

WYROK

Warszawa, dnia 6 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu

4 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2024 r. przez wykonawcę TDZ Technika dla Zdrowia

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Warszawskie Centrum Opieki Medycznej "KOPERNIK" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika wykonawcy INNERGO Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę TDZ Technika dla Zdrowia

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę

15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TDZ Technika dla Zdrowia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

3. zasądza od wykonawcy TDZ Technika dla Zdrowia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

na rzecz zamawiającego Warszawskiego Centrum Opieki Medycznej "KOPERNIK"

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

- Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Warszawskie Centrum Opieki Medycznej „KOPERNIK” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest: „Zakup i wdrożenie oprogramowania obsługującego elektroniczną kartę znieczulenia dla Warszawskiego Centrum Opieki Medycznej "KOPERNIK Sp. z o.o." znak sprawy WCOM.KZ.270.11.2024(dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2024 r. pod numerem 485851-2024.

W dniu 17 października 2024 r. przez wykonawcę TDZ Technika dla Zdrowia

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „odwołujący”) zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie odrzucenia oferty INNERGO Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Innergo” lub „przystępujący” na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp;

2. zaniechanie odrzucenia oferty Innergo na podstawie art. 224 ust.6 ustawy Pzp;

3. zaniechanie udostępnienia odwołującemu danych w zakresie kwot podanych przez Innergo, ujętych w Tabeli 3 Załącznika nr 1 do wyjaśnień z dnia 23 września 2024 r. (dalej „wyjaśnienia RNC”) i naruszenie w ten sposób art. 18 ust. 3 ustawy Pzp;

4. zaniechanie odrzucenia oferty Innergo na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp.

Wobec postawionych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty Innergo;
2. udostępnienia odwołującemu danych w zakresie kwot podanych przez Innergo ujętych w Tabeli 3 i Tabel 4 pkt 2 Załącznika nr 1 do wyjaśnień RNC;
3. dokonania ponownej oceny ofert.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca INNERGO Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w piśmie z 30 października 2024 r. - Odpowiedzi na odwołanie, złożonym do akt sprawy na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Swoje stanowisko w sprawie zaprezentował także przystępujący w piśmie procesowym z 30 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożoną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, pismem procesowym wykonawcy Innergo, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Innergo, która w ocenie odwołującego podlega odrzuceniu. Ponadto zamawiający zaniechał udostępnienia odwołującemu danych w zakresie kwot podanych w wyjaśnieniach RNC, złożonych przez Innergo na wezwanie zamawiającego. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego, oferta przystępującego zostałaby odrzucona, zaś jako najkorzystniejsza uznana oferta złożona przez odwołującego. Powyższe spowodowało, że odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia oraz osiągnięcia zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, złożone przez odwołującego i przystępującego, na okoliczności przez nich wskazane.

Wobec tego, że odwołujący podtrzymał w całości zarzuty i żądania odwołania, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie. Izba doszła do przekonania, po analizie akt niniejszej sprawy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest zakup i wdrożenie oprogramowania obsługującego elektroniczną kartę znieczulenia (dalej „EKZ”) dla Warszawskiego Centrum Opieki Medycznej.

Zamawiający w punkcie 22 OPZ (Załącznik nr 2 do SWZ - załącznik asortymentowy) sformułował między innymi następujące wymaganie: Zamawiający wymaga, aby oprogramowanie zapewniało „Funkcję umożliwiającą rozpoczęcie tworzenia elektronicznej dokumentacji bezpośrednio po uruchomieniu programu bez konieczności logowania, przycisk natychmiastowego uruchomienia monitorowania zabiegu z pełnym odczytem danych z urządzeń”.

Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 19 (pytania i odpowiedzi opublikowane w dniu 6 września 2024 r.) wskazał, że uruchomienie systemu powinno następować jeszcze przed znieczuleniem i dane do systemu powinny „wchodzić na bieżąco”, co pozwoli na uniknięcie problemów z autoryzacją danych i powstawaniem braków w dokumentacji.

Zamawiający oczekiwał, aby wykonawca potwierdził spełnienie wymagań, poprzez wypełnienie Formularza Asortymentowego - Załącznik nr 2 do SWZ. Wykonawca, wypełniając formularz deklarował spełnienie wymagania oraz wypełniał rubrykę „Parametr oferowany”.

Innergo zaoferowało oprogramowanie dla Systemu EKZ pod nazwą DIGISTAT Care produkcji ASCOM UMS s.r.l. unipersonale, wersja 2.2, rok produkcji 2024 (dalej „DIGISTAT”) oświadczając, że oferowany produkt spełnia wymagania opisane w pkt 22 OPZ. Wykonawca ten jednocześnie doprecyzował parametr oferowany tj. wpisał, że system, który jest

przedmiotem jego oferty, posiada Funkcję umożliwiającą rozpoczęcie zbierania danych na urządzeniach z wybranym pacjentem i zaciągnięcie danych wstecz. Jednocześnie wykonawca sformułował swoją ofertę w pkt. 22 jako „Zgodnie z odpowiedziami z dnia 6 września 2024”

Izba uznała powyższy zarzut za nie znajdujący oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Innergo na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnej z wymaganiem określonym w poz. 22 OPZP - Załącznik nr 2 formularz asortymentowy Zdaniem odwołującego zaoferowane oprogramowanie DIGISTAT nie spełnia swoich podstawowych funkcji, a wręcz uniemożliwia ratowanie pacjentów w przypadkach nagłych. Przy tym odwołujący skupia się w swojej argumentacji na opisywaniu i wskazywaniu jakie funkcje posiada produkt przez niego oferowany (na co przedkłada na rozprawie dowód w postaci wydruków, które mają obrazować sposób działania oferowanego przez niego oprogramowania), nie składając jednak żadnych dowodów, które potwierdzałyby zasadność stawianych zarzutów.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów,

o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się kontradiktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu.

Odwolujący zdaje się dostrzegać obowiązującą w postępowaniu przez Krajową Izbą Odwoławczą regułę, jednakże nie podejmuje nawet próby wykazania jakimkolwiek dowodem, że oferowane przez Innergo oprogramowanie DIGISTAT nie spełnia oczekiwanych przez zamawiającego funkcjonalności. Twierdzi przy tym w treści złożonego odwołania, że (cyt.) „mając możliwość zapoznania się z Programem Digistat stwierdził, że (...)”. Skoro zatem odwołujący miał możliwość zapoznania się z oprogramowaniem oferowanym przez Innergo, przy tym jak wskazuje to, chociaż nie zostało wdrożone dotychczas w żadnej jednostce, znajduje się obecnie na etapie testowania u zamawiających - nic nie stało na przeszkodzie, aby pozyskać i przedstawić dowody na okoliczność, że oferowane oprogramowanie nie spełnia wymagań opisywanych przez zamawiającego w SWZ.

Odwolujący, po stronie którego spoczywał ciężar dowodu w niniejszej sprawie, formułuje niejako oczekiwanie w stosunku do zamawiającego, aby ten w inny jeszcze, niż przewidywany w SWZ sposób, zweryfikował dodatkowo czy oprogramowanie Innergo opisywany w pkt 22 OPZ parametr spełnia, zwracając uwagę na to, że zakup powinien zostać poprzedzony np. prezentacją oferowanego rozwiązania. Zarzuty w tym zakresie należy uznać za spóźnione, gdyż sposób weryfikacji czy oferowany produkt spełnia wymagania SWZ, czy też nie - został opisany w treści dokumentów zamówienia. Zamawiający oczekiwał potwierdzenia spełnienia wymagań poprzez złożenie przez wykonawcę stosownego oświadczenia w Załączniku nr 2. Podobnie jak przystępujący, także odwołujący potwierdzał zgodność wymagań z OPZ wyłącznie na podstawie oświadczeń.

Jakkolwiek Izba podziela stanowisko odwołującego, że zamawiający ma obowiązek dokonać weryfikacji czy dany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami i, w niektórych okolicznościach, powinien dokonać dodatkowej weryfikacji, nie poprzestając na samych oświadczeniach składanych przez wykonawców w postępowaniu, jednakże dotyczy to takich przypadków kiedy po stronie zamawiającego powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią SWZ. W tym przypadku z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Innergo potwierdziło zgodność oferowanego rozwiązania z wymaganiami SWZ, nie było też żadnych podstaw do twierdzenia, że powyższe nie są spełnione.

Izba wzięła także pod uwagę, że Innergo, zarówno w złożonym piśmie procesowym jak też na rozprawie, w sposób wyczerpujący odniosło się do zarzutów formułowanych przez odwołującego. Przystępujący opisał i wyjaśnił, że oprogramowanie Kliniczne DIGISTAT, które oferuje w postępowaniu, produkowane przez firmę ASCOM UMS jest oprogramowaniem medycznym w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (dalej „Rozporządzenie”) i klasyfikowane jak urządzenie medyczne w klasie IIb. Zgodnie z załącznikiem VIII do Rozporządzenia wyroby medyczne dzieli się na klasy I, IIa, IIb oraz III, uwzględniając przewidziane zastosowanie wyrobów oraz związane z nimi ryzyko. Odwołujący zaoferował więc produkt bezpieczny, spełniający wymagania dla wyrobu medycznego w tej klasie.

W zakresie posiadanych przez system funkcjonalności, wymaganych przez zamawiającego, za rozstrzygający w niniejszej sprawie należy uznać dowód przedłożony przez przystępującego, a załączony do pisma procesowego, w którym producent oprogramowania - firma ASCOM potwierdził spełnienie wymagań opisanych w pkt 22 OPZ, stwierdzając, że system DIGISTAT, w wersji oferowanej w postępowaniu, umożliwia konfigurację, w której rozpoczęcie tworzenia dokumentacji elektronicznej oraz pełen odczyt danych z urządzeń nie wymaga logowania i jest to możliwe do osiągnięcia poprzez dodanie odpowiedniej konfiguracji startowej w module Custom Module.

W konsekwencji, mając na uwadze wyżej opisane reguły dowodowe obowiązujące w postępowaniu przed Izbą, skład orzekający doszedł wniosku, iż zarzuty wobec zaniechania odrzucenia oferty przystępującego nie potwierdziły się i jako takie nie podlegały uwzględnieniu. Innergo przedstawiło bowiem dowód w postaci oświadczenia producenta oprogramowania, który to ma pełną wiedzę na temat cech oferowanego produktu, rozstrzygający co do spełniania wymagań zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Z kolei odwołujący nie podał ciężącym na nim obowiązkom i nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie braku spełniania wymagań SWZ.

Nie potwierdziły się zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Innergo na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający wezwał Innergo do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 13 września 2024 r. Wskazał, że wykonawca zaoferował wykonanie całości przedmiotu zamówienia za cenę 279 720,00 zł. brutto, co oznacza, że oferta zawiera cenę o ponad 30% niższą od szacowanej wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, która została ustalona przez zamawiającego na kwotę 429 640,79 zł. brutto. Poprosił o udzielenie wyjaśnień, w tym np. złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, na przykład w zakresie okoliczności wskazanych w przepisie art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Innergo przedstawiło wyjaśnienia z dnia 23 września 2024 r. złożone z: (1) pisma przewodniego zawierającego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa; (2) załącznika nr 1 zawierającego tabele kosztów; (3) Załączników nr 2-4 zawierających dowody.

Innergo w Tabeli 3 Załącznika nr 1 do wyjaśnień przedstawiło wyliczenia w zakresie usług wewnętrznych Innergo, z kolei w Tabeli 4 poz. 2 Załącznika nr 1 do wyjaśnień koszt integracji dwustronnej z HIS. Powyższe dane zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Innergo.

Izba uznała, że przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący domagał się bowiem odrzucenia oferty przystępującego opierając się wyłącznie na twierdzeniu, że skoro Innergo uwzględniło powyższe koszty w wyjaśnieniach elementów składowych ceny - tym samym powyższe składniki kalkulacyjne są istotne

w kalkulacji ceny oferty, w przeciwnym razie nie zostałyby przez Innergo uwzględnione. Pomimo tego, w jego ocenie, Innergo nie przedstawiło wyjaśnień w jaki sposób skalkulowano powyższe koszty, ograniczając się jedynie do ogólnych twierdzeń. Ponadto, Innergo nie przedłożyło też dowodów na potwierdzenie realności takich kosztów.

Należy zauważyć, że odwołujący formułuje zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Odrzucenie oferty jest zatem możliwe w dwóch przypadkach. Pierwszy dotyczy sytuacji, w której wyjaśnienia nie zostały złożone przez oferenta w wyznaczonym terminie, drugi przypadek dotyczy takich sytuacji, w których złożone w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia są ogólne, lakoniczne, nie odpowiadają na pytania zadane przez zamawiającego lub też wskazują, że doszło do zaniżenia ceny oferty.

Żadna z powyższych sytuacji nie miała miejsca w okolicznościach rozpoznawanej sprawy. Nie budzi wątpliwości, że przystępujący złożył wyjaśnienia, w których zawarł niezbędne elementy pozwalające na dokonanie przez zamawiającego oceny czy zaoferowana cena została skalkulowana na poziomie rynkowym. Wyjaśnił, iż w złożonej ofercie uwzględnił prawidłowo wszelkie wymagania wynikające z dokumentacji postępowania, zawarte zarówno w SWZ i załącznikach, jak i warunkach umowy i jest w stanie wykonać przedmiotowe zadanie w zaoferowanej cenie. W wycenie uwzględnił także zmiany dokonane przez zamawiającego w SWZ. Z treści wyjaśnień wynika, że oferowana cena obejmuje wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia oraz uwzględnia rezerwę na nieprzewidziane wydatki i należyty zysk, który jest zgodny z jego polityką sprzedażową. Wskazał także na umiejętność doboru rozwiązań pod konkretny projekt i sprawność w realizacji konfiguracji i wdrożenia zaproponowanych rozwiązań, które realnie przekładają się na możliwość zoptymalizowania kosztów realizacji danego zamówienia. Ponadto dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w tym w szczególności posiada zespół doświadczonych pracowników, w tym pracowników, którzy realizowali już podobne projekty i posiadają kompetencję do ich wyceny, planowania i sprawnego realizacji, a posiadane doświadczenie w zarządzaniu procesem realizacji zamówienia pozwala na optymalne wykorzystanie czasu

pracy personelu wykonującego zamówienie, co wpływa na redukcję kosztów. Odnosił się także do kwestii przestrzegania przez niego przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie deklarując, że przyjęta do ustalenia ceny wartość kosztów pracy jest stawką rynkową i jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę - co wynika bezpośrednio z kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca wskazał, że dzięki ilości obsługiwanych przez niego projektów, koszty pracy rozkładają się na wszystkie projekty, w jakie zaangażowany jest zespół inżynierski, co powoduje, że budżet pojedynczego projektu nie jest w całości obciążony kosztami zaangażowania danego specjalisty. Powyższe zostało poparte stosowną kalkulacją oraz dowodami, które potwierdzały rynkowość zaoferowanej ceny.

W odniesieniu z kolei do kwestionowanych przez odwołującego kalkulacji dotyczących kosztów wewnętrznych Innergo w złożonych wyjaśnieniach podał stawki, które zostały przyjęte jako podstawa kalkulacji oraz ich ilość. Odwołujący nie ma wglądu w wysokość przyjętych w wyjaśnieniach stawek np. za prace logistyczne związane z konfiguracją, ustawieniem stanowisk, czy za wykonanie testów bezpieczeństwa i szkoleń, jednak analiza treści wyjaśnień doprowadziła Izbę do wniosku, że te nie budzą wątpliwości w zakresie, w jakim zamawiający wymagał, aby były zgodne z obowiązującymi przepisami. W szczególności należy podkreślić, że są to stawki nie niższe niż wynagrodzenie minimalne i minimalna stawka godzinowa, a nawet znacznie przekraczają ww. poziom, co pozwala je uznać za rynkowe i adekwatne do przypisanych im czynności.

Odwołujący przy tym nie wskazał i nie uzasadnił jaki powinien być minimalny poziom kosztów określonych w tabeli nr 3 lub 4, na przykład jakie stawki powinny być przyjęte za wykonanie konfiguracji stanowisk, koszty obsługi gwarancyjnej, przeprowadzenie testów bezpieczeństwa czy szkoleń, i nie wykazał za pomocą żadnych dowodów, czy też nawet nie przedstawił swoich kalkulacji dlaczego taki, a nie inny poziom należy uznać za minimalny. Nie odpowiadają też prawdzie twierdzenia, że w celu wykazania kosztów związanych z wykonaniem zamówienia Innergo nie przedstawiło dowodów. Analiza treści wyjaśnień wskazuje, że przystępujący w załącznikach nr 1-3 do kalkulacji przedstawił dowody na poparcie najistotniejszych cenowo kosztów. Wyjaśnienia ceny Innergo, w zakresie kwestionowanym przez odwołującego, mają charakter rzeczowy, zaś dowody potwierdzają poziom kosztów przyjętych w przeprowadzonej kalkulacji.

Tym samym wyjaśnienia złożone przez Innergo w toku postępowania należy uznać za wyczerpujące, pokazujące w jaki sposób wykonawca kalkulował cenę swojej oferty na potrzeby realizowanego zamówienia, poparte stosownymi dowodami, w końcu też odpowiadające na pytania zadane przez zamawiającego. Należy bowiem w tym miejscu zaznaczyć, że treść skierowanego do przystępującego wezwania była niezwykle lakoniczna i sprowadzała się wyłącznie do przytoczenia przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący z kolei, oceniając nawet nie całość, ale fragment złożonych wyjaśnień, przedstawia swoje wyobrażenie tego, w jaki sposób należało wskazać przez niego koszt opisać i uzasadnić. Cytuje fragmenty wyjaśnień, uznając przywołaną przez Innergo argumentację za niewystarczającą, przy czym nie opiera swojego stanowiska na tym, że Innergo nie uczyniło zadość wezwaniu zamawiającego i nie udzieliło odpowiedzi na konkretnie zadane pytanie, ale na tym, że udzielona odpowiedź jest, w jego przekonaniu niewystarczająca.

Domagając się z kolei odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego ogranicza się de facto do przywołania orzecznictwa dotyczącego problematyki rażąco niskiej ceny i ogólnych, hasłowych twierdzeń, że przystępujący nie przedstawił wyjaśnień, które należy uznać za satysfakcjonujące oraz dowodów na potwierdzenie sporządzonej kalkulacji. Tego rodzaju argumentacja jako, że jest pozbawiona jakiegokolwiek konkretnej argumentacji, równie dobrze mogłaby zostać wykorzystana na potrzeby każdego postępowania, stąd nie mogła zostać przez Izbę uwzględniona.

Izba pragnie zaznaczyć, że wprowadzie w myśl art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy który ją złożył jeśli ten jest uczestnikiem postępowania. Jednakże owa szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu nie zwalania odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta nie może być rozumiana w ten sposób, iż odwołujący może poprzestać na ogólnym twierdzeniu, że wyjaśnienia złożone na wezwanie zamawiającego są w jego przekonaniu zbyt ogólne, to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska. W tym przypadku odwołujący, oprócz kwestionowania treści samych wyjaśnień, nie wskazał nawet z jakich powodów należałoby uznać, że ten właśnie fragment wyjaśnień powinien wzbudzić wątpliwości zamawiającego.

Izba dostrzegła wprawdzie, że ta część pisma przystępującego została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa Innergo, jednakże odwołujący decydując się na postawienie takiego zarzutu w odwołaniu, pomimo że nie miał dostępu do pełnych wyjaśnień w tym zakresie, zobowiązany był wykazać jego zasadność. Temu obowiązkowi odwołujący nie podołał i w konsekwencji zarzuty w tym zakresie należało oddalić.

Nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu danych w zakresie kwot podanych przez Innergo, ujętych w Tabeli 3 Załącznika nr 1 do wyjaśnień z dnia 23 września 2024 r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Innergo złożyło wyjaśnienia w zakresie objęcia niektórych danych tajemnicą swojego przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 23 września 2024 r. (plik o nazwie „2024.09.18 Wyjaśnienia RNC część ogólna.pdf”). W części ogólnej przystępujący zawarł ogólną argumentację, która wskazywała na rynkowość zaoferowanej ceny, jak też okoliczności i uwarunkowania, pozwalające na jej obniżenie. W załączeniu przedstawił szczegółową kalkulację kosztów realizacji zamówienia wraz z objaśnieniami oraz załączonymi do niej dowodami zastrzegając, iż przedłożona w załączeniu kalkulacja w oznaczonych fragmentach oraz załączniki do niej - stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy i podlegają zastrzeżeniu zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W dalszej części przedstawił obszernie wyjaśnienia, w których uzasadnił objęcie fragmentów wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Innergo ceny tajemnicą przedsiębiorstwa.

W szczególności, w kontekście sformułowanych przez odwołującego zarzutów, podkreślenia wymaga, że odwołujący zaznaczył, że z uwagi na aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, kierował się zasadą absolutnego minimalizmu i zastrzegł wyłącznie poszczególne informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i których ujawnienie może prowadzić do strat po stronie wykonawcy lub zwiększenia zysku konkurencyjnych podmiotów.

W konsekwencji, objął zastrzeżeniem tylko te dokumenty i informacje, które są kwalifikowane jako posiadające charakter i wartość uzasadniający ich zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa: (i) Oferty handlowe uzyskane od dostawców zawierające wyceny i warunki handlowe zakupu przygotowane indywidualnie dla wykonawcy i nie ujawniane w dostępnych publicznie źródłach. Wykonawca jest zobowiązany do ich ochrony jako tajemnicy własnego przedsiębiorstwa, jak i ze względu na zobowiązanie zachowania poufności relacji handlowych wobec kontrahenta; (ii) Informacje zawarte Kalkulacji kosztów (oznaczone kolorem czerwonym) - które ograniczają się do kwot konkretnych kosztów pozycji kosztowych uwzględnionych w wycenie wykonawcy, poziomu uzyskiwanej na projekcie, poziomu ryzyka, informacji o zakładanej czasochłonności oraz o wynagrodzeniu pracowników - czyli informacje bezpośrednio pozwalające na ustalenie sposobu wyceny i wysokości ponoszonych przez wykonawcę kosztów. Wskazał, że informacje o poziomie wynagrodzenia, marży czy zakładanej rezerwy pozwalają na ustalenie sposobu wyceny i wysokości ponoszonych przez wykonawcę kosztów, także w odniesieniu do innych projektów, w których wykonawca oferuje realizację usług własnych.

Uzasadniał, że informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (załączniku nr 1 do niniejszego pisma i załącznikach do kalkulacji) wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są to informacje o charakterze handlowym i organizacyjnym, które mają dla Innergo wartość gospodarczą. Odnosząc się natomiast do rodzaju zastrzeżonych informacji wskazał, że dotyczą one kosztów i założeń kosztowych przyjmowanych przez Innergo, przy czym nie są to wyłącznie założenia i koszty przyjęte

i odnoszące się wyłącznie do tego konkretnego postępowania, ale również okoliczności związane z działalnością operacyjną wykonawcy, wykorzystywane w ramach jego bieżącej działalności, również na potrzeby kalkulacji ceny w innych postępowaniach. Ponadto, załączone dowody pochodzące od dostawców, pozwalają na ustalenie szczegółowego rozbicia uzyskiwanych przez wykonawcę cen na zakup poszczególnych produktów i usług oraz warunków handlowych oferowanych wykonawcy dostaw i usług. Informacje te mają zatem charakter organizacyjny i handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez Innergo.

Mają one znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej Innergo, gdyż ujawniają założenia wypracowywanej polityki cenowej wykonawcy, w tym konkretne dane liczbowe, pozwalają na ustalenie poziomu marży, która jest stosowana przy tego rodzaju projektach, informacje o cenach oferowanych przez dostawców i uzyskiwanych warunkach handlowych, a także szacunków dotyczących pracochłonności i kosztów pracy. Zawarte w wyjaśnieniach informacje - wysokość pozycji kosztowych i uzyskiwanych cen, posiadają wartość gospodarczą stanowiąc o pozycji Innergo i jego przewadze konkurencyjnej nad innymi uczestnikami rynku. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez Innergo szkody, poprzez zmniejszenie szans na zaoferowanie w kolejnych postępowaniach konkurencyjnej ceny, a co za tym idzie pozyskanie kolejnych zamówień. Ujawnienie zastrzeżonych informacji grozi ponadto naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Załączone dowody ujawniają wprost poziom kosztów i wydatków ponoszonych przez Innergo oraz warunki

handlowe współpracy i podstawy uzyskiwanej wyceny. Ujawnienie nawet pojedynczych informacji zawartych w zastrzeżonych dowodach umożliwia identyfikację pozostałych informacji o charakterze wewnętrznym i wrażliwym ze względu na działalność operacyjną wykonawcy, a także ochronę relacji handlowych.

Ujawnieniu w ramach wyceny podlegają również informacje o stawkach oferowanych zespołowi realizacyjnemu wykonawcy i szacowanej pracochłonności, a więc informacje o wartości gospodarczej i charakterze handlowym oraz organizacyjnym.

Wszystkie pojedyncze informacje zastrzeżone w treści Kalkulacji - ich zbiór (z wyjątkiem informacji, które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), ale i złożone wraz z wyjaśnieniami dowody (dokumenty potwierdzające prawidłowość dokonanych kalkulacji) tworzą całość kalkulacji ceny ofertowej. Tego typu informacje stanowią informacje organizacyjne wykonawcy, posiadają one wartość gospodarczą, gdyż wskazują na zastosowaną metodologię wyceny. Ich ujawnienie pozwoliłoby na poznanie sposobu ustalenia ceny, jak również sposobu kalkulowania ceny ofert składanych przez Innergo także w innych postępowaniach. Zastrzeżone informacje to bowiem nie tylko dane handlowe na temat elementów ceny i sposobu jej budowania, ale także dane podmiotów współpracujących z Innergo w zakresie dostawy komponentów rozwiązania. Podmioty te mają status podmiotów prowadzących komercyjną działalność gospodarczą, nie są one objęte zakresem podmiotowym jakichkolwiek regulacji prawnych związanych z dostępem do informacji publicznej. Podmioty te, jako podmioty prywatne, działające na zasadach swobody umów, nie wyrażają zgody na ujawnianie informacji na temat oferowanych Wykonawcy cen i warunków handlowych.

Elementy składowe kalkulacji ceny - poszczególne kwoty i podstawy ich przyjęcia - są oparte o indywidualne uwarunkowania niedostępne dla innych podmiotów działających w branży. Ich ujawnienie spowoduje, że w kolejnych postępowaniach konkurencyjni wykonawcy będą w stanie oszacować koszty jakie poniesie Innergo, a co za tym idzie będą w stanie przewidzieć cenę jaką zaoferuje Innergo, co pozwoli im złożyć korzystniejszą ofertę. Wobec tego ujawnienie zastrzeżonych danych zagrozi interesom Innergo, gdyż uzyskanie tych informacji dałoby możliwość ich wykorzystania przez konkurujących wykonawców.

Innergo dodatkowo w następujący sposób uzasadniało, że zastrzeżone dane mają dla niego wartość gospodarczą. Oczywistym dla niego jest, że informacje o sposobie kalkulacji ceny, informacje o kosztach pracy, szacowanie pracochłonności poszczególnych działań - mają zasadniczą wartość gospodarczą dla wykonawcy, bowiem pozwalają mu konkurować o udzielenie zamówień. Każdy z podmiotów dąży do obejmowania poufnością tych informacji, gdyż nie budzi wątpliwości fakt, że mają one dla wykonawców wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza zastrzeganych w przedmiotowym postępowaniu informacji, zarówno czynników kosztotwórczych, jak i wysokości poszczególnych kosztów - przejawia się w wartości zamówień, które Innergo może utracić, w przypadku gdy konkurencja będzie w stanie oszacować koszty, a w konsekwencji ceny ofertowe. Ujawnienie zastrzeżonych informacji doprowadziłoby do utraty przez wykonawcę ekspektatywy przyszłych kontraktów. Istnieje w tym zakresie wyraźny związek przyczynowo - skutkowy tj. konkurencja, poznając poszczególne koszty oraz sposób kalkulacji ceny (przyjmowaną wysokość marży, rezerw, wysokość uzyskanych rabatów) będzie w stanie ustalić nakłady i koszty będzie musiał ponieść, żeby wykonać określone zamówienia publiczne, a w konsekwencji, ustalić potencjalną cenę jaką mógłby zaoferować wykonawca w takich postępowaniach. Ujawnienie informacji może zatem stanowić wymierną korzyść niematerialną dla pozostałych wykonawców na przyszłość (tak też KIO w wyroku z dnia 13 września 2019 roku, KIO 1692/19).

Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji wynika również z wpływu ujawnienia konkurencji zastrzeżonych danych na inne, przyszłe postępowania o udzielenie zamówienia, w których wykonawca będzie brał udział - wartość gospodarczą zastrzeganych informacji należy bowiem odnosić nie tylko do odtajnienia informacji w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale także nie można pominąć wpływu decyzji o odtajnieniu na przyszłą działalność wykonawcy, której znaczną częścią jest udział w postępowaniach przetargowych.

Ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how wykonawcy wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny oraz sprawną i należytą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu podmiotowi.

Wartość gospodarcza tych informacji jest również niewymierną, ale istotną gospodarczo, wartością utraconych

możliwości uzyskania doświadczenia i negatywnie wpływa na działalność prowadzoną przez wykonawcę w tym obszarze rynku. Wszystkie te elementy składają się na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji.

Nie ma możliwości, aby w precyzyjny sposób wycenić jak ujawnienie odrębnie poszczególnych informacji np. na temat sposobu kalkulacji ceny czy wyceny pracochłonności usług własnych Innergo przełoży się na wskazane powyżej czynniki (przyszłe zamówienia, utratę możliwości zdobycia doświadczenia, konieczność zmiany wypracowanych schematów i rozwiązań). Informacje te stanowią zbiór dot. sposobu kalkulacji ceny oferty i ich rozdzielenie i samodzielne oszacowanie jest co najmniej znacząco utrudnione. Nawet gdyby wykonawca dokonał takiego podziału i wskazał oddzielnie wartość gospodarczą każdej z tych informacji, to byłby to podział wyłącznie sztuczny, w jakikolwiek sposób niemierzalny, wynikający wyłącznie z formalistycznego podejścia. Idąc tym tokiem rozumowania doszlibyśmy do absurdów i pytania w stosunku do jak drobnych elementów należałoby określać wartość gospodarczą. Dlatego kierując się podejściem racjonalnym, wykonawca określił wartości gospodarczą zastrzeganych informacji we wskazany powyżej, opisowy sposób.

Informacje o sposobie wyceny, podziale i strukturze ponoszonych kosztów oraz szacowanej pracochłonności dla poszczególnych prac w ramach przedmiotu zamówienia

to know-how wykonawcy, którego ujawnienie nie tylko niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez wykonawcę. Umożliwia również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty wykonawcy w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym - może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez wykonawcę w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szansę na uzyskanie przez wykonawcę zamówień, w których jedynym lub przeważającym kryterium oceny ofert jest cena.

Wskazał także, że utajnione w wyjaśnieniach informacje nigdy nie były i nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi; są one tajemnicą dla podmiotów trzecich i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Informacje

te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są udostępniane

i powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji ani nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Ujawnienie nawet fragmentu zastrzeżonych informacji może stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie podkreślał, iż wykonawca podjął w stosunku do ww. informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności, zgodnie z obowiązującą

w przedsiębiorstwie wykonawcy polityką ochrony informacji. Zgodnie z procedurą obowiązującą u wykonawcy informacje mające wpływ na kalkulację elementów oferty

nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim. Na potwierdzenie podjęcia kroków mających

na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności, wykonawca powołał się

na załączone do niniejszych wyjaśnień dokumenty potwierdzające stosowanie

w przedsiębiorstwie wykonawcy rygorystycznych polityk bezpieczeństwa informacji

i zobowiązań nakładanych na pracowników i współpracowników wykonawcy w celu zachowania poufności. Informacje zastrzeżone w ramach niniejszych wyjaśnień zostały sklasyfikowane jako dane poufne, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i zobowiązujące pracowników i kontrahentów wykonawcy do ich właściwej ochrony. Takie zobowiązania dotyczą również osób odpowiedzialnych na wycenę i przygotowanie oferty i wyjaśnień ceny

w postępowaniu. Zgodnie z polityką bezpieczeństwa wykonawcy nie są ujawniane informacje chronione, do których zaliczają się m.in. szczegółowe informacje dotyczące szacowania pracochłonności i kalkulacji kosztów poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia oraz uzyskiwane oferty i warunki handlowe. Wyjątki od tej zasady wynikają z jednostkowych decyzji zarządu albo z działań osób trzecich (np. kontrahentów). Zgodnie z procedurą obowiązującą u wykonawcy informacje takie, jak zastrzeżone w ramach niniejszych wyjaśnień nie są ujawniane osobom, dla których ich znajomość nie jest niezbędna (zasada wiedzy uzasadnionej - dostęp do informacji jest nadzorowany i udzielany tylko i wyłącznie na potrzeby realizacji obowiązków służbowych) i podlegają ochronie jako informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Podkreślenia wymaga, że odwołujący formułując powyższy zarzut nie odniósł się

w żaden sposób do bardzo obszernych, cytowanych wyżej wyjaśnień, jak też dołączonych

do nich dowodów, wskazujących na powody objęcia poufnością części wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Założył błędnie, że jedyną argumentacją przywołaną przez Innergo jest wyjaśnienie objęcia danych tajemnicą przedsiębiorstwa, zawarte w pkt VI wyjaśnień dodatkowych do kalkulacji. Wskazany i cytowany pkt VI wyjaśnień stanowi z kolei wyłącznie dodatkowe wyjaśnienie do kalkulacji i dotyczy uzasadnienia kosztów i omówienia czynników mających wpływ na kalkulację ceny, a nie zastrzeżenia tych danych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący, który nie ustalił w sposób prawidłowy w którym miejscu znajduje się „właściwe” uzasadnienie

zastrzeżenia tych danych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w swoim zarzucie wskazuje zatem, w sposób błędny, na brak jakiegokolwiek uzasadnienia, co nie jest zgodne z rzeczywistością. Już tylko z tego powodu odwołanie w tym zakresie zasługuje

na oddalenie. Odwołujący, aby skutecznie sformułować zarzut powinien był bowiem odnieść się do określonych fragmentów zastrzeżenia, wskazać na ich treść, w końcu też opisać

i uzasadnić z jakiego powodu dokonane przez Innergo zastrzeżenie powinno doprowadzić

do wniosku, że zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, odmówił odwołującemu dostępu do tych danych.

Odwołujący i w tym przypadku ograniczył się do niczym nie popartych zarzutów, odnoszących się do tego, że rzekomo brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia w czym wykonawca upatruje wartości gospodarczej zastrzeganych informacji oraz jakie kroki podjęto w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności podczas, gdy przystępujący w sposób szczegółowy i obszerny odniósł się do powyższego w uzasadnieniu zastrzeżenia tych danych w poufności.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych

z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie; przy czym, jak wynika z dyspozycji ust. 3 - nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, z tym, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Pzp.

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Konieczne jest wykazanie przez wykonawcę w sposób konkretny i nie budzący wątpliwości, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba podzieliła ocenę zamawiającego, który dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia i, w wyniku tej analizy stwierdził, że objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny spełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż faktycznie posiadają wartość gospodarczą i nie są powszechnie znane ani też łatwo dostępne dla innych osób zajmujących się danym rodzajem informacji, a także wykonawca podjął działania mające na celu utrzymanie ich w poufności. Przy tym co istotne do powyższego wniosku zamawiający doszedł po analizie treści dokonanego zastrzeżenia utajnienia tych informacji. Trafnie zatem zamawiający, biorąc pod uwagę, że Innergo w sposób szczegółowy, kompleksowy i przekonujący zastrzegło niektóre dane w poufności - nie udostępnił ich odwołującemu.

Innergo istotnie zastrzegło wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny wyłącznie częściowo, tj. w odniesieniu do konkretnych informacji mających charakter organizacyjny, handlowy oraz posiadających dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Nie zostały zastrzeżone wyjaśnienia jako całość, ale wyodrębniono z nich poszczególne informacje, które podlegały utajnieniu jako stanowiące informacje o konkretnych kwotach oraz w zakresie dowodów dołączonych do kalkulacji, stanowiących oferty handlowe. Nie budzi zatem wątpliwości, że przystępujący dokonał szczegółowej analizy, zastrzegając jako tajemnicę, tylko te dane i informacje, które uznał za mające znaczenie dla jego działalności operacyjnej, również w ramach innych postępowań.

W wyjaśnieniach złożonych w pliku o nazwie „2024.09.18 Wyjaśnienia RNC część ogólna.pdf”, do których to odwołujący w ogóle się nie odniósł, Innergo omówiło każdą z przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 uznk, odniosło się do powodów zastrzeżenia informacji o kosztach oraz ofertach handlowych, odrębnie omówiono przesłankę wartości gospodarczej. W końcu też wskazał jakie działania podjął, celem zachowania w poufności tych danych. Do wyjaśnień tajemnicy dołączone zostały również dowody uzasadniające zasadność dokonanego zastrzeżenia, co z kolei jest zgodne z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje na obowiązek wykazania, że objęte poufnością informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy (Regulamin Pracy; Wzór przykładowej umowy o współpracy

z kontrahentami, która w §6 zawiera klauzulę poufności; Oświadczenie o zobowiązaniu

do zachowania poufności - dokument podpisywany przez pracowników/ współpracowników/ zleceńbiorców Innergo, dotyczący zobowiązania do poszanowania tajemnicy spółki; Klasyfikację informacji - Politykę Bezpieczeństwa Informacji obowiązującą w Innergo).

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że zamawiający prawidłowo ocenił,

że wykonawca uzasadnił swoje uprawnienia wynikające z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp,

jak również wykazał powyżej spełnienie przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, w szczególności innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Innergo na podstawie art. 224 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W Formularzu asortymentowym pkt 35 OPZ zamawiający sformułował wymaganie: Oprogramowanie musi być dostarczone wraz z 6 bezterminowymi licencjami obejmującymi podłączenie systemu elektronicznej karty znieczuleń do aparatu do znieczulania ogólnego wraz z kardiomonitorem z możliwością późniejszej rozbudowy o kolejne urządzenia medyczne wykorzystywane przez zamawiającego. Innergo potwierdziło to wymaganie udzielając odpowiedzi „TAK”. Jednocześnie, w kolumnie „Parametr oferowany” opisało: Oprogramowanie będzie dostarczone wraz z 6 bezterminowymi licencjami obejmującymi podłączenie systemu elektronicznej karty znieczuleń do aparatu do znieczulania ogólnego wraz z kardiomonitorem z możliwością późniejszej rozbudowy o kolejne urządzenia medyczne wykorzystywane przez zamawiającego.

Z kolei w pkt 37 Formularza cenowego zamawiający wymagał: Wraz z oprogramowaniem musi być dostarczona 1 licencja serwerowa systemu. Instalacja nastąpi na serwerze zamawiającego. to wymaganie również zostało przez Innergo potwierdzone, a wykonawca zadeklarował: Wraz z oprogramowaniem będzie dostarczona 1 licencja serwerowa systemu. Instalacja nastąpi na serwerze Zamawiającego.

W tym samym Formularzu cenowym w pkt 37 OPZ zamawiający wymagał: Oprogramowanie musi być dostarczone wraz z 10 bezterminowymi licencjami dostępu do webowej wersji systemu elektronicznej karty znieczuleń w celu edycji i uzupełnienia danych dokumentacji. Przystępujący potwierdził wymaganie, udzielając odpowiedzi „TAK”, w ostatniej kolumnie opisał: Oprogramowanie będzie dostarczone w wersji desktopowej, które umożliwia edycję i uzupełnianie dokumentacji kolejnym 20 użytkownikom. Zgodnie z odpowiedziami z dn. 06.09.24.

Innergo przywołało w tym zakresie odpowiedź zamawiającego, udzieloną na pytanie 20 o treści: Dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, pkt 37. Zwracamy się do zamawiającego z prośbą o dopuszczenie systemu desktopowego, który do zdalnego monitorowania pacjentów na bloku operacyjnym nie wymaga dostarczenia dodatkowych licencji dla oddzielnej webowej wersji, ale umożliwia edycję i uzupełnianie dokumentacji kolejnym 20 użytkownikom. Klienta desktopowego cechuje lepsza wydajność i responsywność a także brak ograniczeń w funkcjonalności, co jest typowe dla klienta webowego. Odpowiedź: Zamawiający uwzględniając pytanie wykonawcy, wyraża zgodę na zastosowanie opisywanego rozwiązania.

Izba oddaliła zarzut uznając, że ten nie znajduje oparcia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Odwolujący domagał się bowiem odrzucenia oferty przystępującego twierdząc w pierwszej kolejności, na bazie ofert składanych przez wykonawców na Program Digistat w innych postępowaniach, że koszt 5 licencji desktopowych mieści się w granicach od 150 000 zł. netto do 400 000 zł. netto, w zależności do zakresu funkcjonalnego powiązanego z licencjami (OIOM lub sala operacyjna). Uwzględniając nawet niższą wartości graniczną, łączny koszt 26 licencji desktopowych powinien przekroczyć zdecydowanie 700 000,00 zł. netto, co przekracza wartość oferty Innergo. W konsekwencji wywodził, że oferta Innergo podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Powyższy przepis stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba oddaliła powyższy zarzut, gdyż ten w żaden sposób nie został przez odwołującego wykazany. Odwołujący powołuje się na oferty, które miały zostać złożone w podobnych postępowaniach na Program Digistat, przy tym nawet nie przedkłada przedmiotowych ofert. Nie wskazuje i nie wyjaśnia także jakie wymagania w tym zakresie były stawiane przez zamawiających w postępowaniach przez nich prowadzonych. Nie budzi wątpliwości, że oferowane rozwiązania każdorazowo zależne są od zindywidualizowanych wymagań zamawiających sformułowanych w postępowaniach, gdyż służą celowi, jaki zamierza osiągnąć dany zamawiający. W konsekwencji różne są też rozwiązania projektowe, co ma przełożenie na liczbę udzielanych licencji i ich wartość.

Ponownie, w tym miejscu Izba pragnie zwrócić uwagę na rozkład ciężaru dowodu w niniejszej sprawie i przypomnieć, że wprawdzie w myśl art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy który ją złożył jeśli ten jest uczestnikiem postępowania, jednakże nie zwalania to odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. W odniesieniu do tego zarzutu odwołujący ponownie ograniczył się do niczym nie popartych twierdzeń, które miałyby być podstawą uwzględnienia odwołania.

Za niepotwierdzone należy także uznać formułowane przez odwołującego zarzuty odnoszące się do tego, że

biorąc pod uwagę ceny licencji Programu Digistat, Innergo uwzględniło w wycenie (czy też przedstawiło ofertę swego dostawcy) na: (a) 6 licencji

na komputery AIO podłączane do urządzeń zapewniające możliwość bieżącego monitoringu pacjenta oraz tworzenie dokumentacji znieczulenia; (b) 20 licencji na komputery biurowe

nie mające podłączenia do urządzeń, zatem pozbawionych dostępu do monitoringu pacjenta, które uniemożliwiają edycję dokumentacji medycznej w trakcie zabiegu, co w praktyce oznacza, że z tych licencji korzystać będzie mógł tylko personel biurowy w celu uzupełnienia braków w dokumentacji zabiegu po jego wykonaniu oraz, że powyższy zakres licencji nie odpowiada wymaganiom pkt 37 OPZ, zmodyfikowanemu odpowiedzią na pytanie 20, gdzie wymaga się owych 20 licencji dla kolejnych użytkowników pozwalających na monitoring pacjenta, co ma powodować, że wycena takiego zestawu nie odpowiada treści oferty.

W zakresie powyższych twierdzeń dostrzeżenia wymaga w pierwszej kolejności, że odwołujący nie sformułował w treści złożonego odwołania zarzutów dotyczących braku zgodności treści oferty z treścią SWZ, czyni to dopiero w uzasadnieniu zarzutu. Przy tym stwierdza, że oferta Innergo jest sprzeczna z treścią pkt 37 OPZ, ponownie nie przedstawiając na tą okoliczność żadnych dowodów.

Odwołujący z kolei przedkłada dowód, który Izba uznała za rozstrzygający w niniejszej sprawie - Oświadczenie producenta firmy ASCOM, w którym ten deklaruje, że oferta handlowa złożona Innergo z dnia 5 września 2024 r. obejmuje pełny zakres licencji DIGISTAT Care, wymagany do należytego wykonania zamówienia. Powyższe potwierdza treść złożonych przez Innergo wyjaśnień RNC, w których wyceniony został komplet licencji (poz. 1 tabeli nr 2) oraz przedstawiono, na potwierdzenie prawidłowej kalkulacji, ofertę handlową (załącznik nr 1, oferta zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Producent oprogramowania, odnosząc się do formułowanych przez odwołującego zarzutów, wyjaśnia także, że w wycenie uwzględnionych zostało 20 dodatkowych licencji dla kolejnych użytkowników, umożliwiające bieżący monitoring pacjenta oraz edycję dokumentacji medycznej w trakcie zabiegu, co przeczy twierdzeniom odwołującego, że wyżej opisanych 20 licencji oferowanych jest na komputery biurowe, nie mające podłączenia do urządzeń.

Tym samym również w tym zakresie zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie, jako nieoparte żadnymi dowodami.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty złożonej przez przystępującego, w tym w zakresie zastrzeżenia niektórych informacji jako tajemnicy jego przedsiębiorstwa, a w konsekwencji wyboru oferty złożonej przez przystępującego, jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 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).

Przewodnicząca:.....