

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2023 r. przez wykonawcę SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez 1 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ w Lublinie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Medikol Systems sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego wykonawcy SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (ul. Św. Marcin 29/8, 61-806 Poznań) na rzecz zamawiającego 1 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ w Lublinie (Al. Raclawickie 23, 20-049 Lublin) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) obejmującą kwotę 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:.....

Sygn. akt: KIO 3950/23

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług w zakresie przeglądów i konserwacji sprzętu medycznego na potrzeby 1 WSZKZP SPZOZ w Lublinie Filia w Etku”, w zakresie pakietu nr 24 Angiograf, nr referencyjny: DZP/PN/57/2023 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.09.2023 r. pod nr 2023/S 170-533450 przez **1 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ w Lublinie** (Al. Raclawickie 23, 20-049 Lublin), zwany dalej: „Zamawiającym”.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 29.12.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył wykonawca **SK-MED Systems Sp. z o.o.** (ul. Św. Marcin 29/8, 61-806 Poznań), zwany dalej także „Odwołującym”, od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty MEDIKOL Systems Sp. z o.o. (dalej jako „Wykonawca”);
- 2) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez Wykonawcę polegających na:
  - a) błędnym uznaniu, że oferta Wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej;
  - b) błędnym uznaniu, że Wykonawca sprostował obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 3) zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, że jego oferta powinna być odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską ceną, a Wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, albowiem złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny są lakoniczne, ogólnikowe, sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, co więcej zawarte w nich treści

wprost wskazują na okoliczność zaferowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny;

- 4) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
- 5) zaniechaniu odtajnienia treści wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.12.2023 r., mimo że Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 6) zaniechaniu odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączonej w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.12.2023 r. pomimo, iż dokument w tym zakresie nie podlega żadnej ochronie i powinien być przekazany Odwołującemu;
- 7) zaniechaniu przekazania Odwołującemu wszystkich dokumentów złożonych w postępowaniu przez Wykonawcę w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny.  
Powyższym czynnościami i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.12.2023 r. oraz poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu wszelkiej dokumentacji złożonej w postępowaniu przez Wykonawcę w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny i uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i dowodami złożonych przez Wykonawcę oraz w szczególności przyjęcie, że całość wyjaśnień ceny wraz z dowodami i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlega utajnieniu, mimo iż:

- a) Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa,
- b) wyłącznie niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny, uzasadnieniu, załączonych dowodach mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz
- c) informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter wyłącznie jednorazowy  
i na obecnym etapie postępowania pozbawione są wartości gospodarczej

a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Wykonawcy

w zakresie rażąco niskiej ceny oraz poprzez nieudostępnienie Odwołującemu żądanych przez niego dokumentów postępowania;

2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-2) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1-3, 5 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawca w sytuacji, gdy:

- a) Wykonawca złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia,  
a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- b) Wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SWZ kosztów pracowniczych, a także uwzględnianie kosztów dojazdów do Zamawiającego oraz użycia przy realizacji zamówienia materiałów eksploatacyjnych, który zgodnie  
z twierdzeniami Medikol w przypadku angiografu stanowi równowartość kwoty 1192 USD za jeden przegląd, podczas gdy oferowana przez Medikol cena za jeden przegląd angiografu opiewa na kwotę 1 509,84 zł brutto;
- c) oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,  
a Wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta winna zostać odrzucona.

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 224 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, mimo iż Wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska;

3) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym Zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

W związku z powyższym Odwołujący wnioskował o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - b) przekazania Odwołującemu wszelkiej dokumentacji złożonej przez Wykonawcę w postępowaniu w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
  - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
  - d) wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę,
  - a) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego.

Zamawiający w dniu 29.12.2023 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) wezwał wraz kopią odwołania, uczestnika postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania odwoławczego w dniu 02.01.2024 r. (wpływ bezpośredni) zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca **Medikol Systems sp. z o.o.**, ul. Polska 118, 60-401 Poznań, zwany dalej „Przystępującym”.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Medikol Systems sp. z o.o., ul. Polska 118, 60-401 Poznań.

W dniu 12 i 16.01.2024 r. odpowiedź na odwołanie wniósł środkami komunikacji elektronicznej Zamawiający, w której w szczególności wobec twierdzeń i wniosków odwołania, wniósł o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, a w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W dniu 22.01.2024 r. pismo procesowe złożył Przystępujący (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej), w którym w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 22.01.2024 r. Odwołujący złożył (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) "dodatkowy dowód nr 2", stanowiący załącznik nr 2 do pisma z dnia 28.07.2022 r. złożonego w sprawie KIO 1831/22 wraz z załącznikami, które zostało oznaczone jako Załącznik nr 9 do odwołania.

W dniu 22.01.2024 r. Odwołujący złożył (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) informacje z otwarcia ofert w Mielcu i Zamościu z zaznaczonymi ofertami Przystępującego.

W dniu 22.01.2024 r. podczas rozprawy w szczególności:

- 1) Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie, złożył wniosek o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wraz z fakturą na kwotę 3 600,00 zł;
- 2) Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, złożył wniosek o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wraz z fakturą na kwotę 4428,00 zł, a także zestawienie kosztów podróży na kwotę 846,80 zł.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego, a także zawnioskowane w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego i przesłane drogą komunikacji elektronicznej przez Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zgodnie z § 1 ust. 5 i 13 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ:

1)ust. 5: „5. Usługi będące przedmiotem zamówienia w zakresie wszystkich zadań obejmują:

- a)wykonywanie okresowych konserwacji i przeglądów technicznych zgodnie z zaleceniami producenta,
- b)nadzór techniczny nad powierzonym sprzętem,
- c)sprawdzenie i czyszczenie elementów aparatury i urządzeń,
- d)sprawdzanie instalacji, kontrolę sprawności zaworów,
- e)sporządzanie orzeczeń o stanie urządzeń nie nadających się do naprawy,
- f)testy bezpieczeństwa elektrycznego,
- g)legalizacja,
- h)dostawę materiałów niezbędnych do przeprowadzenia przeglądów,
- i)sprawdzenie bezpieczeństwa mechanicznego,
- j)sprawdzenie zużycia części,
- k)oczyszczenie dróg chłodzenia i odprowadzania ciepła,
- l)smarowanie ruchomych części mechanicznych,
- m)sprawdzenie bezpieczeństwa elektrycznego,
- n)sprawdzenie funkcjonowania urządzenia i jego gotowości do pracy,
- o)sprawdzenie jakości obrazu,
- p)sprawdzanie wartości pomiarowych i aplikacyjnych aparatów,
- q)ustawienie i regulacja odpowiednich wartości nastawień w przypadkach ich odchylenia od wartości optymalnych - kalibracja,
- r)dokumentacja przeglądów.”;

2)ust. 13: „13. W przypadku, gdy w trakcie przeglądu wyniknie konieczność przeprowadzenia napraw lub wymiany części zamiennych na nowe, Wykonawca zobowiązuje się do sporządzenia kalkulacji kosztów i będzie uzgadniał konieczność przeprowadzenia napraw/wymiany części z pracownikiem Działu Sprzętu Medycznego. Wykonanie naprawy/wymiany nastąpi po akceptacji kosztów przez Komendanta Filii w Ełku. W przypadku nie zaakceptowania kalkulacji kosztów wykonania naprawy sporządzonego przez Wykonawcę, Zamawiający zastrzega sobie możliwość wykonania naprawy we własnym zakresie. W przypadku zaakceptowania szczegółowej kalkulacji kosztów naprawy przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się do wykonania naprawy.”.

Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 07.11.2023 r. Przystępujący w piśmie z dnia 09.11.2023 r. wyjaśnił cenę oferty (w tym części nr 24 – Angiograf, koszt robocizny, koszty materiałów eksploatacyjnych do realizacji usługi)

i objął tajemnicą przedsiębiorstwa treść wyjaśnień od strony 10 do strony 14 – w oznaczonych fragmentach, opatrzonych wyraźnym znakiem „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – początek / TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – ko oraz załączniki do wyjaśnień od nr 6 do nr 11 (włącznie). Nie objął tajemnicą przedsiębiorstwa załączników nr 1-5, w tym załączników: Polityka Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych obowiązująca u Wykonawcy wraz z wzorem Oświadczenia pracownika / współpracownika w szczególności o zapoznaniu się i zobowiązaniu się do przestrzegania Polityki Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych, Zanonimizowany aneks do umowy o pracę zawierający klauzulę poufności, Zanonimizowana umowa o świadczenie usług sprzedażowych zawierająca klauzulę poufności, Wzór Umowy o poufności – zawieranej przez Przystępującego z kontrahentami.

Jak wskazał Przystępujący w piśmie procesowym, którego stanowisko jako własne potwierdził na rozprawie Zamawiający, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący, pismem z dnia 05.12.2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumenty niezastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa: uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 09.11.2023 r. wraz z jawnymi załącznikami: Polityka Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych obowiązująca u Wykonawcy wraz z wzorem Oświadczenia pracownika / współpracownika w szczególności o zapoznaniu się i zobowiązaniu się do przestrzegania Polityki Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych, Zanonimizowany aneks do umowy o pracę zawierający klauzulę poufności, Zanonimizowana umowa o świadczenie usług sprzedażowych zawierająca klauzulę poufności, Wzór Umowy o poufności – zawieranej przez Przystępującego z kontrahentami, oraz część jawną wyjaśnień ceny oferty z dnia 09.11.2023 r. (wyjaśnienia - w tym także w zakresie kosztów robocizny, kosztów materiałów eksploatacyjnych do realizacji usługi w części nr 24).

Zamawiający pismem z dnia 14.12.2023 r. (jak wskazał Odwołujący na skutek jego wystąpienia o odrzucenie

oferty Przystępującego) wezwał Przystępującego w zakresie części nr 24 do wyjaśnienia dokumentów złożonych w zakresie zaoferowanej ceny oferty w poz. 2 kalkulacja Angiograf Artis Zee Ceiling Koszt materiałów eksploatacyjnych użytych

do realizacji usługi oraz narzędzi – cena netto (...) zł, cena brutto (...) zł. Zamawiający wskazał, że treść wyjaśnień jest niejasna dla Zamawiającego i oczekuje on wskazania, jakie konkretne koszty przedstawione zarówno w Fakturze nr (...) z dnia (...) oraz

w Fakturze nr (...) z dnia (...) dotyczą kosztów materiałów eksploatacyjnych użytych

do realizacji usługi oraz narzędzi. Zamawiający oczekuje podania konkretnych kwot, które składają się na wartość brutto (...) zł w części 24 (...) zarówno

w poz. 1 jak i w poz. 2. Podana informacja w uwagach: „(...)” rodzi u zamawiającego kolejne wątpliwości. W oparciu o przedstawione faktury zamawiający nie jest w stanie precyzyjnie,

w sposób matematyczny ustalić, które pozycje z faktur składają się na podane powyżej wartości. Szczegółową treść tegoż wezwania przytoczył w odwołaniu Odwołujący, przy czym

w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 09.11.2023 r. zarówno części składowe ceny oferty w części 24 (opis), jak i poszczególne kwoty składające się na cenę oferty, Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.12.2023 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oferty w szczególności w części nr 24 w kontekście złożonych wyjaśnień z dnia 09.11.2023 r. Przystępujący przedstawił wyjaśnienia ceny oferty w piśmie

z dnia 18.12.2023 r. Przystępujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa treść wyjaśnień od strony

9 do strony 10 – w oznaczonych fragmentach, opatrzonych wyraźnym znakiem „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA początek / TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – koniec”.

Jak wskazał Przystępujący w piśmie procesowym, którego stanowisko jako własne potwierdził na rozprawie Zamawiający, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący, pismem z dnia 20.12.2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumenty niezastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa: uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 18.12.2023 r. wraz z załącznikami oraz część jawną wyjaśnień ceny oferty z dnia 18.12.2023 r. (załącznik nr 1. Polityka Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych obowiązująca u Wykonawcy wraz z wzorem Oświadczenia pracownika / współpracownika

w szczególności o zapoznaniu się i zobowiązaniu się do przestrzegania Polityki Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych, załącznik nr 2. Zanonimizowany aneks do umowy

o pracę zawierający klauzulę poufności, załącznik nr 3. Zanonimizowane fragmenty umowy

o świadczenie usług sprzedażowych zawierające klauzulę poufności, załącznik nr 4. Wzór Umowy o poufności – zawieranej przez Przystępującego z kontrahentami).

Pismem z dnia 19.12.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, w szczególności w części 24 zamówienia - złożonej przez MEDIKOL SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Polska 118, 60-401, Poznań, która uzyskała najwyższą liczbę punktów, tj. 100,00 pkt i została uznana za ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonym w treści SWZ („Cena” - Waga 60,00 %, „Czas reakcji serwisu” - waga 20,00 %, „Czas na kalkulację kosztów” - waga 20,00 %), a w przedmiotowym postępowaniu w części 24 oferty zostały złożone przez:

1. SK-MED SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Święty Marcin 29 lok. 8, 61-806, Poznań,
2. MEDIKOL SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Polska 118, 60-401, Poznań.

Na podstawie:

1)art. 18 ust. 3 ustawy Pzp: „3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.”;

2)art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233): „2. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu

i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony

do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”.

Spór dotyczył tego, czy Przystępujący wkalkulował i czy miał obowiązek wkalkulować w cenę oferty materiały

eksploatacyjne o równowartości kwoty 1192 USD, przy czym każda ze stron i Przystępujący na rozprawie oświadczyli, że nie wiedzą o jakie materiały o równowartości kwoty 1192 USD chodzi. Odwołujący spodziewa się uzyskać informację o zakresie materiałów eksploatacyjnych po odtajnieniu odpowiedniej części oferty Przystępującego. Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, jak wynika z dokumentacji zamówienia, przekazanej przez Zamawiającego, na fakt załączenia przez Przystępującego w szczególności załączników o tożsamej treści i formie zarówno do niezaskarżonych wyjaśnień Przystępującego z dnia 09.11.2023 r., jak i zaskarżonych wyjaśnień Przystępującego z dnia 18.12.2023 r. Oba wyjaśnienia dotyczyły proponowanej ceny oferty Przystępującego, w tym w części nr 24 zamówienia (Angiograf). Załączniki te zostały przekazane Odwołującemu dwukrotnie - za pismem z dnia 05.12.2023 r. i 20.12.2023 r. Dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia, przekazana Izbie przez Zamawiającego, potwierdza odpowiednie zastrzeżenie informacji w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 09.11.2023 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego. Odwołujący przytoczył w odwołaniu treść wezwania Zamawiającego z dnia 14.12.2023 r. do wyjaśnienia proponowanej ceny oferty Przystępującego (w odniesieniu do wyjaśnień Przystępującego z dnia 09.11.2023 r.) z uwzględnieniem informacji zastrzeżonych, to jest numerów i dat wystawienia faktur, części składowych ceny ofertowej w poz. 2, opisu sposobu kalkulacji ceny, kwoty netto i brutto).

W drugiej kolejności odnosząc się do dowodów, przedstawionych w toku postępowania odwoławczego, Izba zauważa, że wszelkie dowody wykazujące fakty w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mogą stanowić potwierdzenie faktów w tych innych postępowaniach, z tego powodu są nieprzydatne w niniejszym postępowaniu odwoławczym, co Izba podnosi także niżej.

Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał skutecznie zasadności zarzutów odwołania.

#x200e

Odnosnie zarzutu 1 - naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.12.2023 r. oraz poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu wszelkiej dokumentacji złożonej w postępowaniu przez Wykonawcę w tym wyjaśnień rażąco niskiej ceny i uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i dowodami złożonych przez Wykonawcę oraz w szczególności przyjęcie, że całość wyjaśnień ceny wraz z dowodami i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlega utajnieniu, mimo iż:

- a) Wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa,
  - b) wyłącznie niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny, uzasadnieniu, załączonych dowodach mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz
  - c) informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter wyłącznie jednorazowy i na obecnym etapie postępowania pozbawione są wartości gospodarczej
- a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny oraz poprzez nieudostępnienie Odwołującemu żądanych przez niego dokumentów postępowania, w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący w odwołaniu w szczególności podniósł, że wykonawca zastrzegający informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w pierwszej kolejności musi precyzyjnie w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji wykazać wszystkie przesłanki, w szczególności opisać jaki to walor gospodarczy posiadają zastrzegane informacje. Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazał, że trudno wyobrazić sobie jaki walor gospodarczy może mieć lista załączników dołączonych do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa czy też wyjaśnień ceny jak również samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na uwagę zasługuje również fakt, iż same wyjaśnienia ceny nie w każdym przypadku będą mogły liczyć na walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nawet jeśli dane informacje spełniają element

tajemnicy przedsiębiorstwa, do ich skutecznego zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie tego przez wykonawcę. Odwołujący w odwołaniu wskazał w szczególności na to, że Przystępujący do swoich wyjaśnień załączył jedynie ogólnikowe dokumenty, które w żaden sposób nie wykazują, aby sposób kalkulacji ceny sporządzony w niniejszym postępowaniu objęty był tajemnicą przedsiębiorstwa. Za prawidłowo wykazujący ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa nie można bowiem uznać załączonego do pisma z dnia 18.12.2023 r. wzoru dokumentu noszącego nazwę Polityka Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych oraz Umowy o zachowaniu poufności. Również załączenie umowy o świadczenie usług sprzedażowych ma wyłącznie pozorny charakter dla niniejszego postępowania, gdyż odbywa się ono w ramach postępowania prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp, czego umowa ta nie obejmuje. Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie wykazał, iż informacje zawarte w treści zastrzeżonych w całości dokumentów, w całości lub choćby w części stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie przedstawił dowodów potwierdzających podjęcie działań zmierzających do zachowania informacji w poufności, w szczególności umowy z dostawcami muszą zawierać stosowną klauzulę, podobnie oferty muszą zawierać klauzule, iż są przekazywane w poufności i oczekują zachowania w tajemnicy informacji objętych ich treścią. Jeżeli w przedstawionych umowach brak jest stosownych klauzul bądź umowy w ogóle nie zostały przedstawione zastrzeżenie nie może się ostać. Odwołujący wskazał, iż z uwagi na specyfikę zamówienia i szczegółowo określone wymogi w zakresie czynności nim objętych co do realizacji zamówienia przez personel Przystępującego ewentualne kalkulacje osobowe jak i kalkulacje innych elementów oferty mają charakter unikatowy jednorazowy i związane są z tym tylko postępowaniem, w konsekwencji nie mogą być wykorzystane na potrzeby innego postępowania, a z uwagi na obecny etap niniejszego postępowania nie mogą narazić Przystępującego na szkodę, gdyż informacje te pozbawione są obecnie wartości gospodarczej. Wykonawcy złożyli już oferty, a wobec zakazu modyfikacji ofert po ich złożeniu nie mogą zmieniać ofert.

Izba nie zgodziła się z takim stanowiskiem Odwołującego - z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego wynika, iż przeciwnie do twierdzeń Odwołującego, Przystępujący nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści wyjaśnień wraz z uzasadnieniem i dowodami, to jest całe dokumenty. Przystępujący w piśmie z dnia 18.12.2023 r. nie zastrzegł uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach, zastrzegł treść wyjaśnień od strony 9 do strony 10, nie zastrzegł załączników do wyjaśnień (załącznik nr 1. Polityka Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych obowiązująca u Wykonawcy wraz z wzorem Oświadczenia pracownika / współpracownika w szczególności o zapoznaniu się i zobowiązaniu się do przestrzegania Polityki Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych, załącznik nr 2. Zanonimizowany aneks do umowy o pracę zawierający klauzulę poufności, załącznik nr 3. Zanonimizowane fragmenty umowy o świadczenie usług sprzedażowych zawierające klauzulę poufności, załącznik nr 4. Wzór Umowy o poufności – zawieranej przez Przystępującego z kontrahentami).

Ponadto jak zauważa Izba, już w załączeniu do wyjaśnień z dnia 09.11.2023 r. Przystępujący załączył niezastrzeżone załączniki (Polityka Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych obowiązująca u Wykonawcy wraz z wzorem Oświadczenia pracownika / współpracownika w szczególności o zapoznaniu się i zobowiązaniu się do przestrzegania Polityki Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych, Zanonimizowany aneks do umowy o pracę zawierający klauzulę poufności, Zanonimizowana umowa o świadczenie usług sprzedażowych zawierająca klauzulę poufności, Wzór Umowy o poufności – zawieranej przez Przystępującego z kontrahentami), które zostały przekazane Odwołującemu już pismem z dnia 05.12.2023 r., a których treść i forma były tożsame z niezastrzeżonymi załącznikami do wyjaśnień z dnia 18.12.2023 r.

Ponadto Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego w odwołaniu przekazał Odwołującemu, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, pismem z dnia 20.12.2023 r. dokumenty niezastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa: uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 18.12.2023 r. wraz z załącznikami oraz część jawną wyjaśnień ceny oferty z dnia 18.12.2023 r. Izba zauważa, że w istocie Odwołujący przyznał powyższe w odwołaniu na stronie 9, wskazując na załączniki do wyjaśnień z dnia 18.12.2023 r. jako ogólnikowe (Polityka Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych, umowy o zachowaniu poufności, umowy o świadczenie usług sprzedażowych).

Należy wskazać, że Przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.12.2023 r. w wyjaśnieniach z dnia 18.12.2023 r. i ich potem nie uzupełniał, jak wynika z dokumentacji postępowania. Zatem wszystkie wyjaśnienia i dokumenty niezastrzeżone, złożone w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego z dnia 14.12.2023 r. zostały Odwołującemu przekazane jak już wyżej wspomniano.

Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją posiadającą wartość gospodarczą, nie jest

powszechnie znana dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji ani nie jest łatwo dostępna dla takich osób oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, że zastrzeżone informacje podane w skarżonych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Przystępujący to wykazał.

Ponadto zauważyć należy, że zastrzeżenie informacji w zakresie kalkulacji ceny oferty w części 24 nastąpiło w piśmie z dnia 09.11.2023 r., które Odwołujący otrzymał pismem Zamawiającego z dnia 05.12.2023 r., przekazującym Odwołującemu dokumenty niezastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym załączniki, skarżone w odwołaniu.

Przystępujący przedstawił dowody na potwierdzenie podjęcia działań zmierzających do zachowania informacji w poufności (w szczególności umowa o poufności; pozostałe dokumenty załączone jako dowody również zawierają klauzule poufności).

W wyjaśnieniach z dnia 18.12.2023 r., w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący podał w szczególności: „Wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie ceny oferty oraz załączniki – w zakresie zastrzeżonym – zawierają:

- opis sposobu kalkulacji ceny oferty (cen jednostkowych za poszczególne części zamówienia) z uwzględnieniem składników cenotwórczych składających się na cenę oferty – ustalonej przy uwzględnieniu dostępnych wyłącznie Wykonawcy szczególnych warunków wykonywania zamówienia wynikających z zasobu kadrowego Wykonawcy, umów z dostawcami części zamiennych i sprzętu, know-how oraz doświadczenia Wykonawcy,
- zasady kalkulacji robocizny, materiałów eksploatacyjnych do realizacji usługi, dojazdu oraz marży,
- opis sposobu realizacji zamówienia - ustalonego przy uwzględnieniu dostępnego wyłącznie Wykonawcy know-how oraz doświadczenia.

W kontekście art. 11 ust. 2 Uznk wskazać należy, że wymienione wyżej informacje mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa oraz posiadają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. (...)

W niniejszym przypadku wartość gospodarcza informacji zawartych w wyjaśnieniach sprowadza się do tego, że przyjęty przez Wykonawcę sposób kalkulacji ceny oferty oraz założony sposób realizacji zamówienia – mają charakter autorski a ich wypracowanie przez Wykonawcę pochłonęło określone nakłady kapitałowe i osobowe. Z kolei w przypadku warunków handlowych współpracy z kontrahentami – są one właściwe tylko dla Wykonawcy oraz są efektem współpracy Wykonawcy z tymi kontrahentami. Oznacza to,

że w przypadku ich ujawnienia – każdy inny przedsiębiorca mógłby zapoznać się ze sposobem kalkulacji ceny oferty oraz sposobem realizacji zamówienia – oraz zastosować te sposoby

w przypadku kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia – bez ponoszenia jakichkolwiek nakładów z tego tytułu. Także w przypadku warunków handlowych – inny przedsiębiorca mógłby domagać się od partnerów handlowych Wykonawcy analogicznych warunków. Zatem taki przedsiębiorca – kosztem Wykonawcy – w szczególności zaoszczędziłby wydatków,

w celu opracowania sposobów kalkulacji ceny oferty oraz sposobu realizacji zamówień.

Nie można również wykluczyć, że dzięki wdrożeniu u siebie opisanych w wyjaśnieniach ceny oferty sposobów wypracowanych przez Wykonawcę, inny przedsiębiorca zwiększyłby zyski

w związku z usprawnieniem procesów związanych z wykonawstwem umów o zamówienie. Bez wątplenia sposób kalkulacji ceny oferty, sposób realizacji zamówienia oraz warunki handlowe stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa Wykonawcy. (...)

W odniesieniu do pozostałych przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk należy wskazać, że informacje objęte wyjaśnieniami oraz załącznikami – w zakresie zastrzeżonym – nie są powszechnie znane, ani powszechnie dostępne, zaś Wykonawca podjął w stosunku do tych informacji działania mające na celu zachowanie ich poufności.

1) Wykonawca nie udostępnia informacji zawartych w wyjaśnieniach oraz załącznikach –

w zakresie zastrzeżonym – w sposób nieograniczony. Dostęp do ww. informacji ma zdefiniowany przez Zamawiającego krąg podmiotów. Dostęp do informacji poruszonych

w wyjaśnieniach oraz załącznikach – w zakresie zastrzeżonym - posiadają jedynie:

-Wykonawca,

-jego pracownicy, którzy brali udział w procesie złożenia oferty oraz przygotowania wyjaśnień ceny oferty,

-jego pracownicy oraz osoby współpracujące z Wykonawcą – stosujący się do wdrożonych środków (przy czym Wykonawca ogranicza dostęp do informacji poufnych – jedynie dla tych pracowników i współpracowników, dla których te informacje są niezbędne do świadczenia pracy lub usługi – w praktyce jest to kilka do kilkunastu osób w zależności od projektu),

-kontrahenci Wykonawcy – w zakresie warunków ich współpracy z Wykonawcą. Poza Wykonawcą oraz jego

pracownikami – wiedzę w zakresie poruszonym w wyjaśnieniach oraz załącznikach – w zakresie zastrzeżonym – ma obecnie jedynie Zamawiający (niemniej Wykonawca wniósł o nieujawnienie tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa). Zatem przyjąć należy, że Wykonawca do momentu sporządzenia niniejszych wyjaśnień na potrzeby przedstawienia ich Zamawiającemu

- nie ujawnił podmiotom trzecim, niezobowiązanym do zachowania poufności
- informacji zawartych w wyjaśnieniach oraz załącznikach – w zakresie zastrzeżonym;

2) Informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz załącznikach – w zakresie zastrzeżonym - chronione są również wewnątrznie.

W odniesieniu do pracowników i współpracowników Wykonawcy wskazać należy, że zgodnie z wewnętrznymi regulacjami Wykonawcy (tj. Polityka Bezpieczeństwa Informacji Niejawnych – stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszego pisma) – każdy pracownik i współpracownik zobowiązany jest do przestrzegania ustanowionych zasad ochrony i zachowania poufności informacji i dokumentów uzyskanych przy wykonywaniu obowiązków wynikających z umowy zawartej ze Spółką (§9 Polityki Bezpieczeństwa).

Za takie informacje zgodnie z Polityką Bezpieczeństwa uznaje się w szczególności:

- informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk,
- dane osobowe,
- treść ofert, faktur, umów i innych dokumentów handlowych i rachunkowych Wykonawcy
- informacje dotyczące wewnętrznej organizacji i działalności Wykonawcy (§1 Polityki Bezpieczeństwa).

Każdy pracownik Wykonawcy oraz każda osoba współpracująca z Wykonawcą na podstawie innej umowy niż umowa o pracę – potwierdza zapoznanie się z zasadami ochrony

i zachowania poufności informacji i danych o charakterze wewnętrznym poprzez złożenie pisemnego oświadczenia (§ 3 ust. 2 Polityki Bezpieczeństwa – wzór stosowanego oświadczenia stanowi wraz Polityką Bezpieczeństwa załącznik nr 1 do niniejszego pisma);

3)Każdy Pracownik zawiera ponadto wraz z umową o pracę – aneks do tej umowy „Klauzulę poufności” – dotyczący ochrony informacji poufnych (zanonimizowany aneks do umowę o pracę – klauzulę poufności – przedkładam jako załącznik nr 2 do niniejszego pisma);

4)W przypadku osób współpracujących z Wykonawcą – w umowach o współpracy stosowane są klauzule dotyczące obowiązku zachowania w poufności informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem tych umów (zanonimizowane fragmenty umowy o świadczenie usług wraz z klauzulą poufności przedkładam jako załącznik nr 3 do niniejszego pisma);

5)W przypadku kontrahentów Wykonawcy – w umowach między nimi a Wykonawcą znajdują się klauzule o zachowaniu w poufności wszelkich informacji przekazywanych w związku z wykonywaniem umowy – w szczególności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy albo zawierane są z kontrahentami odrębne umowy o zachowaniu poufności (wzór Umowy o zachowaniu poufności (NDA) – zawieranej przez Wykonawcę z kontrahentami stanowi załącznik nr 4 do niniejszego pisma).

Zgodnie z Umową o zachowaniu poufności za informacje poufne strony tej umowy – uznają w szczególności informacje dotyczące własnych systemów i stosowanych rozwiązań informatycznych, protokołów komunikacyjnych, uzgodnień finansowych

i warunków umownych, produktów, rozwiązań technicznych, know-how, personelu Stron;

6) Ostatnim podmiotem, który ma dostęp do informacji objętych wyjaśnieniami jest Zamawiający. Z tego względu - w celu zachowania tych informacji w poufności przez Zamawiającego – Wykonawca dokonuje niniejszego zastrzeżenia treści wyjaśnień oraz załączników – w zakresie zastrzeżonym - jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zobowiązuje Zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp do ich nieujawniania;

7)Ponadto Wykonawca stosuje również inne niż wymienione powyżej – działania służące ochronie informacji przed ich ujawnieniem:

- organizowanie pracy w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji osobom niezaangażowanym w dany projekt (§6 ust. 1 Polityki Bezpieczeństwa),
- wdrożenie systemu obiegu dokumentów zapewniającego selektywne udostępnianie informacji wybranym pracownikom (§6 ust. 2 Polityki Bezpieczeństwa),
- sposób przechowywania i archiwizacji dokumentów i informacji podlega zaawansowanym zabezpieczeniom (§ 5 ust. 1, 2, 3 i 4 Polityki Bezpieczeństwa),
- monitoring biura oraz całodobowa ochrona obiektu (§6 ust. 3 i 4 Polityki Bezpieczeństwa).

Wobec powyższego należy uznać, że Wykonawca podjął w stosunku do informacji zawartych w niniejszych

wyjaśnieniach konieczne środki w celu zachowania ich poufności w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk.

Jednocześnie należy mieć na uwadze, że podjęcie tych środków zostało przez Wykonawcę udowodnione poprzez załączenie wewnętrznych aktów dotyczących zobowiązania pracowników do zachowania poufności informacji.”.

Biorąc pod uwagę treść złożonego przez Przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach z dnia 18.12.2023 r., w ocenie Izby Przystępujący wskazał zarówno wartość gospodarczą tych informacji (w szczególności sposób kalkulacji ceny Przystępujący wykorzystuje wielokrotnie, a nie jednorazowo jedynie

w niniejszym postępowaniu), jak i wykazał poufność informacji załączonymi do wyjaśnień dowodami, przy czym Odwołujący nie zaprzeczył, iż Przystępujący stosuje Politykę Bezpieczeństwa, umowy z pracownikami, o treści przedstawionej w załączeniu do wyjaśnień.

W odniesieniu do twierdzeń dotyczących umowy o świadczenie usług sprzedażowych, Izba podziela stanowisko, że została ona przedstawiona przez Przystępującego

na potwierdzenie zawarcia w jej treści klauzul o zachowaniu poufności. Tego typu umowa, analogicznie jak umowa o pracę zawierana z pracownikami, którzy będą uczestniczyć

w realizacji zamówienia publicznego nie musi obejmować wzmianki dotyczącej zawarcia umowy w związku z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie nieprzekazania przez Zamawiającego odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 14.12.2023 r. w kontekście konkretnej pozycji jednostkowej i faktur wskazać należy, że odpowiedź ta zawiera skutecznie zastrzeżone przez Przystępującego informacje jak już wskazano wyżej (są to wyjaśnienia Przystępującego z dnia 18.12.2023 r.), a zatem nie mógł Zamawiający ich przekazać Odwołującemu.

Oдноśnie zarzutu 2 - naruszenia (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-2) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1-3, 5 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w sytuacji, gdy:

a) Wykonawca złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia,

a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

b) Wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on

w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SWZ kosztów pracowniczych, a także uwzględnianie kosztów dojazdów do Zamawiającego oraz użycia przy realizacji zamówienia materiałów eksploatacyjnych, który zgodnie z twierdzeniami Medokol w przypadku angiografu stanowi równowartość kwoty 1192 USD za jeden przegląd, podczas gdy oferowana przez Medikol cena za jeden przegląd angiografu opiewa na kwotę 1 509,84 zł brutto,

c) oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

a Wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta winna zostać odrzucona.

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 224 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, mimo iż Wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,

w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zarzut jest zarzutem ewentualnym na wypadek nieuwzględnienia zarzutów z pkt 1-2 odwołania, przy czym wydaje się,

że Odwołującemu chodziło o sformułowanie zarzutu ewentualnego na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podstawowego z pkt 1 odwołania, bowiem w pkt 2 określono właśnie przedmiotowy zarzut ewentualny.

Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności, że w części nr 24 Angiograf Medikol zaoferował wykonanie przeglądów w cenach nierealnych, Medikol oraz podmioty z nim powiązane wielokrotnie w odwołanych składanych do Krajowej Izby Odwoławczej podkreślały, że nie jest możliwe wykonanie przeglądu za cenę, którą zaoferował w niniejszym postępowaniu. Głównym elementem cenotwórczym, którego Medikol nie skalkulował jest koszt zakupu materiałów eksploatacyjnych, który zgodnie z twierdzeniami Medikol

w przypadku angiografu stanowi równowartość kwoty 1192 USD za jeden przegląd, podczas gdy oferowana przez Medikol cena za jeden przegląd angiografu opiewa na kwotę 1 509,84 zł brutto. Cena ta powinna uwzględniać wszystkie koszty związane z przeglądem, w tym koszty pracy, koszty dojazdu, koszt materiałów i pozostałe koszty związane z wykonaniem przeglądu.

W ocenie Izby spór między stronami toczy się wobec różnego rozumienia użytego w SWZ pojęcia materiałów eksploatacyjnych. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotem postępowania jest umowa serwisowa, w ramach której konieczne będzie wykorzystywanie drobnych materiałów eksploatacyjnych, dostępnych powszechnie. Natomiast na podstawie postanowień projektowanych postanowień umowy w SWZ

Zamawiający będzie zlecał dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzenia, niedostępnych powszechnie, na podstawie odrębnej procedury po każdorazowych negocjacjach ceny, z uwzględnieniem na zasadzie pierwszeństwa wykonawcy umowy serwisowej. Powyższe znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Zatem w ocenie Zamawiającego cena tych powszechnie dostępnych materiałów nie może stanowić równowartości 1192 USD. Jak wskazał Zamawiający chodziło o takie materiały eksploatacyjne jak smary, powietrze sprężone. Dowód przedłożony przez Odwołującego to wycena ekspertów Siemens dla Przystępującego z dnia 05.12.2021 r. dotycząca części o numerze: TP04169N, która w opisie wskazuje: „Zestaw materiałów eksploatacyjnych do przeglądu angiografu”, o wartości: 1192,00 USD, ważna 10 dni roboczych. Na rozprawie zarówno Zamawiający jak i Odwołujący, również Przystępujący oświadczyli, iż nie wiedzą z jakich materiałów składa się przedmiotowy zestaw materiałów eksploatacyjnych, nadto Przystępujący wyjaśnił, że do tej wyceny Odwołujący nie załączył oferty, z której wynikałaby specyfikacja tego zestawu. Zamawiający wyjaśnił, iż od roku 2016 użytkuje angiograf i w tym okresie nie wymagał on wymiany materiałów eksploatacyjnych za kwotę o równowartości 1192,00 USD.

Izba wskazuje, iż dowody odnoszące się do innych niż niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia, potwierdzają jedynie fakty w tych innych postępowaniach. Nie można zdaniem Izby wywodzić jak to czyni Odwołujący, iż oświadczenia składane w innych postępowaniach odwoławczych dotyczących innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powinny wyrzeć skutek w niniejszym postępowaniu odwoławczym. W każdym bowiem postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy składają oświadczenia wiążące w danym postępowaniu, w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający formułuje opis przedmiotu zamówienia dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby Odwołujący nie doprecyzował zarzutu w zakresie nieuwzględnienia konkretnych materiałów eksploatacyjnych w cenie oferty Przystępującego, a jedynie przywoływał wartość zestawu nieokreślonych materiałów eksploatacyjnych na podstawie nieważnej już oferty, która adresowana była do Przystępującego w grudniu 2021 r. i która w związku z tym niewątpliwie nie dotyczyła przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący w ocenie Izby także nie skonkretyzował pozostałych zarzutów odwołania dotyczących kalkulacji ceny przez Przystępującego, a jedynie podniósł zarzuty sformułowane ogólnie.

Izba zauważa ponadto, iż Odwołujący w odwołaniu powoływał się na wyjaśnienia ceny oferty, które Przystępujący złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.12.2023 r. Nie odnosił zarzutów odwołania wprost do złożonych wyjaśnień Przystępującego z dnia 09.11.2023 r.

Odnosnie zarzutu 3 – naruszenia (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień, w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

Zarzut sformułowany na wypadek nieuwzględnienia zarzutów z pkt 1-3 odwołania (przy czym wydaje się, że chodziło o pkt 1-2, bowiem pkt 3 obejmuje przedmiotowy zarzut ewentualny). Rozstrzygnięcie co do zarzutu 3, stanowiącego konsekwencję naruszenia danych przepisów wskazanych powyżej w zarzutach odwołania, wobec niepotwierdzenia się tych zarzutów odwołania, nie wymaga w ocenie Izby szerszego uzasadnienia.

Zamawiający zatem nie naruszył zarzucanych mu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie, art. 574 i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 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.). Na koszty postępowania odwoławczego składał się

wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości

15 000,00 zł i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący. W związku z tym, iż Zamawiający wniósł

o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego – wynagrodzenia pełnomocnika i złożył z tego tytułu fakturę, Izba zasądziła takie koszty w wysokości 3 600 zł, określonej w § 5 pkt 2 lit. b 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.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....