawca wykona wszelkie czynności niezbędne do prawidłowej i zgodniej z powszechnie obowiązującymi przepisami praw oraz wymogami producenta Sprzętu realizacji Umowy, w tym w szczególności zobowiązuje się do udzielenia gwarancji oraz rękojmi na Sprzęt, wraz z zapewnieniem serwisu gwarancyjnego na warunkach określonych w

Umowie. W ocenie Izby wykonanie umowy - czyli dostarczenie, instalacja oraz uruchomienie Sprzętu zgodnie z wymogami producenta nie oznacza konieczności i obowiązku zapewnienia gwarancji producenta na oferowany Sprzęt. Wywodzenie takich obowiązków z przywołanych postanowień wzoru umowy jest ich niedozwoloną nadinterpretacją i statuuje obowiązki wykonawcy niewyrażone wprost w umowie. Zamawiający wskazał bowiem wyłącznie, iż wykonawca zobowiązuje się do udzielenia gwarancji na oferowany sprzęt. To czy będzie to gwarancja udzielona przez wykonawcę czy też gwarancja udzielona przez producenta, zaś wykonawca będzie działał wyłącznie jako posłaniec/pelnomocnik, który przekazuje oświadczenie gwaranta (zob. wyr. SN z 27.4.2012 r., V CSK 166/11, Legalis) jest irrelewantne z punktu widzenia zapisów SIWZ. Ponadto, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał jakie wymogi producenta są konieczne do prawidłowej realizacji umowy. Wykonywanie usług serwisowych przez podmiot inny niż autoryzowany przedstawiciel producenta nie stanowi, w ocenie Izby, okoliczności powodującej nieprawidłową realizację umowy, skoro sam Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ ani we wzorze umowy podmiotu składającego oświadczenie gwarancyjne, a co z tym idzie dopuścił możliwość udzielenia takiej gwarancji przez wykonawcę.

Dalej wskazać należy, że w §10 wzoru umowy to wykonawca udziela gwarancji na dostarczony Sprzęt. Brak jest jakiegokolwiek odniesienia do obowiązku zapewnienia gwarancji producenta Sprzętu. Również w §11 wzoru Umowy określającym zasady wykonywania praw wynikających z gwarancji nie ma żadnego postanowienia ani odniesienia to obowiązku zapewnienia gwarancji przez producenta Sprzętu.

Za nieuprawnione, w ocenie Izby, uznać należy wywodzenie obowiązku zapewnienia gwarancji producenta na oferowany Sprzęt z pkt 9 i 12 „Warunków Gwarancji i Serwisu” Załącznika nr 1a. Pkt 9 odnosi się bowiem wyłącznie do lokalizacji serwisu umożliwiającego przybycie uprawnionego inżyniera. Ponadto, sam Zamawiający w ww. punkcie dopuszcza możliwość serwisu własnego wykonawcy. Nie sposób więc na podstawie tego punktu wywieść obowiązek zapewnienia przez wykonawcę gwarancji producenta Sprzętu. Pkt 12 zaś odnosi do sytuacji po upływie okresu gwarancji i możliwości samodzielnego wykonywania usług serwisowych przez pracowników Zamawiającego. Służy wyłącznie zapewnieniu, iż w przypadku, gdy wykonawca zadeklaruje wykonywanie usług gwarancyjnych przez autoryzowany serwis w okresie gwarancji, to po jego upływie musi umożliwić wykonywanie usług serwisowych przez pracowników Zamawiającego poprzez usunięcie zabezpieczeń. Powyższy punkt nie reguluje ani nie odnosi się do podmiotu składającego oświadczenie gwarancyjne, a tym bardziej nie określa obowiązku przedłożenia Zamawiającemu gwarancji producenta Sprzętu. Dopuszczenie takiej możliwości nie jest równoznaczne z obowiązkiem i wymogiem zapewnienia takiej gwarancji.

Z dokumentów złożonych przez Odwołującego tj. oświadczenia spółki Edwards Lifesciences Polska z dnia 17 czerwca 2019 r. oraz Edwards Lifesciences LLC wynika wyłącznie, iż wykonywanie serwisu przez podmiot nieautoryzowany przez producenta powoduje utratę gwarancji jaką oferuje producent. Odwołujący nie złożył dokumentu na potwierdzenie, że prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia wymaga takiej gwarancji producenta. Ani wykonawca ani Zamawiający nie mają obowiązku korzystania z serwisu producenta. Brak jest również przepisu prawa, który nakładałby na Zamawiającego czy wykonawcę obowiązek korzystania z serwisu producenta. W analizowanej sprawie brak jest również stosowanych postanowień w SIWZ oraz we wzorze umowy. Przywołane przez Odwołującego zapisy wzoru umowy (§4 ust. 3) dotyczą wymogów producenta koniecznych do prawidłowej realizacji umowy. Skoro zaś Zamawiający nie postawił wymogu zapewnienia gwarancji producenta, to brak spełnienia powyższego wymagania nie może stanowić o nieprawidłowej realizacji umowy czy też sprzeczności z postanowieniami SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, ani SIWZ ani wzór umowy nie zawierają postanowień dotyczących wymogu przedstawienia przez wykonawców oświadczenia producenta o udzieleniu gwarancji. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż Przystępujący nie mógł złożyć oświadczenia o udzieleniu gwarancji. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zważywszy na treść SIWZ, składając oświadczenie o udzieleniu gwarancji, wykonawcy winni kierować się przede wszystkim wskazówkami zawartymi w treści SIWZ oraz wzoru umowy. Skoro w dokumentach tych nie było żadnej wzmianki o tym, iż składając oświadczenie wykonawca jednocześnie oświadcza, iż jest to gwarancja producenta lub, że dysponuje zgodą producenta na jej udzielenie, nie sposób zarzucić Przystępującemu, iż jego oferta jest niezgodna z SIWZ.

Wobec braku potwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie ma podstaw, aby stwierdzić naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 UZNK

W ocenie Izby ocena, czy Przystępujący zaoferował cenę rażąco niską winna zostać dokonana - co oczywiście wobec brzmienia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp („dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami” - w oparciu o wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, na wezwanie zamawiającego, w pismach z dnia 8 maja 2019 r. oraz z dnia 6 czerwca 2019 r.

Izba uznała, że wobec nakazania Zamawiającemu odtajnienia ww. wyjaśnień złożonych przez Przystępującego rozstrzyganie na obecnym etapie postępowania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp byłoby przedwczesne. Sam Odwołujący taki wniosek zgłosił w treści odwołania, oświadczając, iż przypadku uznania przez Izbę zasadności zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11

ust. 2 UZNK wnosi o nierozpatrywanie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny jako przedwczesnego.

W ocenie Izby, po odtajnieniu treści złożonych wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny przez Przystępującego Odwołujący będzie miał pełną wiedzę do sformułowania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji, Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 UZNK jako zarzuty przedwczesne. Sam Odwołujący taki wniosek zgłosił w treści odwołania, oświadczając, iż przypadku uznania przez Izbę zasadności zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK wnosi o nierozpatrywanie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny jako przedwczesnego. W ocenie Izby zarzuty te oparte są na weryfikacji prawidłowości ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Ich zasadność musi być oceniona dopiero do dokonaniu odtajnienia wyjaśnień Przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie: