

Sygn. akt KIO 2626/22

WYROK

z dnia 24 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2022 r. przez wykonawcę SIDLY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Bielsku-Białej

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) oraz nakazuje zamawiającemu – Miejskiemu Ośrodkowi Pomocy Społecznej w Bielsku-Białej: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym zbadanie

skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Konsorcjum: Telemedycyna Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach i LOCON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie.

2. Oddała odwołanie w pozostałej części, tj. w zakresie trzech osobno sformułowanych zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.).
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Bielsku-Białej w 1/4 części oraz odwołującego – wykonawcę SIDLY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w 3/4 części i:
 - 3.1 Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę SIDLY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2 Zasądza od odwołującego – wykonawcy SIDLY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego – Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Bielsku-Białej kwotę 825 zł 00 gr (słownie: osiemset dwadzieścia pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Bielsku-Białej, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„dostawę opasek bezpieczeństwa dla osób starszych – mieszkańców miasta Bielska-Białej wraz z usługą całodobowego, elektronicznego monitoringu (teleopieka)”*.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 września 2022 r. pod nr 2022/BZP 00328869/01.

W dniu 4 października 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca SIDLY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Telemedycyna Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach i Locon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie (zwanym dalej jako „Konsorcjum”) pomimo, iż ich oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie odnoszącym się do wymagań stawianych oferowanej opasce w odniesieniu do przycisku bezpieczeństwa (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy HRP Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (zwanego dalej jako

„wykonawca HRP”) pomimo, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie odnoszącym się do wymagań stawianych oferowanej opasce w odniesieniu do przycisku bezpieczeństwa (zarzut nr 2),

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy HRP pomimo, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie odnoszącym się do wymagań stawianych oferowanej opasce w odniesieniu do komunikatów wyświetlanych w języku angielskim (zarzut nr 3),

4) art. 18 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez wadliwe zaniechanie ujawnienia informacji przekazanych Zamawiającemu przez Konsorcjum w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny oraz certyfikatu wodoszczelności urządzenia, w szczególności w zakresie w jakim Zamawiający poinformował Odwołującego, iż prowadzi badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa po wyborze oferty najkorzystniejszej (zarzut nr 4).

W odniesieniu do wszystkich wyżej wymienionych zarzutów Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 ustawy PZP.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu przez Izbę:

1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum, wraz z powtórzeniem badania i oceny ofert,

2) odrzucenia ofert Konsorcjum oraz oferty wykonawcy HRP ze względu na ich niezgodność z warunkami zamówienia,

3) ponowienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

4) przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania,

5) zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że Konsorcjum razem ze swoją ofertą złożyło wystawioną przez członka Konsorcjum (tj. Locon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie) Specyfikację techniczną opaski bezpieczeństwa GPS dla Seniora, która oznaczona została symbolem BS.04S (dokładna nazwa handlowa tego urządzenia to Locon Life Plus BS.04S). Jest to urządzenie, które posiada jeden przycisk przeznaczony zarówno do sterowania menu urządzenia, jak i do przywoływania pomocy SOS, na co wskazuje następująca informacja producenta: *„Opaska Locon Life Plus została wyposażona w nowe funkcje. Poza pomiarem pulsu i ciśnienia, sprawdzicie za jej pomocą temperaturę i saturację. Wszystkie funkcje dostępne są za pomocą jednego przycisku. Ta prosta opaska SOS o nowoczesnym designie jest narzędziem pozwalającym na zdalną opiekę nad seniorem”*. Według Odwołującego nie powinno więc budzić wątpliwości, iż nie jest spełnione wymaganie Zamawiającego zgodnie, z którym przycisk S.O.S. ma służyć wyłącznie do przywoływania pomocy, nie zaś do nawigowania po menu urządzenia. Odwołujący zauważył też, że w przypadku korzystania z funkcjonalności opaski zaoferowanej przez Konsorcjum poprzez menu urządzenia, do ewentualnego wezwania pomocy konieczne jest kilkukrotne naciśnięcie przycisku celem wyjścia z menu głównego i aktywowania funkcjonalności wezwania pomocy. Zatem nie jest także spełnione wymaganie, zgodnie z którym przycisk funkcyjny ma służyć natychmiastowemu wezwaniu pomocy bez konieczności wcześniejszej nawigacji po urządzeniu. Zdaniem Odwołującego urządzenie, które zostało zaoferowane przez Konsorcjum, nie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego, więc oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że wykonawca HRP razem ze swoją ofertą złożył Specyfikację techniczną teleopaski HRP Lifeband 3.0 H66. Odwołujący podał również, że w instrukcji obsługi tego urządzenia zostały zawarte następujące informacje:

- *Naciśnij jednokrotnie krótko przycisk funkcyjny ③ by wzbudzić ekran, następnie ponownie wciskaj krótko przycisk funkcyjny by wybrać odpowiedni pomiar z menu.*
- *Naciśnij jednokrotnie krótko przycisk funkcyjny ③ by wzbudzić ekran, następnie ponownie wciskaj krótko przycisk funkcyjny by wybrać odpowiedni pomiar z menu. Odczytanie pulsu, ciśnienia oraz saturacji odbywa się automatycznie i reprezentowane jest przez ikonę pulsującego serca.*

- *Aby zadzwonić na numer alarmowy, naciśnij i przytrzymaj przycisk funkcyjny ③ na ekranie głównym przez min. 3 sekundy, aż usłyszysz komunikat: SOS. W zależności od konfiguracji urządzenia alarm zostanie odebrany przez służby ratunkowe, Telecentrum i opiekuna faktycznego korzystającego z aplikacji Novama by HRP.*

Zdaniem Odwołującego nie zostało zatem spełnione wymaganie, aby przycisk funkcyjny służył natychmiastowemu wezwaniu pomocy bez konieczności wcześniejszej nawigacji po urządzeniu. Ponadto także nie jest spełnione wymaganie, by przycisk służył wyłącznie do przywoływania pomocy, nie zaś do nawigowania po menu urządzenia. W związku z powyższym Odwołujący uważa, że urządzenie zaoferowane przez wykonawcę HRP nie spełnia wymagań zawartych w warunkach zamówienia i z tej przyczyny oferta wykonawcy HRP powinna zostać odrzucona.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 7 września 2022 r. opublikował wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”). Treść pytania nr 3 miała następujące brzmienie: „Czy Zamawiający wymaga aby komunikaty opaski były w całości wyłącznie w języku polskim czy dopuszcza również komunikaty, skróty np. w języku angielskim?”. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „Zamawiający wymaga aby komunikaty opaski były w całości wyłącznie w języku polskim”. Odwołujący podał, że wymaganie to było uzasadnione potrzebą umożliwienia zrozumienia komunikatów przez seniorów, którzy będą użytkować opaski. Odwołujący dodał też, że wymaganie opasek z komunikatami wyłącznie w języku polskim pozwalało na uniknięcie oferowania popularnych opasek na rękę (tj. zegarków elektronicznych typu smartband), które są na poziomie oprogramowania jedynie przystosowywane do obsługi usług teleopieki. Odnosząc się do opaski zaoferowanej przez wykonawcę HRP, tj. modelu HRP Lifeband 3.0 H66 Odwołujący zauważył, że część komunikatów jest anglojęzyczna. Tytułem przykładu chodzi o następujące komunikaty: HR (Heart Rate) – puls, SBP (systolic blood pressure) – ciśnienie skurczowe, DBP (diastolic blood pressure) – ciśnienie rozkurczowe. Według Odwołującego Zamawiający był świadomy tej niezgodności w ofercie wykonawcy HRP, ponieważ pismem z dnia 21 września 2022 r. wezwał tego wykonawcę HRP do wyjaśnienia, czy skonfiguruje on urządzenie aby wszystkie komunikaty wygłaszane bądź wyświetlane przez urządzenie były w wyłącznie w języku polskim, co wykonawca HRP potwierdził pismem z dnia 23 września 2022 r. W ocenie Odwołującego urządzenie zaoferowane przez wykonawcę HRP ma zatem charakter częściowo dedykowany, tj. wymagający modyfikacji celem spełnienia wymagań Zamawiającego i uważa, że informacja taka

powinna zostać ujawniona już w treści oferty. Wykonawca HRP w swojej ofercie powinien był nie tylko wskazać nazwę zaoferowanego urządzenia, ale i szczegółowo opisać jego parametry skoro jest to model urządzenia niespełniający w dacie składania ofert wymagań zamówienia. Odwołujący zauważa, że w chwili obecnej ewentualne uzupełnienia oferty godziłyby w zasadę uczciwej konkurencji, gdyż dopuszczono by możliwość ukształtowania treści oferty po upływie terminu składania ofert. Dlatego jego zdaniem opaska zaoferowana przez wykonawcę HRP nie jest zgodna z warunkami zamówienia, a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 29 września 2022 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Następnie w dniu 3 października 2022 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji przetargowej w zakresie wszelkiej korespondencji Zamawiającego z uczestnikami postępowania przetargowego. Korespondencją z dnia 4 października 2022 r. wysłaną do Odwołującego w godzinach popołudniowych (czyli w ostatnim dniu na złożenie odwołania) Zamawiający przekazał dokumenty i zarazem zastrzegł, że: *„Dokumentacja złożona przez konsorcjum Telemedycyna Polska S.A. i Locon Sp. z o.o. która została objęta przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa tj. wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny oraz certyfikat dot. wodoszczelności urządzenia w chwili obecnej są badane pod kątem zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. O wyniku badania zostaną Państwo poinformowani odrębną korespondencją”*.

Zdaniem Odwołującego doszło zatem do sytuacji, w której badanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było prowadzone przez Zamawiającego już po czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący powołał się przy tym na orzecznictwo, w którym wskazuje się m. in., że *„wszystkie czynności w tym również badanie w zakresie zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa winny odbyć się do wyboru oferty najkorzystniejszej”*. Odwołujący uważa zatem, że skoro trwa badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to wybór oferty najkorzystniejszej był przedwczesny, ponieważ nie zostały jeszcze wykonane wszystkie czynności badania i oceny ofert. Przy okazji Odwołujący wskazał, że doszło również do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w zakresie dotyczącym jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec tego Odwołujący wniósł o nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiłaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia Konsorcjum Telemedycyna Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach i Locon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego z uwagi na jego wady formalne. Zgodnie z art. 525 ust. 2 ustawy PZP zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, natomiast jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Jednocześnie przepis ten wymaga, aby do zgłoszenia przystąpienia dołączyć dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz odwołującemu. W niniejszej sprawie do pierwotnie wysłanego do Prezesa Izby zgłoszenia przystąpienia Konsorcjum nie załączyło dowodu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu. Co prawda później zostały dosłane przez Konsorcjum do Prezesa Izby dowody przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu, niemniej nie sanuje to wadliwości pierwotnego zgłoszenia przystąpienia. Podkreślić należy, że w literaturze prawa zamówień publicznych nie budzi żadnych wątpliwości, że ustawa PZP nie przewiduje możliwości usunięcia braków zgłoszenia przystąpienia. Jeżeli przystąpienie będzie obarczone brakami, to zostanie uznane przez Izbę za nieskuteczne [tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 525 ustawy, teza 5]. W świetle obowiązujących przepisów nie ma zatem podstaw do tego, aby wykonawca uzupełnił braki swojego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, czy to na wezwanie Izby, czy to samoistnie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 października 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz instrukcji obsługi HRP Lifeband, która została załączona do odwołania. Jednocześnie na podstawie art. 541 ustawy PZP Izba postanowiła odmówić przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka Tomasza Piszczyńskiego oraz ze zdjęcia instrukcji obsługi urządzenia zaoferowanego przez Konsorcjum Telemedycyna Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach i Locon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, albowiem, w ocenie Izby, fakty mające zostać wykazane zawnioskowanymi dowodami, zostały już stwierdzone innymi dowodami znajdującymi się w aktach postępowania.

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej oraz instrukcji obsługi HRP Lifeband złożonej przez Odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Bielsku-Białej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na „*dostawę opasek bezpieczeństwa dla osób starszych – mieszkańców miasta Bielska-Białej wraz z usługą całodobowego, elektronicznego monitoringu (teleopieka)*”. Numer referencyjny tego zamówienia to MOPS.DA-PSU.3211.9.2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 września 2022 r. pod nr 2022/BZP 00328869/01.

Zgodnie z rozdziałem trzecim SWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa 200 (dwustu) sztuk tzw. opasek bezpieczeństwa – urządzeń do świadczenia usługi opieki na odległość oraz usługa obejmująca świadczenie elektronicznego całodobowego monitoringu sygnałów alarmowych od osób starszych – mieszkańców miasta Bielska-Białej powyżej 65-go roku życia (tzw. usługa teleopieki).

Zgodnie z postanowieniami SWZ opaski na nadgarstek powinny być fabrycznie nowe i wyposażone w przycisk bezpieczeństwa, sygnał S.O.S., detektor upadku, czujnik zdjęcia opaski, lokalizator GPS, funkcje umożliwiające komunikowanie się z telecentrum i opiekunami oraz funkcje monitorujące podstawowe czynności życiowe (puls i saturacja) wraz z kartą SIM, które zapewnią seniorom możliwość wywołania sygnału S.O.S. oraz kontakt głosowy z konsultantem telecentrum. Opaski mają być łatwe w użytkowaniu dla osoby starszej oraz kompletne, tj. wyposażone w maksymalnie jeden przycisk na urządzeniu oraz w ładowarkę, kabel zasilający oraz kartę SIM z możliwością doboru operatora komórkowego w zależności od miejsca zamieszkania użytkownika, w celu doboru optymalnego zasięgu.

Ponadto oferowane urządzenie powinno być wykonane z tworzywa zapobiegającego zbitciu lub pęknięciu, odpornego na upadek. Pasek powinien być wykonany z certyfikowanego materiału odpornego na złamania (guma, silikon). Urządzenie powinno być wodoszczelne, o klasie wodoszczelności IP 67, która ma dawać możliwość kąpieli z urządzeniem na ręku. Instrukcja obsługi urządzenia powinna być w języku polskim.

W dniu 7 września 2022 r. Zamawiający opublikował wyjaśnienia treści SWZ. Na pytanie nr 1 dotyczące potwierdzenia, czy przycisk S.O.S. ma służyć wyłączenie do przywoływania pomocy – Zamawiający odpowiedział, że przycisk S.O.S. ma służyć wyłącznie do przywoływania pomocy, a nie np. do nawigowania po menu urządzenia. Natomiast na pytanie nr 3 dotyczące tego, czy Zamawiający wymaga aby komunikaty opaski były w całości wyłącznie w języku polskim czy dopuszcza on również komunikaty, skróty np. w języku angielskim – Zamawiający odpowiedział, że wymaga aby komunikaty opaski były w całości w języku polskim.

W dniu 9 września 2022 r. Zamawiający dokonał zmiany zapisów SWZ poprzez dodanie, że dopuszcza opaski posiadające wyświetlacz z zastrzeżeniem, że przycisk funkcyjny S.O.S. ma służyć natychmiastowemu wezwaniu pomocy bez konieczności wcześniejszej nawigacji po urządzeniu. Zamawiający odstąpił również od wymogu regulacji głośności w słuchawce.

W dniu 12 września 2022 r. oferty w postępowaniu złożyło trzech wykonawców:

- 1) Odwołujący – SIDLY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – na kwotę 147 600 zł 00 gr (słownie: sto czterdzieści siedem tysięcy sześćset złotych zero groszy),
- 2) Konsorcjum: Telemedycyna Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach i LOCON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie – na kwotę 68 118 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt osiem tysięcy sto osiemnaście złotych zero groszy),
- 3) HRP Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi – na kwotę 129 490 zł 00 gr (słownie: sto dwadzieścia dziewięć tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt złotych zero groszy).

Każdy z wykonawców zaoferował opaskę posiadającą przycisk bezpieczeństwa (S.O.S.).

W przypadku urządzenia zaoferowanego przez wykonawcę HRP do uruchomienia alarmu S.O.S. konieczne jest naciśnięcie przycisku funkcyjnego na ekranie głównym i przytrzymanie go przez minimum 3 sekundy do czasu usłyszenia komunikatu S.O.S.

Ponadto Konsorcjum do swojej oferty dołączyło „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa”, w którym oświadczyło, że złożona w postępowaniu oferta, a także załączone do niej informacje oraz dokumenty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Telemedycyna Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, albowiem stanowią one informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które nie zostały ujawnione publicznie. Tajemnicą przedsiębiorstwa Telemedycyna Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach zostały objęte wszelkie informacje dotyczące sfery organizacji i funkcjonowania firmy, informacje o stosowanych produktach, wyrobach, systemach i zasadach ich funkcjonowania, instrukcje, certyfikaty i zaświadczenia oraz informacje obejmujące całokształt doświadczeń, w tym informacje o jego kontrahentach, personelu i innych zasobach oraz dotychczas realizowanych projektach i umowach. W szczególności zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa zostały objęte: wykaz podmiotów, na rzecz których Telemedycyna Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach świadczy usługi z zakresu teleopieki i wykaz personelu skierowanego do realizacji projektu, oferowana cena dostawy opasek oraz świadczonej usługi teleopieki, treść umowy na zakup opasek oraz świadczenie usług teleopieki, treść dokumentu „Podstawowe informacje o opaskach życia/Specyfikacja” oraz dane osobowe pełnomocnika Zarządu Telemedycyny Polskiej S.A. umocowanego do składania ofert w toczących się postępowaniach oraz zakres jego umocowania.

Jednocześnie w dniu 12 września 2022 r. Odwołujący złożył wniosek do Zamawiającego o udostępnienie ofert wraz z załącznikami, które zostały złożone w postępowaniu. W odpowiedzi z dnia 14 września 2022 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę wykonawcy HRP oraz jednocześnie poinformował, że oferta Konsorcjum została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i w chwili obecnej trwa wyjaśnianie zasadności zastrzeżenia oferty.

Równolegle w dniu 13 września 2022 r. Zamawiający działając w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy PZP wezwał Konsorcjum od udzielenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny wskazanej w ofercie. Zaoferowana przez Konsorcjum cena za wykonanie zamówienia wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, wobec czego Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w tej kwestii poprzez wskazanie czynników, które pozwoliły na obniżenie poziomu kosztów realizacji zamówienia i uzasadnienie w jaki sposób i w jakim stopniu

przełożyły się one na obniżenie tych kosztów, a także o złożenie dowodów potwierdzających składane wyjaśnienia. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że jeśli wykonawca niełoży wyjaśnień w terminie do dnia 19 września 2022 r. do godz. 12:00 lub jeżeli Zamawiający uzna, że wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę, to oferta wykonawcy zostanie odrzucona z postępowania.

W dniu 19 września 2022 r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny, które zostały zatytułowane „Informacja dotycząca wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny”. Do wyjaśnień zostały załączone dokumenty w postaci wyciągu z umowy ratownikiem medycznym oraz faktura VAT, które wraz z wyjaśnieniami zostały objęte przez Konsorcjum zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsorcjum oświadczyło, że pismo zatytułowane „Informacja dotycząca wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny” oraz wszelkie załączone do niego informacje i dokumenty stanowi tajemnicę przedsiębiorstw konsorcjantów, albowiem są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które nie zostały ujawnione publicznie. Podobnie jak w przypadku „Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa” załączonego do oferty wskazano, że tajemnicą przedsiębiorstwa konsorcjantów są w szczególności wszelkie informacje dotyczące sfery organizacji i funkcjonowania firmy, informacje o stosowanych produktach, wyrobach, systemach i zasadach ich funkcjonowania, instrukcje, certyfikaty i zaświadczenia, wszelkie informacje finansowe oraz informacje obejmujące całokształt doświadczeń, w tym informacje o ich kontrahentach, personelu i innych zasobach oraz zawartych umowach z kontrahentami, dostawcami oraz personelem.

Niezależnie od złożenia wyjaśnień w sprawie sposobu wyliczenia zaoferowanej ceny w dniu 15 września 2022 r. Konsorcjum odpowiedziało Zamawiającemu na wezwanie z dnia 14 września 2022 r. w sprawie udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, przedmiotowych środków dowodowych oraz złożonych oświadczeń. W związku z koniecznością wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego dotyczących posiadanej klasy wodoszczelności przez zaoferowaną opaskę, do odpowiedzi zostały załączone m. in. objęte tajemnicą przedsiębiorstwa świadectwo zgodności i deklaracja zgodności UE nr 3/2021.

W dniu 20 września 2022 r. Zamawiający działający poprzez swojego Dyrektora poinformował Lidera Konsorcjum, że oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie, w jakim miałyby obejmować całą ofertę i wszystkie załączone do oferty informacje oraz dokumenty pozostaje w sprzeczności z art. 18 ust. 3 ustawy PZP, który przesądza o braku możliwości zastrzeżenia informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy PZP. W konsekwencji Zamawiający uznał, że treść oferty oraz załączonych do niej dokumentów uznaje się za nieskutecznie objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Oferta złożona przez Konsorcjum została udostępniona Odwołującemu w dniu 21 września 2022 r.

W dniu 23 września 2022 r. wykonawca HRP potwierdził jednoznacznie Zamawiającemu, że tak skonfiguruje urządzenie, że wszystkie wygłaszane lub wyświetlane komunikaty przez urządzenie będą wyłącznie w języku polskim.

W dniu 29 września 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej w postępowaniu. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum, której przyznano 93,33 punktu.

Na wniosek Odwołującego z dnia 3 października 2022 r. dotyczący udostępnienia wszelkiej korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcą HRP i Konsorcjum Zamawiający w dniu 4 października 2022 r. udostępnił Odwołującemu dokumentację nieobjętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że dokumentacja Konsorcjum obejmująca wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny oraz certyfikat dotyczący wodoszczelności urządzenia są w chwili obecnej badane pod kątem zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający dodał również, że o wyniku badania Odwołujący zostanie poinformowany odrębną korespondencją. Do dnia rozprawy Zamawiający nie powiadomił Odwołującego o wyniku badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Konsorcjum w odniesieniu do dokumentu zatytułowanego „Informacja dotycząca wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny” oraz certyfikatu dotyczącego wodoszczelności opakowania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej doprowadziła Izbę do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie w części postawionych zarzutów, tj. w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia w dowodach, wobec czego zostały one oddalone.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 18 ust. 2 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast według art. 18 ust. 3 ustawy PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy PZP.

Art. 16 pkt 1 ustawy PZP określa podstawowe zasady prawa zamówień publicznej stanowiąc, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba rozpoznając odwołanie uznała, że Zamawiający na dzień dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nie zakończył procedury badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do złożonego przez Konsorcjum w dniu 19 września 2022 r. dokumentu o tytule „Informacja dotycząca wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny” oraz załączonych do niego dokumentów. W tym zakresie Zamawiający okazał się bezczynny i nie zakończył tej procedury do momentu wybrania oferty najkorzystniejszej, o czym świadczą

następujące okoliczności. Po pierwsze, w piśmie z dnia 4 października 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że cały czas trwa badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wskazanym zakresie. Po drugie, choć w piśmie z dnia 4 października 2022 r. Zamawiający zadeklarował, że o wynikach tego badania poinformuje Odwołującego odrębną korespondencją, to nic takiego do dnia rozprawy nie nastąpiło. W szczególności nie wskazują na to oświadczenia składane przez strony w toku rozprawy, a za taką deklarację nie mogą być też uznane stanowisko Zamawiającego z jego odpowiedzi na odwołanie oraz ustne oświadczenie pełnomocnika Zamawiającego złożone na rozprawie, które w istocie rzeczy stanowiły całkowite zaprzeczenie tego, co w korespondencji z dnia 4 października 2022 r. Dyrektor Zamawiającego odpowiedział Odwołującemu. W ocenie Izby, biorąc zatem pod uwagę całokształt okoliczności ujawnionych na rozprawie, decydujące znaczenie należy nadać dokumentacji postępowania, a nie oświadczeniom Zamawiającego złożonym w toku tego postępowania odwoławczego. Takie oświadczenia Zamawiającego wprowadzają w błąd i były jedynie próbą usprawiedliwienia tego poważnego zaniechania z jego strony. Po trzecie wreszcie, Izba zakłada, że Zamawiający w swoich działaniach w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kieruje się nie tylko podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych wynikającymi z art. 16 ustawy PZP, ale również wykazuje logikę, konsekwencję i przejrzystość w podejmowanych czynnościach. Skoro Zamawiający w dniu 20 września 2022 r. uznał za nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum z dnia 12 września 2022 r. w odniesieniu do oferty Konsorcjum, to jednocześnie nie mógł uznać za skuteczne w całości podobnie sformułowane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone raptem tydzień później przez tego samego wykonawcę. Już zwykła analiza obydwu zastrzeżeń złożonych w toku postępowania przez Konsorcjum prowadzi do wniosku, że w swojej treści obejmują one niemal taki sam rodzaj zastrzeganych informacji ze sfery organizacji i funkcjonowania przedsiębiorstwa, wiedzy z zakresu stosowanych produktów, wyrobów, systemów i zasad ich funkcjonowania czy też instrukcje, certyfikaty i zaświadczenia. Logicznie zakładając, Zamawiający zachowując konsekwencję w podejmowanych czynnościach nie mógł zatem uznać skuteczności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa Konsorcjum informacji zawartych w jego wyjaśnieniach z dnia 19 września 2022 r. i załączonych do nich dokumentach, które zawierają bardzo podobny rodzaj zastrzeganych informacji co wcześniej odtajniona przez Zamawiającego oferta Konsorcjum, a na co w sposób jednoznaczny wskazują właśnie uzasadnienia obydwu złożonych zastrzeżeń. W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający w zaskarżonym przez Odwołującego zakresie do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w ramach badania i oceny ofert nie dokonał badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Konsorcjum.

Z uwagi na powyższe zaniechanie Zamawiającego słuszny okazał się też zarzut Odwołującego dotyczący przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający poprzez swoje uchybienie w toku postępowania utrudnił Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP, w szczególności w zakresie zweryfikowania czy cena opasek i usługi teleopieki zaoferowana przez Konsorcjum nie jest rażąco niska.

Skoro Zamawiający nie dokonał badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Konsorcjum, tj. ani nie podjął czynności o utrzymaniu zastrzeżenia w mocy, ani nie odtajnił zastrzeżonych informacji i dokumentów, to w takiej sytuacji Izba nie czuje się władna aby w tym aspekcie wyręczać Zamawiającego. Wobec tego po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający powinien samodzielnie zbadać skuteczność zastrzeżenia złożonego przez Konsorcjum, mając przy tym na względzie przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również konieczność zachowania przejrzystości w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konsekwencji w czynnościach podejmowanych w trakcie postępowania oraz nieutrudniania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu możliwości weryfikacji ofert składanych przez innych wykonawców oraz możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za trafny zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 18 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

Z kolei nieuzasadnione okazały się trzy osobno sformułowane zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, czyli zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum i wykonawcy HRP wobec niezgodności treści ich ofert z warunkami zamówienia, przy naruszeniu podstawowych zasad ustawy PZP.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Analiza parametrów technicznych opasek zaoferowanych przez Konsorcjum i wykonawcę HRP wskazuje, iż obydwa urządzenia posiadają przycisk S.O.S., który poprzez jego naciśnięcie umożliwia połączenie z centrum bezpieczeństwa i wezwanie pomocy. Do jego uruchomienia nie

jest przy tym konieczne uprzednie nawigowanie po menu urządzenia. Co prawda w odniesieniu do opaski zaoferowanej przez wykonawcę HRP przycisk S.O.S. trzeba przytrzymać przez co najmniej 3 sekundy, niemniej nie wiąże się to z koniecznością podjęcia innych czynności przez użytkowników opaski i uruchomieniem innych funkcji na wyświetlaczu opaski. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że takie rozwiązanie może nie być łatwe w obsłudze dla seniorów, jest całkowicie nieuzasadniona. Skoro Zamawiający dopuścił w SWZ opaski, które mają również inne funkcje aniżeli tylko sam przycisk bezpieczeństwa (np. monitorowanie pulsu i saturacji), to zakłada jednak, że seniorzy korzystający z takich opasek wykazują się jeszcze pewną dozą samodzielności, a przy tym sprawnością i minimalną znajomością zasad obsługi urządzeń technicznych. Również doświadczenie życiowe wskazuje na to, że tacy seniorzy, którzy nie są w stanie przyswoić stosunkowo prostych zasad obsługi podstawowych funkcjonalności opaski medycznej, prawdopodobnie są już bardzo mało samodzielni i potrzebują na co dzień daleko idącego wsparcia w zakresie realizacji swoich podstawowych potrzeb życiowych. Wobec tego można uznać, że tacy seniorzy nie kwalifikują się już do korzystania z opasek i powinni zostać objęci przez właściwe ośrodki pomocy społecznej innymi, dalej idącymi formami pomocy i opieki, np. poprzez umieszczenie ich w domu pomocy społecznej. Dlatego też w ocenie Izby zarzuty nr 1 i nr 2 odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Co się zaś tyczy zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego tego, że urządzenie zaoferowane przez wykonawcę HRP ma komunikaty wyświetlane w języku angielskim, to zarzut ten również okazał się chybiony. Na wezwanie Zamawiającego wykonawca HRP wyraźnie wyjaśnił, że zaoferowane urządzenie będzie wyświetlało lub wygłaszało komunikaty wyłącznie w języku polskim. Ze swojej istoty każda oferta jest pisemnym zobowiązaniem wykonawcy do tego, że dostarczy przedmiot lub wykona usługę w sposób zgodny z warunkami przewidzianymi w dokumentacji zamówienia. Wobec tego na obecnym etapie nie ma podstaw do przyjmowania, że wykonawca nie dostarczy Zamawiającemu opasek odpowiadających jego oczekiwaniom wyrażonym w SWZ. Jedyne na marginesie trzeba zauważyć, że dostosowanie opaski do pracy wyłącznie w języku polskim, to nie jest żadne tworzenie nowego urządzenia od podstaw lub tzw. „szycie na miarę”, tylko zwykła czynność polegająca na niewielkiej modyfikacji istniejącego już oprogramowania opaski.

Mając powyższe na względzie Izba nie uwzględniła żadnego z trzech zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. W konsekwencji w zaskarżonym zakresie nie doszło również do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

Reasumując, skoro Zamawiający – z naruszeniem zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców – dopuścił się prostego, oczywistego błędu i nie zakończył procedury badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Konsorcjum w odniesieniu do jego wyjaśnień z dnia 19 września 2022 r. i załączonych do niego dokumentów, to należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Konsorcjum.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 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). Izba uwzględniając odwołanie w części, tj. w odniesieniu tylko do jednego z czterech przedstawionych zarzutów, uznała, że Odwołujący powinien partycypować w 1/4 (jednej czwartej) części kosztów postępowania odwoławczego, natomiast Zamawiający w 3/4 (trzech czwartych) części kosztów postępowania odwoławczego. Z racji tego, że Odwołujący poniósł koszty postępowania w postaci wpisu od odwołania w wysokości 7 500 zł 00 gr, natomiast Zamawiający poniósł koszty postępowania w postaci wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr, Izba – uwzględniając proporcje liczby zarzutów uwzględnionych do liczby zarzutów oddalonych – zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot części kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, tj. kwotę 825 zł 00 gr (słownie: osiemset dwadzieścia pięć złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: