

WYROK

z dnia 3 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **1 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego
12 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „GROMS” B. G., Lublin**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu medycznego dla Polikliniki w ramach budowy kompleksu Polikliniki (nr postępowania 65/2020)*

prowadzonym przez zamawiającego: **10. Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawcy: **FORMED sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Żywcu - zgłaszającego**
przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w ten sposób, że nakazuje w zadaniu 1. - dostawa stołów operacyjnych unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FORMED sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Żywcu, a przy powtórnym badaniu i ocenie ofert nakazuje: po pierwsze - odrzucenie tej oferty z uwagi na niewykazanie, że cena tej oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, po drugie - odrzucenie ofert złożonych przez TMS MEDICAL sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz KONKRET sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chełmnie jako niespełniających wymaganego parametru, aby stół operacyjny miał udźwig co najmniej 230 kg w każdej możliwej pozycji bez ograniczeń.
2. Oddala odwołanie co do zarzutu i żądania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty FORMED sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Żywcu jako niespełniającej wymaganego parametru, aby stół operacyjny miał udźwig co najmniej 230 kg w każdej możliwej pozycji bez ograniczeń.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr**
(słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **18600 zł 00 gr**
(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Bydgoszczy**.

Uzasadnienie

10. Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bydgoszczy {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej w uzasadnieniu również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „Pzp lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Dostawa sprzętu medycznego dla Polikliniki w ramach budowy kompleksu Polikliniki (nr postępowania 65/2020)*.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 3 czerwca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

nr 2020/S_106 pod poz. 256096.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

3 sierpnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FORMED sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Żywcu {dalej również w skrócie: „Formed” lub „Przystępujący”}.

12 sierpnia 2020 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „GROVIS” B. G. z Lublina {dalej: „Odwołujący” lub „Grovis”} wniosło w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Formedu oraz ofert TMS MEDICAL sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Poznaniu {dalej: „TMS Medical”} i KONKRET sp. z o. sp. k. z siedzibą w Chełmnie {dalej: „Konkret”}, sklasyfikowanych odpowiednio na 2. i 3. miejscu w rankingu ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

- 1.Art. 7 ust 1 i 3 - przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
- 2.Art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Formedu, pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: SIWZ}, a w związku z tym wybór tej oferty jest działaniem sprzecznym z prawem.
- 3.Art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez zaniechanie odrzucenia oferty TMS Medical, pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.
- 4.Art. 89 ust. 1 pkt. 2 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konkretu, pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.
5. Art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) {dalej „uznk”} - przez błędne przyjęcie, że pismo Formed mające stanowić uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także same wyjaśnienia w całości mogą podlegać utajnieniu, z uwagi na fakt, że ani uzasadnienie, ani same wyjaśnienia (poza ewentualnie szczerkowymi danymi dotyczącymi kwot) nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.
- 6.Art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Formedu, która zawiera rażąco niską cenę, pomimo tego, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające, nie udowadniają i nie potwierdzają, że oferta ta nie jest ofertą z ceną rażąco niską.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Odtajnienia i niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Formed w zakresie wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny stanowiących odpowiedź na wezwanie z 10.07.2020 r.
- 3.Odrzucenia oferty Formedu z uwagi na zaoferowanie mżąco niskiej ceny i niewykazanie, że oferta tego wykonawcy jest realna.
- 4.Dokonania ponownej oceny ofert, w tym odrzucenia ofert Formedu, TMS Medicalu, Konkretu jako ofert niespełniających wymagań określonych w SIWZ tj. odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.
- 5.Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1.-4. listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne dotyczące treści SIWZ

i treści ofert.

23.06.2020 r. Zamawiający na swojej stronie zamieścił wyjaśnienia dot. treści SIWZ (pismo nr 4431/20), w których na pytanie nr 32: Prosimy o doprecyzowanie zapisu: Czy Zamawiający pod pojęciem „Maksymalny udźwieg stołu min. 230 kg” ma na myśli maksymalną wagę obciążającą stół przy której możliwe jest wykonywanie wszystkich zakresów ruchów blatu oraz pracę w każdej pozycji stołu? - Zamawiający odpowiedział: TAK, Zamawiający to właśnie ma na myśli.

Zamawiający przy opisie parametrów technicznych zastrzegł, że stół musi mieć możliwość wykonywania zabiegów chirurgicznych z zakresu chirurgii ogólnej, ginekologii, ortopedii.

Na etapie składania ofert dla zadania nr 1 w pkt. 8.1. ppkt 3) SIWZ Zamawiający wymagał od oferentów złożenia wraz z ofertą opisu urządzeń, instrukcji obsługi - Przedstawienia folderów, katalogów potwierdzających ofertowane parametry techniczne.

Wszyscy wykonawcy złożyli wymagane dokumenty, jednakże poza Grovisem ich treść nie potwierdza powyższego wymogu albo wręcz wynika z nich jego niespełnienie. Formed zaoferował stół marki BenQ Medical Technology model TRI MAX 650NS W treści załączonej do oferty instrukcji obsługi tego stołu jego producent zamieścił następujące informacje:

-Uwaga: Przy równomiernym rozłożeniu obciążenia na obie strony blatu funkcje stołu będą obsługiwane gładko i cicho z pacjentami o wadze do 270 tylko przy załączonej blokadzie kół. Skontaktuj się z nami przed umieszczeniem na stole większych ładunków (str. 7)

-maksymalne obciążenie podnóżka wynosi 40 kg, a jeśli jest przesunięty na bok 20kg (str. 20)

-W celu uniknięcia uszkodzenia nie siadaj na podglówku lub podnóżkach. Maksymalne obciążenie dla podglówka i każdego podnóżka wynosi 40 kg. Jeżeli podnóżki są rozwarne o kąt powyżej 45° maksymalne obciążenie zmniejsza się do 20 kg (str. 6)

-Nie kładź podpórki ręki na szynach segmentu pleców i siedziska podczas podnoszenia oparcia powyżej pozycji poziomej, aby nie spowodować uszkodzenia (str. 6)

TMS Medical zaoferował model stołu Trusystem 3000 producenta Trumpf.

W treści załączonej do oferty instrukcji obsługi tego stołu jego producent zamieścił następujące informacje:

-Maksymalna możliwa waga pacjenta na stole operacyjnym wynosi 270 kg. W przypadku obciążenia stołu operacyjnego wynoszącego między 200, a 270 kg funkcje stołu operacyjnego są dostępne tylko w OGRANICZONYM ZAKRESIE! Patrz rozdział 16 na stronie 56. (str. 25)

-[na str. 56 instrukcji określono wytyczne oraz wskazania co do obciążenia stołu oraz odesłano użytkownika do str. 57. (rozdział 16), przy czym informacje tam zawarte traktowane są jako ostrzeżenia bezpieczeństwa]

-Dopuszczalne obciążenie:

270 kg Dozwolony jest ciężar pacjenta wynoszący do 270 kg tylko wówczas, gdy przesunięcie wzdłużne blatu stołu operacyjnego znajduje się w pozycji zerowej.

250 kg Ciężar pacjenta wynoszący maksymalnie 250 kg jest możliwy z ograniczonym przesunięciem podłużnym. Funkcje pozycji Trendelenburga na stole operacyjnym są nieograniczone. Przesunięcie podłużne blatu stołu operacyjnego jest możliwe tylko wówczas, gdy blatu stołu operacyjnego znajduje się w pozycji poziomej.

200 kg Ciężar pacjenta wynoszący maksymalnie 200 kg jest możliwy bez ograniczenia funkcji stołu operacyjnego.

Uwaga, dodatkowe elementy osprzętu zmniejszają dopuszczalny ciężar pacjenta (str. 57)

Konkret zaoferował model stołu 505325 producenta Medifa.

W treści załączonej do oferty instrukcji obsługi tego stołu jego producent zamieścił następujące informacje:

- na str. 30 znajduje się zdjęcie tabliczki znamionowej z objaśnieniami symboli i ostrzeżeniami - widnieje tam informacja o klasie zabezpieczeń i informacja o maksymalnym obciążeniu stołu wynoszącym 200 kg;

-w tym samym miejscu odesłano użytkownika do rozdziału, w którym podane są dokładne wartości maksymalnego obciążenia stołu - dla tego modelu stołu podano maksymalne obciążenie 200 kg.

Odwołujący zarzucił, że w tych okolicznościach oferty wszystkich trzech wykonawców powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W szczególności według Odwołującego: Z powyższych zapisów jasno wynika, że stół operacyjny TRI MAX 650NS

posiada ograniczenia. Zgodnie z zapisami instrukcji obsługi przy zmianie ułożenia stołu i jego segmentów maksymalny udźwąg może wynieść tylko 210 kg.

Odwołujący zauważył, że parametr obciążenia jest jednym z kluczowych parametrów stołu, a brak jego respektowania narusza bezpieczeństwo personelu i przede wszystkim pacjenta, który podczas zabiegu zwykle jest nieprzytomny, bezwładny, z otwartym polem operacyjnym na ciele, więc przewrócenie się stołu bądź złamanie segmentu blatu może mieć tragiczne skutki.

Odwołujący podniósł, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego wymaganiom. Tym samym obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ. Zarówno zamawiający jak i wykonawcy są związani treścią SIWZ, w tym również wszystkimi odpowiedziami na pytania wykonawców udzielanymi w ramach wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odpowiedzi ze swojej istoty często w pewien sposób zmieniają specyfikację, choćby przez to, że uszczegóławiają wymagania zamawiającego lub wskazują na ich interpretację, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że Zamawiający pomimo wniosku o udostępnienie całości dokumentacji postępowania nie przekazał wyjaśnień Formedu, uznając, że łączenie z uzasadnieniem utajnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił, że takie postępowanie narusza zasadę jawności, gdyż jak wiadomo, aby jakiegokolwiek informacje mogły zostać uznane z tajemnicę zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp muszą zostać spełnione następujące przesłanki: po pierwsze - muszą spełniać dyspozycję art. 11 ust. 4 uznk, co oznacza, że muszą mieć status informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, co do których wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności; po drugie - wykonawca musi wykazać, uzasadnić, udowodnić, że każda konkretna informacja, a więc pojedyncza informacja zastrzeżona przez niego spełnia przesłankę tajemnicy w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy pzp wymaga wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie tylko napisania jakiegokolwiek uzasadnienia. Tak więc rolą Zamawiającego w toku badania jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał (tak. m.in. Izba w wyrokach o sygn. akt: KIO 1743/16 z 30.09.2016 r., KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15 z 04.08.2015 r. oraz KIO 84/16 z 04.02.2016 r.)

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, tajemnica przedsiębiorstwa musi 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 (tak np. w wyroku z 10.05.2018 r. sygn. akt. KIO 783/18).

Odwołujący podniósł, że zastrzeganie uzasadnienia zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieuzasadnione, gdyż każdy inny wykonawca ma prawo do kontroli działań konkurenta w zakresie prawidłowości zastrzeżenia informacji składanych w ramach wyjaśnień dotyczących ceny.

Według Odwołującego również same wyjaśnienia w całości nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a co najwyżej jakieś dane liczbowe, które nie zostały ujawnione w treści oferty. Ponieważ Zamawiający w wezwaniu posłużył się standardowymi sformułowaniami zawartymi w art. 90 ust. 1 pzp, zdaniem Odwołującego nie stanowi tajemnicy fakt, czy Formed przestrzega przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tajemnicą może być jedynie wysokość zarobków), podobnie jak fakt korzystania czy też nie z pomocy publicznej, czy korzystania z jakichkolwiek przywilejów związanych z prawem ochrony środowiska, sposobu realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców, w kalkulowania kosztów gwarancji, zysku itp.

Zdaniem Odwołującego brak ujawnienia złożonych wyjaśnień pozwala stwierdzić, że dokumenty i informacje zastrzeżone przez wykonawcę Formed nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

{ad pkt 6. listy zarzutów}

Zdaniem Odwołującego oferta Formed podlega również odrzuceniu również biorąc pod uwagę brzmienie art. 90 ust. 2 i 3 pzp z uwagi na brak wystarczających dowodów dla uwiarygodnienia ceny zawartej w ofercie, a w konsekwencji

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający oszacował przedmiot zamówienia na kwotę ponad 500 tys. zł, a więc tym bardziej powinien w sposób szczególnie zweryfikować, czy przedmiot oferty jest zgodny z jego wymogami oraz czy nie została zastosowana cena rażąco niska.

Zdaniem Odwołującego w żaden sposób nie udowodniono, że stoły zaoferowane przez Formed, których cena rynkowa jest na poziomie powyżej 90 tys. zł z takim samym wyposażeniem, jak zaoferowane w mniejszym postępowaniu, zostały wycenione powyżej kosztów wytworzenia. Bez wątpienia w wyjaśnieniach nie wskazano kosztów wyposażenia stołu, które to elementy, każdy z osobna jest wyceniany i figuruje w cenniku producenta. Nie udowodniono, z jakich powodów akurat to postępowanie pozwoliło, jakie są obiektywne czynniki, jakie są okoliczności dostępne tylko temu wykonawcy, aby zaoferować stół za kwotę 65.707,00 zł. wraz z kosztami gwarancji, serwisem, które to koszty bez wątpienia stanowią istotny element ceny, a ponadto pozwoliły uzyskać zysk na tym kontrakcie.

Odwołujący ponadto wywiódł, że wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny co do zasady jest wezwaniem jednokrotnym, a wezwanie powtórne jest możliwe tylko w celu rozwiania wątpliwości powstałych na skutek pierwszych wyjaśnień.

W odpowiedzi na odwołanie datowanej na 31 sierpnia 2020 r. (zarejestrowanej u Zamawiającego pod nr 6030/20 1 września 2020 r.) Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności z następujących powodów uznając za niezasadne poszczególne zarzuty.

{ad pkt 1.-2. listy zarzutów}

Z odpowiedzi na odwołanie wynikają następujące okoliczności faktyczne dotyczące treści SIWZ i treści ofert.

SIWZ w pkt 8.1, tabela I lp. 3 Opis urządzeń, instrukcja obsługi Przedstawienie folderów, katalogów potwierdzających oferowane parametry techniczne - dla zadania nr 1.

Wszyscy wykonawcy w pkt 10. formularza ofertowego „maksymalny udźwig stołu min. 230 kg” zadeklarowali spełnienie tego wymogu, w tym: Formed i TMS Medical „maksymalny udźwig stołu 270 kg”, Konkret „maksymalny udźwig stołu 250 kg”, a Grovis „Maksymalny udźwig stołu: 270 kg - maksymalna waga obciążająca stół przy której możliwe jest wykonywanie wszystkich zakresów ruchów blatu oraz pracę w każdej pozycji”.

Wszystkie firmy uczestniczące w przedmiotowym postępowaniu przedstawiły powyżej zażądane dokumenty, w których znajduje się potwierdzenie spełnienia parametru maksymalnej nośności stołu min. 230kg:

- 1) Formed - w folderze „TriMax” na str. 6. w kolumnie parametry techniczne oraz w folderze instrukcja obsługi: str. 29. - maksymalne dopuszczalne obciążenie 270 kg, str. 7 - możliwość ułożenia pacjenta o wadze 270 kg;
- 2) TMS Medical - w folderze „TS 3000 PL” na str. 4 - możliwość ułożenia pacjenta o wadze do 270 kg (595 funtów) oraz na str. 7 w tabeli specyfikacja techniczna w kolumnie maksymalny ciężar pacjenta - 270 kg (595 funtów);
- 3) Konkret - w folderze MEDIFA 505325 na str. 2 - maksymalny udźwig stołu 250 kg;
- 4) Grovis - w folderze „CMAX3” karta str. 4 - maksymalna waga obciążająca stół przy której możliwe jest wykonywanie wszystkich zakresów ruchów blatu oraz pracę w każdej pozycji stołu: 270 kg.

Zamawiający ponadto m.in. wywiódł, że:

-nie określił w ramach specyfikacji technicznej w SIWZ - jak to określił - „szczegółowego rodzaju obciążenia”, a obciążenie stołu jako całości;

-w przywołanym powyżej pkt SIWZ nie ma tu mowy o instrukcji obsługi;

-wyjście poza dokumenty określone w SIWZ dla oceny technicznej oferty jest niedopuszczalne i naruszałoby podstawowe zasady postępowania przetargowego;

-w dobrej wierze przyjął oświadczenia wykonawców zawarte w formularzu ofertowym jako zgodne ze stanem faktycznym i uznał je za wiążące w ramach złożonej oferty;

-znalazł w złożonych przez każdego wykonawcę katalogu lub folderze potwierdzenie spełnienia parametru maksymalnej nośności stołu min. 230 kg.

Odnosnie oceny oferty Formedu Zamawiający dodał, że z przytoczonego w odwołaniu fragmentu instrukcji ze str. 7. wynika wniosek odwrotny do wysnutego w odwołaniu, gdyż nie tylko potwierdzono wymagane, ale dopuszczono obciążenie do 270 kg, a nawet większe po uzgodnieniu z dostawcą. Natomiast wskazywana w odwołaniu wartość 210 kg nigdzie nie występuje w ofercie Formedu.

Zamawiający nie widzi również sensu powoływania się na nośność poszczególnych elementów stołu (np. zagłówka 40 kg, podnóżka 40 kg), gdyż nie było wymagane, aby każdy element stołu miał mieć nośność 230 kg. Takie wymaganie nie miałoby też sensu, gdyż np. głowa człowieka waży przeciętnie poniżej 5 kg, a pacjent o masie nóg po 40 kg każda musiałby ważyć co najmniej 300 kg.

Zdaniem Zamawiającego w odniesieniu do całkowitej nośności stołu niczego nie dowodzi również okoliczność, że dopuszczalne obciążenie każdego z podnóżków spada do 20 kg po odwiedzeniu ich od osi stołu o kąt większy niż 45° każdy. Zamawiający zwrócił również uwagę, że w przypadku pacjenta bariatrycznego odwiedzenie nóg o kąt większy niż 90° (2 x 45° dla każdego podnóżka) może doprowadzić do poważnego uszkodzenia ciała pacjenta, do czego żaden szanujący zasadę primum non nocere lekarz operator nigdy nie dopuści

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Z odpowiedzi na odwołanie wynikają następujące okoliczności faktyczne dotyczące udostępniania Grovisowi wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez Formed.

Po ogłoszeniu wyboru najkorzystniejszej oferty (wyniki częściowe I z 03.08.2020) Grovis wystąpił 04.08.2020 o przekazanie części protokołu z postępowania wraz z dokumentami Formedu, które zostały przesłane mu drogą elektroniczną 10.08.2020. (dokument - akta sprawy).

11.08.2020 Zamawiający na wniosek Grovisu przesłał kolejną informację drogą elektroniczną, że Formed 16.07.2020 złożył wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny Formed złożył 16.07.2020, które zastrzegł je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, i - jak to określił Zamawiający - „trwa konsultacja w sprawie przekazania uzasadnienia zastrzeżenia TP”.

12.08.2020o godz. 12:42 Zamawiający przesłał ponownie drogą elektroniczną Grovisowi uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Formed.

W uzasadnieniu tym wskazano m.in. że treść powołanych dokumentów w ocenie Spółki Formed stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż faktycznie wystąpiły wszystkie przesłanki o których stanowi art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) a w szczególności dotyczące kwestii wartości gospodarczej i informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Spółka Formed podjęła również bardzo szczególne kroki zmierzające do zachowania ich poufności. Ponadto z całkowitą pewnością wystąpiła również przesłanka dotycząca wartości handlowej w zakresie treści dokumentów a co za tym idzie także kalkulacji zastrzeżonych przez Spółkę Formed co jest tylko i wyłącznie dodatkowym wypełnieniem powołanego przepisu. Faktem notoryjnym jest, iż wyspecyfikowane ceny przez współpracujących z nami producentów stanowią dla nas szczególną wartość gospodarczą, tajemnicę handlową, której nie chcemy udostępniać konkurencji. Mamy do tego prawo, w szczególności należy podkreślić, iż prawodawca unijny w nowej dyrektywie klasycznej mocno akcentuje rekomendację w zakresie konieczności uwzględnienia przez zamawiających tego rodzaju potrzeb przedsiębiorców i konieczność ich ochrony w tym zakresie. Powyższe z całkowitą pewnością daje podstawy faktyczne i prawne Spółce do dokonanej czynności zastrzeżenia powołanych dokumentów tym, bardziej, że szczegółowe dane handlowe (gospodarcze) jeżeli zostaną udostępnione osobom innym niż uprawnione w konsekwencji mogą powodować naruszenie interesu prawnego a ocena tej czynności należy do Państwa.

Zamawiający wywiódł, że w tych okolicznościach nie ma uzasadnienia zarzut nieudostępnienia uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień, gdyż odwołanie zostało sporządzone przed otrzymaniem przez Grovis tego uzasadnienia.

Ponadto Zamawiający oświadczył, że po zapoznaniu się zarówno z wyjaśnieniami Formedu dotyczącymi ceny za dostawę stołów operacyjnych, jak i uzasadnieniem objęcia informacji co do szczegółowej kalkulacji cenowej i wyciągów cenowych z ofert producentów uznał, że spełniają one przesłanki do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, a z drugiej strony Grovis nie złożył wniosku o odtajnienie tych dokumentów.

{ad pkt 6. listy zarzutów}

Z odpowiedzi na odwołanie wynikają następujące okoliczności faktyczne dotyczące badania ceny oferty Formedu.

Zamawiający, mając wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Formed, na podstawie art. 90 ust. 1 pzp pismem z 10 lipca 2020 r. nr 4917/20 wezwał go do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny.

Pismem z 16 lipca 2020 r. Formed udzielił odpowiedzi - przedstawił merytoryczne uzasadnienie zaoferowanej

cenę przedstawiając m.in. kalkulację cenową, opis czynników wpływających na cenę oferty, jak również oferty producentów tj. wyciągi z cenników stołów operacyjnych.

Po zapoznaniu się z tymi wyjaśnieniami Zamawiający uznał, że są one wiarygodne, realistyczne, mają oparcie w obiektywnych warunkach dostępnych Wykonawcy przy realizacji zamówienia i tym samym uzasadniają cenę, która nie jest rażąco niska.

Zamawiający zaznaczył, że specyfikacja techniczna i wyjaśnienia treści SIWZ dopuszczały możliwość oferowania co najmniej średniej klasy stołów, a oferta Formedu była najniższą ocenioną ofertą w kryterium oceny technicznej, gdzie uzyskała 15 pkt, a pozostali wykonawcy 35 i 45 pkt (w tym Odwołujący).

Zamawiający oświadczył, że miał na uwadze wyroki Izby

-z 30 lipca 2020r. sygn. akt KIO 1446/20(LEXnr 304209): W myśl przepisów ustawy z 2004 r. Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (lub kosztu) - także co do jej istotnych części składowych - spoczywa na wykonawcy, w stosunku do którego zamawiający zainicjował procedurę wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien również przedłożyć dowody na ich poparcie, w szczególności pod kątem prawidłowości dokonanej kalkulacji cenowej, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę całości przedmiotu zamówienia. To bowiem wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie.

-z 14 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 958/20(LEXnr 3043897): O rzetelności i przekonywalności wyjaśnień nie świadczy sama ilość zapisanych stron i załączników, lecz ich wartość merytoryczna. W odniesieniu do kwestii składania wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny istotne jest, aby złożone wyjaśnienia wskazywały obiektywne czynniki dostępne danemu wykonawcy, które mogą być realnie przeliczone na kwoty ponoszonych przez wykonawcę kosztów, które umożliwiają zarazem obniżenie ceny oferty w stosunku do kosztów przeciętnie kształtujących się na rynku przy realizacji danego rodzaju zamówień. Przystawiając kwoty określonych kosztów, wykonawca ma obowiązek wykazać, o ile te koszty są niższe w dostępnych jemu warunkach oraz w jaki wymierny sposób (w jakim stopniu) przewagi danego wykonawcy wpływają na wysokość ceny oferty. Podając poszczególne rodzaje kosztów (osobowe, transport, produkcja itp.) na obniżonym poziomie, wykonawca powinien przedstawić kalkulację, z której będzie wynikać jednoznacznie, że wskazane kwoty są realistyczne i mają oparcie w obiektywnych warunkach dostępnych danemu wykonawcy przy realizacji zamówienia.

W piśmie datowanym na 31 sierpnia 2020 r. Przystępujący Formed poparł stanowisko Zamawiającego i przedstawił w odniesieniu do zarzutów dotyczących jego oferty argumentację zbieżną z odpowiedzią na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz dalszych dwóch ofert, czyli wszystkich ofert, które zostały wyżej sklasyfikowane, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Oczywiście bezzasadne jest odmienne stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, który zdaje się nie dostrzegać powyższych okoliczności, choć jednocześnie zajął merytoryczne stanowisko, w którym broni

zgodności z treścią SIWZ wszystkich trzech ofert sklasyfikowanych przed Grovisem. Zamawiający błędnie zakłada, że legitymację do wniesienia odwołania bada się przez pryzmat zasadności zarzutów, a nie na moment wniesienia odwołania.

Bez znaczenia w kontekście legitymacji, o której mowa w art. 179 ust.1 pzp, są również zawarte w odpowiedzi na odwołania rozważania co do tego, że cena oferty Grovisu jako jedyna przekracza kwotę, którą Zamawiający odczytał przed otwarciem ofert jako przeznaczoną na sfinansowanie tego zadania. Jak podał sam Zamawiający, w tej chwili nie jest w stanie przewidzieć, czy byłby w stanie zwiększyć tę kwotę do ceny oferty Grovisu. Nie sposób zatem odmawiać Grovisu legitymacji do wniesienia odwołania w tym postępowaniu, wyłącznie na podstawie antycypowania czynności, która nie została jeszcze podjęta.

Odmienne interpretacja prowadziłaby w oczywisty sposób do naruszenia uprawnienia Grovisu jako wykonawcy do złożenia skutecznego środka zaskarżenia, co jest gwarantowane zarówno w przepisach krajowych, jak i prawie wspólnotowym.

Na marginesie umknęło Zamawiającemu również aktualne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z którego wynika, że legitymacji wykonawcy nie uchybia okoliczność, że w wyniku wniesionego przez niego środka zaskarżenia dane postępowanie o udzielenie zamówienia zostanie unieważnione, gdyż jego interes należy odnosić do możliwości uzyskania zamówienia na dany przedmiot zamówienia np. w kolejnym postępowaniu.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W przeciwieństwie do pozostałych dwóch skarżonych ofert, w przypadku oferty Formedu z załączonych do niej dokumentów wynika wprost potwierdzenie spełniania zadeklarowanego w formularzu oferty na 270 kg maksymalnego obciążenia stołu (przy której możliwe jest wykonywanie wszystkich zakresów ruchów blatu oraz pracę w każdej pozycji stołu) - zarówno z katalogu „Tri-Max 650 NS” (patrz str. 6.), jak i instrukcji obsługi „Elektrohydraulicznych stołów operacyjnych z serii TRIMAX650 NS (patrz str. 7.). Nie ma przy tym potrzeby przytaczania brzmienia treści tych dokumentów, gdyż została ona adekwatnie zacytowana lub opisana w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, co powyżej zrelacjonowano.

Zastrzeżenie, że do takiego obciążenia wszystkie funkcje stołu są dostępne w razie równomiernego obciążenia obu stron blatu i blokady kół oczywiście nie są tu żadnym ograniczeniem, a wskazaniem bezpiecznego sposobu użytkowania stołu, który dla każdego powinien być oczywisty.

Z kolei zamieszczone wcześniej w instrukcji (na str. 6) informacje o wynoszącym po 40 kg maksymalnym obciążeniu zagłówka i każdego z podnóżków (w przypadku tych ostatnich zmniejszającym się o połowę w razie odchylenia ich o kąt powyżej 45°), nie prowadzą do wysnutego w odwołaniu wniosku (który bynajmniej nie ma oparcia w prawach fizyki), że faktyczna maksymalna obciążalność stołu wynosi 210 kg (czy wg wersji z rozprawy - 220 kg).

W ocenie Izby nic nie wnosi do sprawy złożony na rozprawie przez Odwołującego wydruk korespondencji mailowej pomiędzy osobą podającą się za lekarza użytkującego stół Trimax 660NSB a osobą z działu serwisowego producenta BenQ MedicalTech. Abstrahując od wątpliwości natury formalnej (wydruk nieopatrzonej jakimkolwiek podpisem, brak możliwości stwierdzenia, czy te osoby są tymi, za kogo się podają i czy udzielający odpowiedzi jest uprawniony do udzielania informacji w imieniu producenta), gdyż skoro pytanie dotyczyło pacjenta o masie ciała 220 kg, takiego dokładnie przypadku dotyczy udzielona odpowiedź. Innymi słowy nie wynika z tej korespondencji, że gdyby pytano o pacjenta o masie do 270 kg (- ciężar wyposażenia stołu), również w tym przypadku odpowiedź nie byłaby pozytywna.

Podobne wątpliwości natury formalnej (wydruk ze skanem faksymile podpisu, brak możliwości stwierdzenia, że jest to podpis tej osoby, a osoba ta jest uprawniona do działania w imieniu producenta) budzi oświadczenie załączony do pisma Przystępującego, co jednak nie ma znaczenia, skoro jest to oświadczenie zbieżne w treści z tym, co wynika z instrukcji obsługi.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest bezzasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp (który z kolei nakazuje zamawiającemu poprawienie innych niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe omyłek polegających na wystąpieniu takiej niezgodności, jeżeli nie powoduje to istotnych zmian w treści oferty).

Skoro zaoferowany przez Formed stół operacyjny spełnia wymaganie, aby maksymalne obciążenie stołu, przy którym możliwe jest wykonywanie wszystkich zakresów ruchów blatu oraz pracę w każdej pozycji stołu wynosiło co najmniej 230 kg, w przypadku tej oferty nie zachodzi hipoteza powyżej przywołanego przepisu.

Jak się słusznie wskazuje w doktrynie: Należy mieć na względzie to, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Mówiąc inaczej, nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Prawa zamówień publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych [Stefan Babiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, LexisNexis 2013, komentarz do art. 89].

{rozpoznanie zarzutów z pkt 3. i 4. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne było, że w wyniku udzielonych wyjaśnień odnośnie parametru z pkt 10. tabeli (specyfikacji technicznej - załącznika szczegółowego nr 1 dla stołu operacyjnego z przeznaczeniem do zabiegów chirurgicznych, ortopedycznych, neurochirurgicznych, ginekologicznych), aby maksymalny udźwig stołu wynosił min. 230 kg, został on uściślony w ten sposób, że przy takim obciążeniu możliwe jest wykonywanie wszystkich zakresów ruchu blatu oraz praca w każdej pozycji stołu.

Nie sposób podzielić zaskakującej interpretacji Zamawiającego, który z faktu niefortunnie językowo sformułowanego w pkt 8.1.3. SIWZ żądania dokumentu na potwierdzenie spełniania powyższego parametru {Wymagany dokument [...] Opis urządzeń, instrukcja obsługi - Przedstawienie folderów, katalogów potwierdzających oferowane parametry techniczne - dla zadania nr 1}, wywiódł, że złożone wraz z ofertami przez wszystkich wykonawców instrukcje obsługi nie podlegały jego weryfikacji jako dokumenty, których nie żądał. Abstrahując od tego, że gdyby kierować się ściśle znaczeniem powyższego zdania, wynikałoby z niego, że jego autor [oczywiście błędnie] uważa foldery i katalogi za rodzaj opisu lub instrukcji obsługi, najwyraźniej nie budziło żadnych wątpliwości wykonawców, czyli adresatów tego oświadczenia woli, że najlepszym wykonaniem tak sformułowanego żądania będzie złożenie, obok folderu czy katalogu, właśnie instrukcji obsługi. Dla profesjonalistów oczywiste jest bowiem, że wartość dowodowa bardziej szczegółowej instrukcji obsługi urządzenia, która ma pozwalać jego użytkownikowi na jego bezpieczną eksploatację, jest większa niż z istoty rzeczy ogólnych folderów czy katalogów, mających wymiar przede wszystkim marketingowy.

Zamawiający nie jest zresztą konsekwentny, bo w przypadku Formedu w odpowiedzi na odwołanie powołał się również na treść instrukcji obsługi, której rzekomo miał nie brać w ogóle pod uwagę jako niedopuszczalne i naruszające podstawowe zasady postępowania przetargowego.

Przed wszystkim nawet gdyby owe instrukcje obsługi nie zostały złożone na żądanie Zamawiającego, lecz z własnej inicjatywy przez wykonawców, nie sposób pominąć tych dokumentów przy badaniu zgodności przedmiotu oferty z opisem przedmiotu zamówienia, w szczególności gdy wynika z nich stan rzeczy odmienny od tego zadeklarowanego w oświadczeniu woli wykonawcy. Z pewnością w takim przypadku przestaje działać zasada traktowania w dobrej wierze takich oświadczeń i nie można już na nich bezkrytycznie polegać. Taki wzorzec postępowania nie tylko odpowiada zdrowemu rozsądkowi i racjonalnemu wydatkowaniu środków finansowych, ale nie jest sprzeczny z żadną z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarówno w przypadku wykonawcy TMS Medical, jak i wykonawcy Konkret załączone przez nich do ofert instrukcje obsługi oferowanych stołów operacyjnych nie potwierdzają treści oświadczenia woli co do maksymalnej obciążalności, a w każdym razie jednoznacznie wynika z nich, że żaden z tych stołów operacyjnych nie spełnia minimalnego parametru, aby maksymalny udźwig, przy którym możliwe jest wykonywanie wszystkich zakresów ruchu blatu oraz praca w każdej

pozycji stołu, wynosił co najmniej 230 kg. O ile w przypadku wykonawcy TMS Medical może to wynikać z przeoczenia treści wyjaśnienia rozumienia parametru z pkt 10. specyfikacji technicznej SIWZ [zaoferowany stół Trusystem 3000 co prawda może być obciążony 270 kg, ale w takim przypadku jego ruchy są ograniczone, a dopiero przy 200 kg obciążenia są dostępne wszystkie jego funkcje ruchu], o tyle nie wiadomo, na jakiej podstawie wykonawca Konkret zadeklarował w formularzu oferty i folderze [oba dokumenty zostały podpisane przez tę samą osobę działającą w imieniu tego wykonawcy], że obciążenie maksymalne oferowanego stołu marki Medifa typ 505325 wynosi 250 kg [można jedynie przypuszczać, że jest to tzw. wielkość marketingowa], skoro w instrukcji obsługi dla tego typu stołu wskazano jedynie 200 kg jako bezpieczną ładowność (patrz tabela danych technicznych na str. 37).

Przed wszystkim zauważyć należy, że Zamawiający ani nie zaprzeczał, ani nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych do tego, co wynika z tych instrukcji obsługi, na które powołał się Odwołujący (a dodatkowo złożył ich wydruk na rozprawie), ograniczając się w tym przypadku do oświadczenia, że nie brał treści tych dokumentów pod uwagę przy badaniu ofert.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. - jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również

sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający.

Oile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu

1przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2478/13}.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2 - 5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawiać się może zarówno w aspekcie formalnym - niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym - niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Innymi słowy niezłożenie dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, co jednak musi być poprzedzone umożliwieniem uzupełnienia dokumentu dotkniętego brakiem w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Jednakże tryb ten nie może służyć obejściu braku sprecyzowania treści oferty ani prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem w sytuacji, gdy z dokumentu takiego wynika jednoznacznie, że przedmiot oferty nie posiada parametrów, o których istnieniu zapewniał wykonawca w swoim oświadczeniu woli, co do zasady nie ma faktycznych podstaw do jego uzupełniania, gdyż nie jest on niekompletny, nie zawiera błędów ani nie budzi wątpliwości, które to braki są objęte hipotezą normy art. 26 ust. 3 pzp.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz

przejrzystości.

W ustalonych powyżej okolicznościach sprawy nie ma podstaw do zastosowania ani art. 26 ust. 3 pzp, ani art. 87 ust.1 pzp, ani tym bardziej art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, skoro z instrukcji obsługi dotyczących stołów operacyjnych zaferowanych przez wykonawcę TMS Medical i wykonawcę Konkret wprost i jednoznacznie wynika, że nie spełniają jednego z parametrów technicznych specyfikacji technicznej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 5. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Co prawda w odpowiedzi na odwołanie adekwatnie przytoczono brzmienie zasadniczej części uzasadnienia podanego przez Formed, jednak ani z tej, ani z pozostałej jego treści (sprowadzającej się do przywołania i omówienia przepisów, zresztą nie w aktualnie obowiązującym brzmieniu, a także wybranego orzecznictwa) nie wynika wykazanie wartości gospodarczej zawartych w nich informacji. Formed nie był bowiem w stanie sprecyzować, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji zawartych w tych wyjaśnieniach osłabiłoby jego pozycję rynkową względem innych wykonawców. Wykonawca nie był w stanie nawet sprecyzować, czy informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter handlowy, gospodarczy czy organizacyjny lub też jeszcze inny. Nie zostało również skonkretyzowane, w jaki sposób ujawnienie poszczególnych lub całości informacji zawartych w tym dokumencie (oraz w załączonych do niego dokumentach) może wymiernie negatywnie wpłynąć na rynkową pozycję Formedu.

Przytoczona za odpowiedź na odwołanie część uzasadnienia nie tylko sprowadza się do samych zapewnień, że na pewno zostały spełnione przesłanki (błędnie wskazanego) art. 11 ust. 4 uznk, ale przede wszystkim rozmija się z tym, co faktycznie jest zawarte w wyjaśnieniach lub do nich załączone. Po pierwsze - nie ma tam żadnych ofert producentów, są natomiast zestawienia cen ofert z różnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na zbliżony przedmiot zamówienia, które z istoty rzeczy są domeną informacji publicznie dostępnej, do której nie można ograniczać dostępu. Po drugie - cennik własny na potrzeby dystrybutorów Formedu nie stanowi żadnej szczegółowej kalkulacji, czyli wyliczenia, z którego wynikałoby, co ile kosztuje i jak zostało to wyliczone.

Również nie wskazano żadnych działań mających na celu zachowanie w poufności informacji zawartych w wyjaśnieniach, poprzestając na zapewnieniu, że takowe zostały podjęte, bez podania nawet, na czym one konkretnie polegały, nie mówiąc już o przedstawieniu jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

Formed nie sprostął także obowiązкови udowodnienia, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały podjęte niezbędne działania celem zachowania również z tego względu, że nie załączono żadnego dokumentu potwierdzającego, że adresaci cennika, którzy wg jego treści mogą udzielać rabatu w granicach w nim wskazanych, zostali zobowiązani do zachowania tych informacji w poufności.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest zasadny.

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia

obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z 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.). Ponadto według art. 8 ust.3 pzp wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się jednolicie, że w przypadku informacji zawartych w innych dokumentach niż oferta czy wniosek, analogicznie wraz z ich złożeniem i zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać jego zasadność.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać kumulatywne spełnienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej de lege lata w art. 11 ust. 2 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze - mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie - jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie - że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest obiektywne posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Natomiast za oczywiście błędne należy uznać stanowisko Zamawiającego, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z przywołanego powyżej przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 pzp.

Izba odstąpiła od nakazywania Zamawiającemu udostępnienia wyjaśnień Formedu Odwołującemu tylko z tego względu, że nie ma to już znaczenia dla wyniku tej sprawy ani nie może otworzyć pola do stawiania nowych

zarzutów, skoro potwierdził się zarzut, który został omówiony poniżej.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 6. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Jak to już napomknęto na potrzeby poprzedniego zarzutu, wbrew odmiennym twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, wyjaśnienia nie zawierają ani szczegółowej kalkulacji cenowej, ani wyciągów cenowych z ofert producentów, w szczególności brak w nich podstawowej informacji, za jaką cenę Formed, który nie jest przecież producentem oferowanych stołów, nabywa je od producenta, czyli od BenQ Medical Technology Corp. z siedzibą w Tajpej na Tajwanie. Jedyny konkretny dokument dotyczący przedmiotu oferty to cennik sporządzony przez Formed dla swoich dystrybutorów. Innymi słowy dla uzasadnienia ceny oferty Formed ograniczył się do załączenia sporządzonego przez siebie cennika, który nie wiadomo, na czym bazuje, w szczególności jak się mają wskazane w nim ceny do kosztów, które ponosi Formed przy zakupie stołów operacyjnych od ich producenta.

Wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, nie otrzymał w wyjaśnieniach żadnych konkretnych informacji, które pozwoliłyby na ich pozytywne zweryfikowanie, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, która przecież wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest zasadny.

Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty Formedu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 o, gdyż w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach złożonych w trybie 90 ust. 1 i 2 pzp Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i

ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX

Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że cena oferty Formedu odbiegała od ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością i ubruttowionej wartości zamówienia więcej niż 30%, a jednocześnie

Zamawiający nie stwierdził, że wynika to z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, co czyniło koniecznym wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na Formed nakładało obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest - na zamawiającym (pkt 2). Należy wziąć jednak pod uwagę, że z powyżej przywołanego art. 90 ust. 2 pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalały na akceptację ceny oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiście jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego.

Z powyższych względów Izba nie mogła wziąć pod uwagę znaczącego rozszerzenia okoliczności dotyczących ceny oferty Formedu, które Odwołujący wskazał dopiero na rozprawie, co jednak w tym przypadku nie miało znaczenia dla wyniku sprawy z uwagi na trafnie zaskarżoną czynność Zamawiającego z uwagi na niewystarczającą treść złożonych mu wyjaśnień, co Odwołującemu udało się trafnie zidentyfikować pomimo braku dostępu do ich treści.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 pzp wszczęło procedurę, w której Formed obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno

obowiązkiem odrzucenia oferty przez Zamawiającego, bez stwarzania Formedowi kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 1. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 pzp ma charakter wtórny i nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, jest on zasadny skoro potwierdziło się, że oferta Formedu powinna zostać odrzucona.

Natomiast wobec nieprzedstawienia żadnych okoliczności wskazujących, na czym miałyby polegać nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp należało uznać za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w stosunku do oferty Formedu - orzeczono, jak w pkt 2. 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 lit. b oraz § 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono, w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy. Izba uznała, że nieuwzględnienie tylko jednego zarzutu jest bez znaczenia, zwłaszcza że łącznie zasadność wszystkich pozostałych zarzutów spowodowała konieczność uchylecia dotychczasowego wyniku postępowania o udzielenie zamówienia i otworzyła drogę dla uzyskania tego zamówienia przez Odwołującego, czyli w tym sensie sprawa zakończyła się jego pełnym zwycięstwem.