Sygn. akt: KIO 2044/22

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2022 roku przez Wykonawcę Medikol Solution sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Zdroje" w Szczecinie
przy udziale Wykonawcy SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Samodzielnemu Publicznemu

Specjalistycznemu Zakładowo Opieki Zdrowotnej „Zdroje" w Szczecinie

1. :

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr

47, 48, 49, 50 i 52 tj. oferty Wykonawcy SK-MED Systems Sp. z o.o. z

siedzibą w Poznaniu,

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części wskazanych w pkt 1.1.

1.3. odtajnienie treści wyjaśnień ceny oferowanej przez Wykonawcę SK-MED

Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w zakresie części 47, 48, 49, 50 i 52 zamówienia w piśmie z dnia 8 czerwca 2022 r., zawierających informacje w zakresie składników cenotwórczych oraz sposobu wyliczenia cen usługi serwisu w zakresie tych części, za wyjątkiem danych dostawców i informacji na temat wysokości rabatów podanych w dowodach (fakturach, umowach) załączonych do wyjaśnień, a także poprawionego pisma w sprawie ceny stanowiącego załącznik do dodatkowych wyjaśnień z dnia 4 lipca 2022 r.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Samodzielny Publiczny

Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Zdroje" w Szczecinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Medikol Solution sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 075,00 zł (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Medikol Solution sp. z o.o. z siedzibą w

Poznaniu poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Samodzielnego Publicznego Specjalistycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Zdroje” w Szczecinie na rzecz Odwołującego - Medikol Solution sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 075,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2044/22

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi polegającej na wykonaniu okresowych przeglądów technicznych, napraw i konserwacji aparatury medycznej znajdującej się w SPSZOZ „Zdroje” w pakietach", nr ref: 10/2022, w zakresie części nr 47, 48, 49, 50, 52, 55. Ogłoszenie - DzUUE 2022/S 079-212802.

Odwołujący: Medikol Solution spółka z o.o. w Poznaniu otrzymał 25.07.2022 r. informację o wyniku postępowania; 29.07.2022 r. odmowę udostępniania treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez SK-MED wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień;

Zamawiający zaniechał odtajnienia wyjaśnień pomimo, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone w całości wyjaśnienia obejmują informacje o charakterze standardowym, dotyczące podstawowych składników kosztowych występujących w przypadku zamówienia, takich jak: koszt robocizny, materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych, koszty dojazdu, koszty ogólne i zysk, które to składniki są takie same w przypadku innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ponadto wykonawca SK-MED nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia ma charakter ogólnikowy i sztampowy, w tym samym brzmieniu mogłoby zostać wykorzystane w jakimkolwiek innym postępowaniu.

Zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych informacji uniemożliwiło Odwołującemu postawienie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert wybranych z uwagi na rażąco niską cenę oraz złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, błędu w obliczeniu ceny oraz niezgodności treści ofert z warunkami zamówienia — które w ocenie Odwołującego mogłyby zostać postawione, gdyby udostępniono mu bezpodstawnie zastrzeżone informacje.

Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert wykonawcy SK-MED złożonych w częściach nr 47, 48, 49, 50, 52, 55 — odrzuciłby te oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) jako „uznk” w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — przez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę SK-MED, mimo że wykonawca nie

wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 w zw. z art. 239 ust. 1 PZP - przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę SK-MED, mimo że wyłącznie niektóre informacje w dowodach załączonych do wyjaśnień, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło postawienie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z w zakresie części 47, 48, 49, 50, 52, 55 postępowania,

2. powtórzenia czynności oceny i badania ofert w części 47, 48, 49, 50, 52, 55,

3. odtajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy SK-MED z dnia

8.06.2022 r., zawierających informacje w zakresie składników cenotwórczych oraz sposobu wyliczenia cen usługi serwisu w zakresie wskazanych części, za wyjątkiem danych dostawców i informacji na temat wysokości rabatów podanych w dowodach (fakturach, umowach) załączonych do wyjaśnień, a także poprawionego pisma w sprawie RNC stanowiącego załącznik do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 4.07.2022 r.

4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej po przeprowadzeniu ww. czynności, z uwzględnieniem odtajnienia wyjaśnień oraz rzetelnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji — prowadziłoby do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy SK-MED w zakresie części 47, 48, 49, 50, 52, 55 postępowania.

UZASADNIENIE

1.-4. Zakresem przedmiotu zamówienia objęte jest świadczenie usług konserwacji i bieżących napraw, okresowych przeglądów technicznych, zapewniających sprawną i bezpieczną eksploatację aparatury i sprzętu medycznego zamawiającego . Zgodnie z wzorem załączników nr 1.1 do SWZ - „szczegółowa oferta cenowa" oraz postanowieniami § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy w ramach ceny oferty w każdym pakiecie należało podać odrębne ceny za: okresowe przeglądy techniczne i konserwacje każdego z aparatów, naprawy każdego z aparatów, przy czym w przypadku napraw wykonawcy mieli podać ryczałtowe ceny miesięczne za nielimitowane naprawy każdego z aparatów, bez części zamiennych.

W zakresie wymagań obliczenia ceny za przeglądy techniczne są wymagania SWZ: § 4 ust. 1 pkt 2 wzorów umowy — wynagrodzenie z tyt. wykonania przedmiotowej usługi w zakresie dot. przeglądu technicznego i konserwacji jest wynagrodzeniem jednorazowym, płatnym po wykonaniu przez Wykonawcę czynności, o których mowa w art. 90 ust 7 ustawy o wyrobach medycznych. Wynagrodzenie musi obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotowej usługi, w szczególności: oględziny i diagnostykę urządzenia (aparatu), pracę serwisu, czas, koszty zakwaterowania i dojazdu serwisanta, koszty konserwacji oraz koszty materia łów konserwacyjnych użytych przy wykonywaniu czynności związanej z przedmiotową usługą (U, bezpieczniki topikowe, żarówki sygnalizacyjne, drobne uszczelki, śrubki/ podkładki, nakrętki, smary, oleje, benzyna ekstrakcyjna, końcówki i krótkie odcinki przewodów, taśmy izolacyjne i inne materiały eksploatacyjne).

Ponadto w VIII „Opis sposobu obliczenia ceny" ust. 12 SWZ: W załączniku nr 1.1 do SWZ - „szczegółowa oferta cenowa" Wykonawca zobowiązany jest wpisać cenę w skład której wchodzi: 1) konserwacja, 2)działania serwisowe,3) przeglądy,4)regulacje, 5) kalibracje, 6) wzorcowania, 7) sprawdzenie i kontrola bezpieczeństwa wyrobu stosowanego do udzielania świadczeń zdrowotnych, wynikające z instrukcji używania lub zaleceń.

Zgodnie z § 1 ust. 4 pkt 3 wzorów umowy: 3) Wykonawca zobowiązany jest do wykonania jej w ramach wynagrodzenia ryczałtowego uzyskiwanego z tytułu konserwacji i bieżących napraw. W przypadku konieczności zakupu części potrzebnych do wykonania naprawy Wykonawca przedłoży ofertę na zakup materiałów i części zamiennych niezbędnych do naprawy w terminie 7 dni od daty wykonania przeglądu.

Zgodnie z § 1 ust. 3 pkt 18— w przypadku konieczności naprawy aparatury Wykonawca jest zobowiązany m.in. do: b) wliczenia kosztów materiałów konserwacyjnych użytych przy wykonywaniu czynności związanej z przedmiotową usługą (5. bezpieczniki topikowe, żarówki sygnalizacyjne, drobne uszczelki, śrubki, podkładki, nakrętki, smary, oleje, benzyna ekstrakcyjna, końcówki i krótkie odcinki przewodów, taśmy izolacyjne i inne materiały eksploatacyjne) do wynagrodzenia ryczałtowego za dane urządzenie.

Na każdy pakiet zamówienia będą zawierane odrębne umowy w sprawie zamówienia.

W częściach, których dotyczy odwołanie, niezależnie od różnic cen całkowitych ofert SK-MED w stosunku do wartości zamówienia oraz średniej cen złożonych ofert w każdej z części, wykonawca podał znacząco odbiegające od cen pozostałych wykonawców ceny miesięczne.

Dla porównania — w pakiecie 47 Odwołujący zaoferował ryczałt rbg napraw miesięcznie w wysokości 972 zł brutto dla każdego aparatu, SK-MEDu w tym pakiecie na poziomie: 80 zł/30 zł/50 zł. W pakiecie 52 — SK-MED zaoferował miesięczne ceny na poziomie nawet 5 zł.

13.06.2022 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo i poinformował o rażąco niskiej cenie SK-MED m.in. w zakresie części 47, 48, 49, 50, 52, 55. Wskazywał, że nie ma możliwości wykonania okresowych przeglądów technicznych aparatów wskazanych w wymienionych pakietach zgodnie z SWZ, za ceny SK-MED.

Zamawiający wezwał SK-MED do złożenia wyjaśnień w sprawie rnc. SK-MED 8.06.2022 r. złożył wyjaśnienia - których treść w całości zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pomimo dwukrotnych wniosków o udostępnienie Zamawiający nie udostępnił tych wyjaśnień.

Wskazał, że wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie przekazał treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. SK-MED złożył również dodatkowe wyjaśnienia RNC z dnia 4.07.2022 r., opatrzone zastrzeżeniem tajemnicy, które zostały udostępnione, — bez załączników.

SK-MED stosuje praktykę utajniania wyjaśnień rnc ceny również w innych postępowaniach przedmiotowo tożsamych z niniejszym. Oferty SK-MED są odrzucane przez zamawiających z uwagi na brak wykazania w wyjaśnieniach rnc wiarygodności i realności oferowanych cen: w postępowaniu dla Szpitala Wojewódzkiego w Suwałkach" SK-MED złożył wyjaśnienia rnc, które zostały uznane przez Zamawiającego za nieuzasadniające podanej w ofercie ceny i oferta została odrzucona z uwagi na brak wykazania realności i wiarygodności.

W postępowaniu na rzecz SP ZOZ w Międzyrzecu Podlaskim SK-MED również złożył wyjaśnienia rnc nie zaakceptowane i oferta została odrzucona z przyczyn jw.

W postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni w Grodzisku Maz. SK-MED złożył wyjaśnienia rnc, a zamawiający uznał, że wykonawca nie udowodnił braku rażąco niskiej ceny w ofercie; ofertę odrzucono.

Identyczne odrzucenia ofert miały miejsce w szpitalach w Bochni oraz Sopocie.

SK-MED stosuje mechanizm utajniania składanych wyjaśnień w celu wyeliminowania możliwości weryfikacji twierdzeń formułowanych w tych wyjaśnieniach.

Utajnienie wszystkich informacji kluczowych do oceny czy zaoferowane ceny wykonania usługi okresowych przeglądów technicznych, napraw i konserwacji skomplikowanych i zaawansowanych technicznie urządzeń medycznych — wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, są rażąco niskie uniemożliwia Odwołującemu analizę oferty wykonawcy w zakresie rnc oraz złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia - co skutkuje brakiem możliwości sformułowania zarzutów w tym zakresie.

Działania Zamawiającego polegające na uznaniu zastrzeżenia za skuteczne ograniczają prawo Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Nieuprawnione utajnienie złożonych wyjaśnień wyłącza możliwość skutecznego dochodzenia praw przez Odwołującego.

Przechodząc do uzasadnienia poszczególnych zarzutów należy wskazać:

1. Nieprawidłowe, niezgodne z zaleceniami producenta wykonywanie czynności przeglądu, napraw i konserwacji wskazanych urządzeń medycznych - powoduje niebezpieczeństwo dla zdrowia i życia pacjentów. Ceny wykonawcy SK-MED— kształtują się na ekstremalnie niskim poziomie — w większości przypadków są niższe o więcej niż 80% lub 90% od wartości zamówienia, i od średniej cen ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 w danej części: w zakresie pakietu nr 47 — Sprzęt RTG Philips - cena SK-MED tj. 6 120 zł jest niższa o ponad 90% od wartości zamówienia, tj. od 94 292,84 zł brutto oraz jest niższa o ponad 80% od średniej złożonych ofert tj. od kwoty 53 358,72 zł brutto.

w zakresie pakietu nr 48 — Sprzęt RTG TMS - cena SK-MED tj. 1 600 zł jest niższa o ponad 90% od wartości zamówienia, czyli od kwoty 38 771,14 zł i jest niższa o ponad 80 % od średniej cen wszystkich złożonych ofert od kwoty 13 760,00 zł brutto.

w zakresie pakietu nr 49 - Sprzęt RTG Ziehm — cena SK-MED 2 680 zł jest niższa o ponad 90% od wartości zamówienia, czyli od kwoty 47 626,27 zł brutto i jest niższa o ponad 80 % od średniej arytmetycznej cen, tj. od kwoty 16 892,00 zł brutto.

w zakresie pakietu 50 - Sprzęt RTG Samsung GC 80V — cena SK-MED 2 920 zł jest niższa o ponad 90% od wartości zamówienia, czyli od kwoty 50 019,55 zł brutto i jest niższa o ponad 80 % od średniej arytmetycznej cen ofert tj. od kwoty 20 144,00 zł brutto.

w zakresie pakietu 52 - Sprzęt RTG Zen — cena SK-MED 1 600 zł - jest niższa o ponad 90% od wartości zamówienia, czyli od kwoty 73 234,37 zł brutto oraz jest niższa o ponad 90 % od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, tj. od kwoty 16 326,80 zł brutto,

w zakresie pakietu nr 55 — Sprzęt RTG Siemens - cena SK-MED 4 210 zł jest niższa o ponad 90% od wartości zamówienia, czyli od kwoty 47 271,10 zł oraz jest niższa o ponad 80 % od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert od kwoty 25 919,00 zł brutto.

Jednocześnie w ramach utajnienia oraz samych wyjaśnień podaje sprzeczne informacje, które są następnie przedmiotem „poprawiania" ze strony Sk-MED.

Niewiarygodność uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika m.in. z faktu powoływania się w utajnieniu na wartość gospodarczą informacji takich jak dane o pracownikach i ich wynagrodzeniu: SK-MED wskazał w utajnieniu na posiadany zespół pracowników, możliwość „podkupywania" pracowników oraz strukturę zatrudnienia - to twierdzenie nie może odnosić się do właścicieli. Sk-MED wyraźnie rozróżnia współudziałowców Spółki, będących jednocześnie członkami jej zarządu, od rzekomych pracowników. W przypadku właścicieli— ich dane są jawne, są podawane w dokumentach rejestrowych spółki. Tymczasem w dodatkowych wyjaśnieniach z 4.07.2022 r. Sk-MED stwierdza, że NIE ZATRUDNIA ŻADNYCH PRACOWNIKÓW: Powyższe stanowi przykład manipulacyjnego utajnienia wyjaśnień RNC, który najpierw usiłuje powołać się na wartość gospodarczą pracowników i ich wynagrodzeniach, następnie stwierdzając— że nie zatrudnia żadnych pracowników. SK-MED nie wykazał, że w zastrzeżonych wyjaśnieniach RNC przekazał dane stanowiące „całe know-how" firmy. Z uzasadnienia nie wynika w jaki sposób za know-how miałaby zostać uznana prosta informacja o czynnikach cenotwórczych, które wykonawca bierze pod uwagę przy wycenie oferty. SK-MED nie wykazał, że informacje na temat stosowanych materiałów w całości stanowią tajemnicę. Nie uzasadnił, że informacje nt. materiałów są inne niż w zakresie nazw dostawców i rabatów — stanowią informacje posiadające wartość gospodarczą.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dn. 8.06.2022 r. ma charakter ogólnikowy i sztampowy, ogólny i nieskonkretyzowany do przedmiotowego zamówienia. Ze względu na ogólny charakter analogiczne uzasadnienie mogłoby być sporządzone i złożone przez wykonawcę SK-MED w jakimkolwiek innym postępowaniu, i w odniesieniu do jakichkolwiek innych informacji.

Uzasadnienie zastrzeżenia jest powieleniem uzasadnień złożonych w poprzednio prowadzonych postępowaniach.

Wykonawca nie ukazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji - tj. usług okresowych przeglądów, napraw i konserwacji urządzeń medycznych — należałoby wykazać, jaką wartość gospodarczą posiada w szczególności uzasadnienie kosztów, kalkulacja cenowa, informacja o stawkach wynagrodzeń inżynierów serwisu oraz kosztach ich dojazdu do Szpitala, koszcie zakupu nowych, oryginalnych części do aparatów będących przedmiotem zamówienia.

SK-MED nie wykazał szkody, jaka wiąże się z ujawnieniem zastrzeżonych informacji.

Nie wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych informacje podjął działania w celu utrzymania ich w poufności. Brak w tym zakresie jakichkolwiek dowodów.

Wykonawca nie przedstawił nawet „wzorów" klauzul poufności, nie przywołał informacji identyfikujących dokumenty. SK-MED nie wykazał, że doszło do zawarcia takich umów.

W konsekwencji nie wykazał również, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi załącznik do wyjaśnień RNC z 4.07.2022 r. w postaci poprawionych wyjaśnień głównych z 8.06.2022 r.

W dodatkowych wyjaśnieniach Sk-Med wskazał m.in. cyt. "w związku z powyższym załączamy raz jeszcze pismo odnośnie RNC uwzględnionymi m.in. w/w poprawkami oraz "również ta omyłka została skorygowana w załączonym piśmie odnośnie RNC" : Sformułowanie „(Koszty wynagrodzeń pracowników) użyte w tabeli w pkt. II Lp. 1, jest sformułowaniem nieprecyzyjnym. Jednakże ma ono na celu ułatwić identyfikację kosztów osobowych. Przesyłam raz jeszcze jasno odnośnie RNC z poprawkami. W związku z powstałymi błędami rachunkowymi w tabeli z pkt II, dokonaliśmy jej korekty.

Poprawione zostały błędy rachunkowe wskazane przez Zamawiającego we wspomnianym piśmie z dnia 30,062022 r. Kwota 20 995,54 wpisana w tabeli z pkt II Lp. 4 koszty materiałów jest kwotą błędną. winna być wpisana prawidłowa kwota, czyli 22 000,00 zł. Również ta omyłka rachunkowa została korygowana w załączonym piśmie odnośnie RNC.

SK-MED nie przedstawił odrębnego uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dodatkowych wraz z ewentualnymi załącznikami. Wyjaśnienia dodatkowe zostały jedynie opatrzone stwierdzeniem, że są składane „z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa". Natomiast Zamawiający nie uznał skuteczności przedmiotowego zastrzeżenia i udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia dodatkowe. Zamawiający powinien również przekazać ewentualny załącznik do wyjaśnień w postaci nowej wersji z 8.06.2022 r.

Możliwość nieujawnienia informacji w postępowaniu należy traktować jako sytuację wyjątkową, a podstawy do skorzystania z niej traktować zawężająco.

II. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w sprawie rnc złożonych przez wykonawcę SK-MED, mimo że wyłącznie dowody załączone do wyjaśnień potwierdzające koszty - umowy, faktury identyfikujące dostawców i kooperantów SK-MED — w zakresie nazw oraz rabatów mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uniemożliwiło postawienie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybrane. W pozostałym zakresie — informacje w wyjaśnieniach z 8.06.2022 r. - kluczowe do oceny oferty pod kątem rnc - w tym uzasadnienie kosztów, kalkulacja cenowa oraz dane takie jak informacja o stawkach wynagrodzeń inżynierów serwisu oraz kosztach ich dojazdu do Szpitala, koszcie zakupu materiałów i narzędzi dedykowanych do aparatów będących przedmiotem zamówienia, nie stanowią informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą.

Struktura kosztów w przypadku niniejszej usługi serwisowej jest standardowa. Nie występuje możliwość powoływania się na innowacyjną metodę wykonania, szczególne „know-how" dostępne wyłącznie wykonawcy SK-MED.

Podstawowym składnikiem kosztowym usługi serwisu jest koszt robocizny, materiałów i dojazdu. W przypadku usług serwisu urządzeń medycznych - do podstawowych składników kosztowych należą, koszt zatrudnienia pracownika, materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych oraz koszt narzędzi, dojazdu, koszty ogólnozakładowe i administracyjne, zysk.

Nie występują inne składniki kosztowe. Niedopuszczalne jest zastrzeganie całości dokumentów, zawierają one również informacje, które nie mogą być chronione. Możliwe jest utajnienie wyłącznie konkretnych informacji, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. SK-MED zastrzegł całość wyjaśnień RNC, podnosząc argument o „skondensowaniu" tekstu wyjaśnień. Wykonawca mógł bez większych przeszkód przygotować wersję z „zakrytymi" fragmentami wyjaśnień, które nie powinny być ujawniane,

Zamawiający nie powinien bezkrytycznie akceptować takiego uzasadnienia.

Odwołujący posiada również dostęp do sześciu informacji o odrzuceniu oferty SK-MED w postępowaniach o zbliżonym przedmiocie zamówienia z uwagi na niewykazanie w wyjaśnieniach RNC realności i wiarygodności oferowanych cen. Wyjaśnienia te — każdorazowo były utajniane przez SK-MED. Załączono dokumenty wskazane dot. postępowań opisanych.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Uzasadniając stanowisko wskazał, że Odwołujący się nie ma racji, jako że informacje zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego i zastrzeżone przez niego jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa spełniają wszystkie wymagania do tego, aby być uznane jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępującego w

rozumienia art. 11 ust. 2 uznk, a w szczególności :

- posiadają wartość gospodarczą, co przejawia się min. w tym, iż umożliwiają Przystępującemu składanie wysoce konkurencyjnych ofert w zakresie ceny,

- nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem, co przejawia się między innymi w tym, iż Odwołujący ich nie zna,

- Przystępujący podjął działania w celu utrzymania ich w poufności, w tym zastrzegł je w ramach niniejszego postępowania.

Zamawiający, ani nie jest uprawniony, ani nie ma możliwości ustalenia tego, czy informacje zastrzeżone rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do ustalenia czy mają wszystkie cechy, jakie informacje takie powinny przejawiać.

Ewentualne ujawnienie informacji zastrzeżonych przez Przystępującego może wyrządzić mu szkodę np. poprzez to, iż Odwołujący lub inni konkurenci skopiują wynikający z tych informacji sposób i organizację świadczenia usług przez Przystępującego. Jest to kolejna istotna cecha charakteryzująca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (tak np. w wyroku z dnia 6 kwietnia 2022 r. Krajowej Izby Odwoławczej (759/22 , publ. LEX nr 3361930).

Zauważył, że argumenty przemawiające za zasadnością utajnienia informacji mających wartość gospodarczą nie muszą być genialne, istotne jest, by przekonująco wskazywały na zasadność dokonania zastrzeżenia informacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone na piśmie oraz wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca SK-MED Systems Sp. z o.o. w Poznaniu.

W ocenie Izby zasadne są i zasługują na uwzględnienie zarzuty podniesione w odwołaniu, tj.

zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę SK-MED mimo, że ww. Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę SK-MED mimo, że wyłącznie dowody załączone do wyjaśnień mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uniemożliwiło postawienie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej oraz brak udostępnienia Odwołującemu pełnej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą SK-MED, w tym wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Izba podzieliła stanowisko odwołującego wyrażające się w uznaniu, że przystępujący nie wykazał, by zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stan faktyczny sprawy nie jest sporny między stronami, a przedmiotem odmiennych ocen jest czynność zastrzeżenia przez wykonawcę informacji dotyczących sposobu ustalenia ceny zaoferowanej w wymienionych pakietach w ofercie złożonej zamawiającemu, a zatem czy uprawnione było zastrzeżenie tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, czy nie, a w konsekwencji, czy zamawiający powinien był informacje udostępnić wykonawcom, czy zaniechać tej czynności uznając zasadność zastrzeżenia.

Izba podzieliła stanowisko zawarte w odwołaniu i uznała, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Przystępującego SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu nie jest skuteczne z uwagi na fakt, że nie zostały spełnione przesłanki wskazane w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba zwróciła uwagę na fakt, że uzasadnienie złożone przez Przystępującego sprowadza się w przeważającej mierze do deklaracji dotyczących spełniania przesłanek określonych w ww. przepisie oraz przedstawienia twierdzeń o charakterze na tyle ogólnym, że nie mogą one stanowić podstawy do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wyłączenia zasady jawności. W odniesieniu do konieczności wykazania, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą dla wykonawcy Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Przystępujący nie wykazał, by informacje objęte zastrzeżeniem miały wartość gospodarczą. Przystępujący swoją argumentację ograniczył do wskazania w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że „(...) przekazywane dane stanowią całe nasze know-how oraz wprost wskazują czynniki cenotwórcze, które bierzemy pod uwagę przy kształtowaniu oferty i które stanowią o naszej przewadze konkurencyjnej. Podanie ich do wiadomości naszym konkurentom uniemożliwi nam dalsze konkurowanie z nimi, albowiem będą wiedzieli, jak sporządzamy naszą ofertę, co pozwoli im na uzyskanie przewagi w tym zakresie". Przystępujący wskazał także, że „(...) zastrzeżone informacje stanowią informacje, które posiadają wartość gospodarczą". Izba ww. twierdzenia oceniła

jako ogólne deklaracje, które cechuje lakoniczność i ogólnikowość. Przystępujący nie powołał się przy tym na żadne konkretne metody sporządzania kalkulacji cenowej czy też sposobu realizacji zamówienia ani też na żadną inną okoliczność, która uzasadniałaby odstąpienie od zasady jawności postępowania w odniesieniu do zastrzeżonych informacji. Przystępujący nie wskazał na czym miałby polegać „szczegółowy sposób kalkulacji oferty", który uzasadniałby objęcie tej kalkulacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie Izba dostrzegła, że Przystępujący nie wykazał, z jakich względów kalkulacja, jakiej dokonał na potrzeby przedmiotowego postępowania miałaby zostać wykorzystana przez innych wykonawców w kolejnych postępowaniach w sposób pozbawiający Przystępującego przewagi konkurencyjnej. Przystępujący w ocenie Izby nie wykazał także, by specyfika i wyjątkowość branży, w której działa mogła powodować, że ujawnienie informacji o wysokości skalkulowanego zysku w ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia mogło wiązać się dla niego z ryzykiem utraty przewagi konkurencyjnej i poniesieniem szkody. Przystępujący powołał się w treści uzasadnienia zastrzeżenia na fakt, że zgodnie z orzecznictwem Izby szczegółowa kalkulacja kosztów i przyjęta przez wykonawcę metodologia wyliczenia ceny mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak pominął fakt, że koniecznym do tego warunkiem jest należyte uzasadnienie zastrzeżenia informacji i wykazanie zaistnienia przesłanek, o których mowa w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czemu w ocenie Izby Przystępujący w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie sprostał. W odniesieniu do stosowanego przez Przystępującego sposobu ochrony zastrzeżonych informacji Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał, by zastrzeżone przez niego informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Przystępujący podjął niezbędne działania do zachowania tych informacji w poufności. Także w tym zakresie uzasadnienie sporządzone przez Przystępującego sprowadza się do ogólnych deklaracji i oświadczeń Przystępującego, na podstawie których nie można dopuścić do ograniczenia zasady jawności postępowania. Dodatkowo Izba zwróciła uwagę, że próba wykazania zaistnienia żadnej z przesłanek warunkujących możliwość zastrzeżenia informacji nie została udowodniona - Przystępujący nie złożył żadnego dowodu służącego wykazaniu złożonych przez niego w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa deklaracji i twierdzeń. Twierdzenia Przystępującego zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia, rzeczywiście nie zostały poparte dowodami. W ocenie Izby Odwołujący słusznie zauważył, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Przystępującego ma na tyle ogólny i nieskonkretyzowany charakter, że mogłoby zostać złożone w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do innych informacji. Tymczasem Izba zauważa, że do skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest złożenie konkretnych wyjaśnień o zindywidualizowanym charakterze, wykazujących zaistnienie wszystkich przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby Przystępujący SK-MED SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający nie powinien w sposób bezkrytyczny przyjmować uzasadnienia opartego na twierdzeniu, że „(...) tekst wyjaśnień jest skondensowany i istotne informacje o strategii firmy obrazujące jej działalność na rynku pojawiają się w różnych jego częściach, przez co nie jest możliwe ujawnienie fragmentu wyjaśnień bez zdradzania treści poufnych". Przystępujący w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie wykazał skuteczności zastrzeżenia treści wyjaśnień udzielonych w zakresie ceny. Nie pozwala na to złożone przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia oparte na ogólnych twierdzeniach i gołosłownych deklaracjach. Bez wpływu na ocenę prawną przedmiotowej sytuacji pozostaje fakt, że część wyjaśnień w zakresie ceny została odtajniona i przekazana Odwołującemu, gdyż Odwołujący żądał odtajnienia treści wyjaśnień w całości.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i orzekła jak w sentencji opierając się i uznając za własną argumentację przedstawioną przez skład orzekający w sprawie sygn. akt KIO 674/22.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: .....