

Sygn. akt: KIO 2161/12

WYROK

z dnia 23 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2012 r. przez wykonawcę **Alteris S.A., 40-057 Katowice, ul. PCK 6/3** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu, 95-100 Zgierz, ul. Parzęczewska 35**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MEDISO Polska Sp. z o.o., Mediso Orvosi Berendezés Fejlesztő és Szerviz Kft., 92-318 Łódź, al. Piłsudskiego 135** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu** kwotę **3 600zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

2161/12 przyst

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu (dalej: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup gamma kamery SPECT/CT w ramach realizacji programu zdrowotnego "Narodowy Program Zwalczania Chorób Nowotworowych" zadania pn.: "Zakup aparatury diagnostyczne dla wczesnego wykrywania nowotworów" dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu, ul. Parzęczewska 35”, ogłoszonym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 4 sierpnia 2012 r. pod nr 2012/S 149-249162.

Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: odwołujący) podniósł niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez występujących wspólnie wykonawców Mediso Polska Sp. z o.o. w Łodzi i Mediso Orvosi Berendezes Fejlesztő és Szarvitz Kft z siedzibą na Węgrzech, zwanych dalej „Mediso”, reprezentowanych w postępowaniu przez Mediso Polska Sp. z o.o., 92-318 Łódź, Al. Piłsudskiego 135, pomimo że oferta ww. wykonawców podlega odrzuceniu;
- 2) zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu załączników A, B, C, D i E do oferty Mediso w związku z bezpodstawnym uznaniem skuteczności zastrzeżenia ww. części oferty jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa Mediso;
- 3) dokonaniu poprawienia oferty Mediso w związku z bezpodstawnym uznaniem, że stwierdzone niezgodności tej oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz) stanowią omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Mediso;
- 4) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Mediso oraz zaniechaniu odrzucenia złożonej przez niego oferty, względnie (w razie uznania przedwczesności tego zarzutu) zaniechaniu wezwania wykonawcy Mediso do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów - zdjęć oferowanego urządzenia potwierdzających parametry graniczne, wymaganych zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ;
- 5) zaniechaniu wezwania Mediso do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na okoliczność ustalenia, czy oferta Mediso nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 6) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 (w całości), art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 6 i 8, art. 90 ust. 1, art. 91 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 ustawy pzp.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) udostępnienia odwołującemu (odtajnienie) załączników A, B, C, D i E do oferty Mediso;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania wykonawcy Mediso i odrzucenia złożonej przez niego oferty lub (w razie uznania przedwcześnieści tego żądania) wezwania Mediso do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów - zdjęć oferowanego urządzenia potwierdzających parametry graniczne, wymaganych zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ oraz wezwania Mediso do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wnosi o:

- 1) Dopuszczenie dowodów przywołanych w niniejszym piśmie lub doń załączonych na okoliczności podane w uzasadnieniu;
- 2) W przypadku skutecznego przystąpienia Mediso do postępowania odwoławczego - zobowiązanie Mediso w trybie § 24 ust 1 rozporządzenia PRM z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) do złożenia dokumentów dopuszczających do obrotu i używania zaoferowany sprzęt, zgodnie z wymaganiami prawnymi określonymi w ustawie z dnia 20.05.2010 roku o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 nr 107, poz. 679 ze zm.) i rozporządzeniami wykonawczymi wydanymi na ich podstawie pod rygorem uznania, że nie posiada tych dokumentów.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W siwz zaznaczono, że przedmiot zamówienia obejmuje: 1) Zakup nowej gamma kamery SPECT/CT z wyposażeniem, odprawą celną, transportem, montażem, uruchomieniem, testami, przeszkoleniem personelu - zgodnie z Zestawieniem Parametrów Technicznych, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ; 2) Opracowanie dokumentacji projektowej; 3) Adaptację pomieszczeń, zgodnie z zakresem rzeczowym, stanowiącym załącznik do nr 3 do SIWZ. Istotne są również postanowienia punktu 4.3. SIWZ przewidujące, że asortyment będący przedmiotem zamówienia musi posiadać dokumenty - zgodnie z wymogami określonymi w pkt. 3.3. a) SIWZ (chodzi o dokumenty dopuszczające do obrotu i używania zaoferowany sprzęt, zgodnie z wymaganiami prawnymi określonymi w ustawie z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych, Dz. U. z 2010, Nr 107, poz. 679 ze zm., i

rozporządzeniami wykonawczymi), które wykonawca zobowiązany jest dostarczyć wraz z dostawą przedmiotu umowy oraz na każde żądanie Zamawiającego, a do oferty załączyć stosowne oświadczenie.

Zgodnie z punktem 1.1. SIWZ oferta miała być sporządzona na OGÓLNYM FORMULARZU OFERTY stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz na ZESTAWIENIU PARAMETRÓW TECHNICZNYCH stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Ten drugi szablon zawierał pod tabelą instrukcję z której wynika, że (d) parametry o określonych warunkach liczbowych (> <) są warunkami granicznymi i należy podać wartości parametrów w kolumnie "Potwierdzenie wymagania/podać wartości parametrów". Ponadto, w załączniku nr 2 do SIWZ (Zestawienie Parametrów Technicznych, zwane dalej „ZPT”) zawarto dodatkowe postanowienia w zakresie udokumentowania niektórych parametrów technicznych poprzez załączenie do oferty zdjęć lub dokumentacji technicznej.

W szczególności dotyczy to wymagań określonych w punktach 2.2. i 2.3. ZPT.

Wykonawca Mediso zaoferował gamma kamerę SPEC/CT o nazwie ANYSCAN SC produkcji Mediso Orvosi Berendezes Fejlesztő és Szerviz Kft. Wspomniana konfiguracja stanowi jeden z rodzajów wielomodułowego systemu SPECT/CT/PET o nazwie ANYSCAN oferowanego przez Mediso do otwartego grona odbiorców. Na załączniku nr 2 do SIWZ wykonawca potwierdził (wpisując TAK) wszystkie parametry graniczne, nie podając jednakże wartości parametrów odcinających zawartych w punktach 2.1., 2.8., 3.2., 3.3., 3.9., 4.1., 5.2., 5.3., 6.1., 8.1., 8.2., 8.3., 8.7., 9.2., 10.1., 10.3., 10.4., 10.5., 10.6., 10.7., 10.8., 10.9., 10.10., 11.3., 12.1. ZPT. Zarazem zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa zdjęcia zaoferowanego urządzenia (załączniki A, B, C, D i E) oraz jego dokumentację techniczną, które to materiały miały potwierdzać niektóre z wymaganych parametrów (skuteczność tego utajnienia stanowi odrębny zarzut, poniżej uzasadniony).

3. W toku oceny ofert Zamawiający i Mediso prowadzili bogatą korespondencję, której przedmiotem były wątpliwości wynikające z treści oferty Mediso. Pismem z dnia 17.09.2012 Zamawiający wezwał Mediso do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie: zawartości załączonych do oferty zdjęć, wartości liczbowych parametrów wymaganych w ww. punktach ZPT oraz charakteru informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi otrzymał w dniu 19.09.2012 r. stanowisko zawierające: konkretne dane nt. oferowanych parametrów (wraz z wypełnionym na nowo załącznikiem nr 2 do SIWZ). oświadczenie w przedmiocie zatajenia (nawet wobec Zamawiającego) wizerunku oferowanego aparatu oraz argumentację (zwłaszcza prawną) na okoliczność, że miał podstawy do zastrzeżenia jawności swojej oferty.

Na tej podstawie Zamawiający w dniu 20.09.2012 r., w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, zawiadomił Mediso o poprawieniu omyłki w jego ofercie poprzez wpisanie do niej

odpowiednich treści, zgodnie z otrzymanymi wcześniej wyjaśnieniami. Jeszcze tego samego dnia Mediso przesłała oświadczenie o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki.

Ostatnie kontakty między Mediso a Zamawiającym miały miejsce pomiędzy 24, a 26 września 2012 r., kiedy to Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o przedłożenie dokumentów potwierdzających, że zaoferowane oprogramowanie zgodnie z punktem 14.1. ZPT zarejestrowane jest w Polsce jako wyrób medyczny w klasie min. 2a, otrzymując w reakcji kopię deklaracji zgodności na to oprogramowanie wraz z potwierdzeniem złożenia stosownego wniosku do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, a także kopię zatwierdzenia jednostki notyfikowanej systemu zarządzania jakością dla produktów wymienionych w załączniku (m.in. ANYSCAN SC).

Dowód: pismo Zamawiającego z 17.09.2012 r., pismo Mediso z 18.09.2012 r., pismo Zamawiającego z 20.09.2012 r., pismo Mediso z 20.09.2012 r., pismo Zamawiającego z 24.09.2012 r., pismo Mediso z 25.09.2012 r.-w aktach sprawy;

II.

1. Odwołujący podnosi, że zasadnicza część informacji zawartych w ofercie Mediso, w tym fotografie oferowanych urządzeń złożone na potwierdzenie deklarowanych parametrów technicznych, zostały w sposób bezpodstawny objęte wyłączeniem jawności w trybie art. 8 ust. 3 ustawy. Ujawnienie załączników A, B, C, D, E (zwykle zdjęcia) godzi w zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a ponadto prowadzi do naruszenia obowiązku poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Wyłączenie jawności poszczególnych dokumentów w ofercie przez wykonawcę jest jego decyzją i prawem, natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie skuteczności i celowości takiego zastrzeżenia. Istnienie tego obowiązku jest niepodważane zarówno przez judykaturę (por. wyrok KIO 385/12, 583/12, por. KIO 1188/12). Zaniechanie tego obowiązku prowadzi do naruszenia interesu innego wykonawcy, któremu odmówiono dostępu do poszczególnych informacji zawartych w ofercie konkurencyjnej, co stanowi podstawę do wniesienia odwołania (KIO 2470/11, KIO 2480/11). Przyjmuje się, iż o zaniechaniu Zamawiającego w zakresie czynności odtajnienia dokumentów zawartych w ofertach wykonawców, w przypadku gdy nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, można mówić dopiero po dokonaniu badania i oceny ofert, której termin upływa wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, termin na wniesienie odwołania od czynności odmowy udostępnienia treści oferty wykonawcy należy liczyć od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej. Liczenie terminu na wniesienie odwołania od daty otwarcia ofert w sytuacji, gdy Zamawiający jeszcze nie dokonał czynności badania i oceny ofert, spowodowałoby się jedynie do kwestionowania czynności wykonawcy - dokonania zastrzeżenia, nie zaś działań lub zaniechań Zamawiającego (KIO 1188/12).

3. Orzecznictwo precyzuje, w jaki sposób należy dokonać oceny zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji w trybie art. 8 ust. 3 ustawy. Wskazuje się, że w celu zachowania należytej staranności w zakresie czynności badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający winien dążyć do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy. Bazowanie jedynie na wiedzy członków komisji przetargowej nie zawsze jest wystarczające (wyrok KIO 706/12). W orzecznictwie wyjaśniono, że Zamawiający w takiej sytuacji, w celu zachowania należytej staranności może zwrócić się z prośbą o szczegółowe wyjaśnienia do wykonawców w zakresie podstawy objęcia klauzula poufności poszczególnych informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyrok 706/12). Z kolei w innym wyroku Izba uznała, że Zamawiający badając ofertę pod kątem tego, czy zasadnie utajniono w niej informacje, może skorzystać z przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy instytucji wyjaśnienia treści oferty (wyrok KIO 59/12, 1072/11). Wynika z tego, że Zamawiający nie może biernie, bez cienia krytyki przyjmować i stosować, jako obowiązujące wyjaśnienia składane przez wykonawców, w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek stosowania zasady, określonej przepisem art. 8 ust. 1 ustawy, tj. zasady jawności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Oczywiście, art. 8 ust. 3 ustawy ogranicza stosowanie powyższej zasady. Jednakże wyłączenie to powinno mieć zastosowanie w wyjątkowych sytuacjach (wyrok KIO 68/12). To Zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami wyrażonymi w ustawie, w tym zgodnie z zasadą jawności (wyrok 2222/11, KIO 2223/11). Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia takiej tajemnicy (wyrok KIO 1368/11). Przesłanki zawarte w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji winny być spełnione kumulatywnie (wyrok IO 1472/11). Zamawiający może odtajnić zastrzeżone informacje bez konsultacji z wykonawcami, o ile ustali, że bezzasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców nie budzi żadnych wątpliwości (uchwała KIO z dnia 29.09.2011 r., sygn. akt KIO/KD 73/11).

4. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (wyrok KIO 590/12; KIO 600/12). W orzecznictwie utrwalił się pogląd, zgodnie z którym określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa a także posiadają wartość gospodarczą; 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej; 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu

zachowania poufności (wyrok KIO 59/12, wyrok KIO z dnia 11.03.2011 r., KIO 399/11). Z kolei dane nieujawnione do wiadomości publicznej, to informacje nieznanne ogółowi, co do których przedsiębiorca podjął celowe czynności zapobiegające ich rozpowszechnianiu. Nie ma cech tajemnicy informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł (KIO 277/12). Przedsiębiorca powołujący się na tajemnice przedsiębiorstwa powinien wykazać się podjęciem stosownych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, jak również wskazać jakie działania zostały przez niego podjęte celem zachowania nienaruszalności tych informacji. Do takich działań można zaliczyć np.: klauzule umowne, zawarte zobowiązania do ochrony informacji stanowiących tajemnice innych podmiotów, wewnętrzne regulaminy (KIO 1195/11). Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty winien rozważyć czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające co prawda charakter poufny, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania (akt KIO 59/12). Ponadto, każdy dokument nie musi (wręcz niekiedy nie może) podlegać zastrzeżeniu w całości we wszystkich jego elementach, ale tylko w określonej części - w ściśle określonym elemencie (KIO 1016/12). Zamawiający musi zatem zbadać, czy konkretny nośnik informacji może zostać częściowo ujawniony za wyjątkiem informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. O tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje bowiem charakter informacji, jakie zostały zastrzeżone a nie ich ujęcie w jednym dokumencie (KIO 331/12, KIO 333/12).

W szczególności, orzecznictwo wskazuje, że informacje zawarte w ofercie wymagane do oceny ofert, a stanowiące zestawienie wartości parametrów i danych niezbędnych do wyliczenia punktacji, tylko w takim zakresie mogą być przedmiotem zastrzeżenia, w jakim stanowią wynik indywidualnego podejścia wykonawcy dedykowanego do przedmiotu zamówienia. Tylko indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące know-how wykonawcy mogą być przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (KIO 1016/12). Tajemnica przedsiębiorcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie może dotyczyć podstawowych parametrów technicznych oferowanych urządzeń (np. posiadanie certyfikatów). Na ich podstawie bowiem dochodzi do oceny, czy spełniają one warunki zawarte w SIWZ (KIO 2817/10).

5. Z dotychczasowego przebiegu postępowanie wynika, że Zamawiający nie dokonał należytego badania oferty Mediso w zakresie skuteczności zastrzeżenia przez tego wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie powinien był poprzestać na wystosowaniu do tego wykonawcy pisma z zapytaniem "na czym polega i jaki ma charakter informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa wskazana w dokumentach tajnych załączonych do oferty" oraz "czy w stosunku do informacji zamieszczonych w dokumentach tajnych podjęto niezbędne działania w celu poufności, a jeśli tak, to jakie, czy też informacja

ta została już ujawniona do wiadomości publicznej. (wezwanie z dnia 17.09.2012r.). Skoro w odpowiedzi z dnia 19.09.2012 r. wykonawca trwał przy swoim stanowisku dotyczącym zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa istotnych fragmentów jego oferty, to zgodnie z powszechnym stanowiskiem KIO na Zamawiającym ciążył obowiązek precyzyjnego zbadania, czy zakaz ujawniania tych informacji ma podstawy w przepisach prawa.

Działania podjęte przez Zamawiającego nie wyczerpują obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy. W przypadku braku wykazania przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia przedmiotowych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiający miał obowiązek udostępnienia bezpodstawnie utajnionych dokumentów wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji jako tajemnice przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców (KIO 2793/10).

6. Załączniki A, B, C, D, E do oferty Mediso to fotografie fragmentów oferowanych urządzeń, których złożenia Zamawiający wymagał celem potwierdzenia parametrów opisanych odpowiednio w ppkt. 2.2, 2.3, 2.5 oraz 3.1 ZPT. W piśmie z dnia 19.09.2012 r. Mediso wyjaśnił, że "Dokumenty przedstawione Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia objęte są tajemnicą przedsiębiorcy. Są nimi dokumenty, które zawierają rozwiązania stosowane i proponowane przez firmę w tym numery katalogowe produktów, deskrypcje oraz ilości produktów. Dane te są przez firmę chronione, a w szczególności chronione są informacje dotyczące deskrypcji poszczególnych produktów oraz kombinacji wszystkich poszczególnych produktów łącznie. Wskazać należy, że nawet jeśli ogólny przedmiot wykonanej umowy jest jawny, to poszczególne produkty, które zostały wykorzystane do wykonania umowy mogą być różne dając ten sam końcowy efekt. Ujawnienie tych informacji spowoduje ujawnienie kompleksowej oferty, co w konsekwencji naruszy zasadę konkurencyjności. W związku z tym informacje te mają realną wartość gospodarczą." Swoje stwierdzenia na ten temat Mediso zakończył przytaczając kilka przypadkowych luźno związanych z zagadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa orzeczeń ZA i KIO. Dalej, wykonawca posiłkuje się stwierdzeniem, iż "w sposób szczególny zadbał aby chronić informacje techniczne i technologiczne" oraz w tym celu zawarł umowy wraz z klauzulami o zachowaniu poufności. Kończąc, wykonawca przytoczył kolejne fragmenty orzeczeń, które nie miały jednak istotnego związku z toczącym się postępowaniem.

Wyjaśnienia złożone przez Mediso, pomimo swojej obszerności oraz licznie cytowanego orzecznictwa nie zasługują na uwzględnienie. Wykonawca z ręcznie posługuje się ogólnymi stwierdzeniami, jednakże nieodnoszącymi się wprost do tych konkretnych fotografii przedstawiających wizerunek oferowanej gamma kamery AnyScan SC, których jawność została wyłączona. Zamawiający winien był poddać rzeczowej krytyce argumenty o tym, iż zawierają one rzekome informacje techniczne lub technologiczne, których poufność Mediso

chroni m.in. stosując odpowiednie klauzulę o karach umownych w umowach ze swoimi pracownikami, współpracownikami i kontrahentami. Zamawiający nie sprawdził jakiego rodzaju informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Mediso mogą zostać ujawnione w wyniku odtajnienia fotografii ukazujących np. "możliwość ustawienia detektorów gamma kamery do badań pacjenta w pozycji siedzącej na taborecie" (ppkt 2.2 Załącznika nr 2 do SIWZ) i innych obrazów oferowanego urządzenia. W szczególności trudno dać wiarę, że fotografie takie są nośnikiem jakichkolwiek informacji o charakterze technicznym, technologicznym czy handlowym, którym można byłoby przypisać jakąkolwiek wartość. Niezrozumiałe są również twierdzenia o podjęciu działań w celu ochrony poufności wizerunku tych elementów. Firma Mediso od lat wprowadza na rynek wyroby medyczne pod marką AnyScan będące wielomodulowym systemem do badań SPECT-CT-PET, który można dowolnie konfigurować w zależności od zakresu wymagań klienta końcowego. Stąd też możliwość zapoznania się z dowolnym egzemplarzem gamma kamery AnyScan (czy to w wersji SC czy w innej) jest w pełni możliwa, zarówno na terenie ośrodków medycznych, gdzie je zainstalowano czy też na targach sprzętu medycznego lub konferencjach naukowych, gdzie Mediso prezentuje swoje urządzenia diagnostyczne.

Należy zatem podnieść, że fotografie detektorów lub innych elementów gamma kamery nie są nośnikiem żadnych informacji, które podlegałyby ochronie w myśl art. 11 ust. 4 ustawy o znk. Sam sposób ustawienia detektorów będący parametrem granicznym opisanym w Załączniku nr 2 do SIWZ nie może stanowić źródła wiedzy o poufnych rozwiązaniach technicznych stosowanych przy produkcji urządzenia. Gamma kamera nie jest bowiem prostą konstrukcją mechaniczną, której działanie można zaobserwować, tak jak obserwuje się działanie, np. świecącej żarówki. Gamma kamera jest skomplikowanym urządzeniem elektronicznym, wykorzystującym m.in. zjawisko naturalnej promieniotwórczości, działającym w oparciu o specjalistyczne oprogramowanie diagnostyczne. Przy tego rodzaju zakresie skomplikowania rozwiązań technologicznych sposób ustawienia detektorów (widziany dość nieprecyzyjnie na fotografiach) nie może zostać uznany za element chroniony tajemnicą przedsiębiorstwa. Całość procesów technologicznych zachodzi bowiem we wnętrzu urządzenia, a ostateczny efekt obrazowania możliwy jest dzięki wykorzystaniu odpowiedniego oprogramowania oraz sprzętu komputerowego. Ponadto, gamma kamera AnyScan CT posiada znak CE i jako produkt dopuszczony do obrotu i użytkowania na terenie Polski może być powszechnie stosowana w diagnostyce, gdzie każdy może zapoznać się z wizerunkiem jej detektorów (takich jak na utajnionych fotografiach). Mylne są również twierdzenia o rzekomym braku publikacji na temat wizerunku oferowanych przez Mediso urządzeń. Odwołujący przedstawia katalog producenta, z którego wynika, jakie są parametry techniczne poszczególnych modułów AnyScan, w jakim zestawieniu i przy

zastosowaniu jakich dodatkowych narzędzi, zespołów czy podzespołów możliwe jest skonstruowanie systemu AnyScan.

Reasumując, fotografie przedstawiające zewnętrzny wizerunek poszczególnych elementów gamma kamery AnyScan CT (załączniki A, B, C, D oraz E), które zostały objęte zastrzeżeniem niejawności nie są nośnikiem tajemnicy przedsiębiorstwa. Odmowa udostępnienia tych materiałów przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być bowiem interpretowane ściśle. Jawność służy w szczególności zapewnieniu przejrzystości procedur oraz umożliwieniu wykonawcom biorącym udział w postępowaniu dokonania wzajemnej kontroli złożonych ofert pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ. Utajnienie zdjęć, które nie przedstawiają żadnych informacji uznawanych za tajemnicę przedsiębiorstwa należy zakwalifikować jako utrudnienie pozostałym wykonawcom kontroli ofert konkurencyjnych. W orzecznictwie przyjęto, że badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa "nie może być bezkrytyczne, powinno być poparte uzyskanymi od wykonawcy dowodami, iż w istocie zastrzeżenie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie jest np. czynione w celu ograniczenia konkurentom wglądu do oferty i jej weryfikacji." (KIO 1308/11).

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Mediso na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ polegającej na nie podaniu wartości parametrów granicznych zawartych w punktach 2.1., 2.8., 3.2.,3.3., 3.9., 4.1., 5.2., 5.3., 6.1., 8.1., 8.2., 8.3., 8.7., 9.2., 10.1., 10.3.,10.4., 10.5., 10.6.,10.7., 10.8., 10.9., 10.10., 11.3., 12.1. ZPT.

W świetle pisma Zamawiającego z 17.09.2012 r. i pisma Mediso z 18.09.2012 r. uznać należy za bezsporny fakt, że złożona przez Mediso oferta nie odpowiada treści SIWZ. Porównanie formularza ZPT z wzorem załączonym do specyfikacji nie pozostawia wątpliwości, że Mediso nie podał bezwzględnie wymaganych danych w punktach 2.1., 2.8., 3.2., 3.3.,3.9., 4.1., 5.2.,5.3., 6.1., 8.18.2., 8.3., 8.7., 9.2., 10.1., 10.3..10.4., 10.5., 10.6., 10.7., 10.8., 10.9., 10.10.,11.3.. 12.1. załącznika nr 2 do SIWZ (ZPT). Zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy świadczy, że powyższe odstępstwo Zamawiający zakwalifikował jako niezgodność oferty z SIWZ, z kolei zgoda Mediso na dokonaną korektę oferty pokazuje, że wykonawca ten również nie miał wątpliwości, że załącznik nr 2 do SIWZ nie został wypełniony prawidłowo. Poddając ocenie, czy stwierdzone braki nadawały się do poprawienia wywieść należy, że takiej możliwości nie było, a Zamawiający sięgając po regulacje wynikającą z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy przepis ten naruszył. W ofercie Mediso część bezwarunkowo wymaganych informacji w ogóle się nie znalazła. Została całkowicie pominięta, a ich ustalenie nie było możliwe bez dodatkowego oświadczenia ze strony wykonawcy. Takie zaniechanie nie mieści się w kategoriach omyłki,

lecz jest nieusuwalnym brakiem. Tymczasem ww. przepis pozwala (nakazuje) poprawiać wyłącznie omyłki (drobne niedokładności), nie mieści się w jego hipotezie uzupełnianie oświadczenia woli oferenta. Nie sposób przyjąć, że niepodanie aż 25 cech zaoferowanego urządzenia o istotnym znaczeniu dla Zamawiającego, a w konsekwencji skorygowanie oferty w tyluż miejscach stanowi nieistotną ingerencję w treść oferty. Ustawodawca nie sprecyzował jakiego charakteru omyłki są nieistotne. „Istotność” można więc odnosić do wszystkich możliwych różnic między wzorcem (tu SIWZ), a przedmiotem oceny (tu oferta), a jedną z nich jest z pewnością ilość pozycji w których popełniono omyłki. Analiza załącznika nr 2 do SIWZ wskazuje, że w ofercie Mediso nie podano żadnych informacji w ponad połowie punktów, gdzie było to wymagane. Zatem oferta (jej kluczowy załącznik nr 2) była wadliwa w znacznym stopniu, i aby ją doprowadzić do stanu zgodność z SIWZ należałoby ją uzupełnić, tudzież w sposób istotny poprawić.

2. Nie zmienia tych wniosków okoliczność, że Mediso na wezwanie Zamawiającego przedstawił w końcu wartości poszczególnych parametrów, gdyż tą drogą nie mogło dojść do konwalidacji wadliwie przygotowanej oferty. Mediso dokonał bowiem uzupełnienia oferty, a nie jej wyjaśnienia. Wprowadził do niej nowe postanowienia, których ta wcześniej nie zawierała. Z żadnego fragmentu załącznika nr 2, ani z j dokumentów, które składają się na ofertę nie sposób wywieść jaka mogła być wola Mediso w pominiętej części jego oferty. Skoro Zamawiający zażądał szczegółowych informacji o oferowanym aparacie, to znaczy że uznał je za istotne. Po upływie terminu składania ofert polemika z postanowieniami specyfikacji jest niedopuszczalna, a każdy wykonawca musi się dostosować do wymagań które wynikają z SIWZ. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Pod tym względem postępowanie o zamówienie publiczne jest sformalizowane, co oznacza również, że Zamawiający musi egzekwować ściśle wszelkie wymagania specyfikacji, i zgodnie z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji oceniać wszystkie oferty według identycznego standardu, narzuconego zapisami SIWZ. Wyrazem powyższego formalizmu, oprócz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, są również regulacje zawarte w art. 87 ust. 1i 2 ustawy. Pierwszy z ww. przepisów stanowi przecieź, że z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Zasadą jest zakaz ingerencji w treść oferty i badanie jej w kształcie obowiązującym w dacie składania ofert (wspólnej dla wszystkich wykonawców). Jednocześnie art. 87 ust. 2 ustawy określa enumeratywnie jakie odstępstwa od specyfikacji nie powodują wprost konieczności odrzucenia oferty, nakazując wcześniej dokonanie poprawienia jej treści. Przy czym dotyczą one wyłącznie różnego rodzaju omyłek, a nie braków lub błędów, z którymi mamy do czynienia w ofercie Mediso.

Omówione braki Zamawiający jednoznacznie zakwalifikował jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a Mediso nie protestował przed taką oceną swojej oferty.

Czynności poprawienia dokonano z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, a w konsekwencji Zamawiający (zwłaszcza w sytuacji gdy nie miał wątpliwości, że oferta Mediso nie odpowiada treści SIWZ) bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Mediso na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

3. Powyższa wykładnia znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie (KIO 758/12; KIO 774/12) Elementem istotnym w procesie dokonywania poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest to, iż zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy. Jeśli w danej sprawie niemożliwym byłoby dokonanie poprawy bez wcześniejszego uzgodnienia z wykonawcą, jaki w istocie asortyment chciał zaoferować to w takim przypadku nie znajduje zastosowania ww. przepis. W wyroku KIO/UZP 1863/10 stwierdzono, że „Wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia służyć mają natomiast rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie lub oświadczeniu stanowią de facto - jego uzupełnienie.” Mediso dokonała właśnie takiego uzupełnienia, jednakże w stosunku do dokumentu nie mieszczącego się w granicach art. 26 ust. 3 ustawy. W wyroku KIO 320/12; KIO 321/12), znalazła się konstatacja: „Izba stwierdziła także, że uwzględnieniu podlegają zarzuty dotyczące tomu II i III oferty I. - związane ze zmianą parametrów, materiałów produktów oraz sposobu wykonania zamówienia, przedstawione w ofercie I. Tak jak już wskazano w odwołaniu omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. mogą być poprawione wyłącznie na podstawie treści oferty złożonej przez wykonawcę. Omyłki, które zostały poprawione przez Zamawiającego nie zostały wskazane w innej części oferty I. lub dokumentów do niej załączonych, a zatem Zamawiający nie miał wiedzy w jaki sposób powinien poprawić omyłki, a w konsekwencji nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Także zdaniem Izby wskazanie określonego rodzaju paramentów czy materiału. a także sposobu wykonania zamówienia stanowi element oświadczenia woli wykonawcy i powoływanie się przez Zamawiającego na ogólne oświadczenie złożone w formularzu oferty - deklaracja wykonania zamówienia zgodnie z siwz - nie jest dostateczna (podkreślenia własne).”

IV. Zarzut zaniechania wykluczenia Mediso na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z powodu podania nieprawdziwych informacji o posiadaniu przez aparat ANYSCAN SC parametrów 2.2. i 2.3. ZPT i posiadaniu przez Mediso dokumentów dopuszczających do obrotu i używania zaoferowany sprzęt, zgodnie z wymaganiami prawnymi określonymi w

ustawie z dnia 20.05.2010 roku o wyrobach medycznych oraz zarzut zaniechania odrzucenia oferty Mediso na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ polegającej na nie spełnianiu parametrów granicznych, o których mowa w punktach 2.2. i 2.3. ZPT [w tym alternatywny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Mediso do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, tj. zdjęć oferowanego urządzenia potwierdzających parametry graniczne, wymaganych zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ].

1. Odwołujący podnosi, że oferta Mediso nie spełnia parametrów 2.2. i 2.3. ZPT, nie zawiera zdjęć które miały je potwierdzić (substytut próbki), a jednocześnie zawiera nie prawdziwe oświadczenia w przedmiocie posiadania ww. cech przez aparat ANYSCAN SC. Pozycje 2.2. i 2.3. ZPT narzucają przedmiotowi zamówienia odpowiednio (cyt.): „2.2. Możliwość ustawienia detektorów gamma kamery do badań pacjenta w pozycji siedzącej na taborecie (załączyć zdjęcia potwierdzające powyższą funkcjonalność) 2.3. Możliwość ustawienia detektorów do badań pacjenta na leżance/wózku szpitalnym - dla pacjenta w pozycji leżącej (obie głowice ustawione w jednej płaszczyźnie nad ciałem pacjenta, umożliwiając jednoczesne obrazowanie leżącego na leżance/wózku szpitalnym pacjenta, załączyć zdjęcia) - dla pacjenta w pozycji półleżącej (obie głowice ustawione nad ciałem pacjenta leżącego na leżance/wózku szpitalnym z możliwością pochylenia w osi długiej leżanki/wózka szpitalnego, załączyć zdjęcia).”

2. Zgodnie z oficjalnym, opatrzonym znakiem CE folderem produktów linii ANYSCAN (występujących w różnych konfiguracjach, z komponentem SPECT lub bez) wersja SC zawiera gantry (SPECT) pozwalającą na ustawienia detektorów gamma kamery w pozycjach 180, 101 i 90 stopni. Wspomniany dokument zawiera wiele ilustracji (zdjęć) w różnych ujęciach i zbliżeniach, obrazujących poszczególne moduły, w tym SPECT.

Na jego podstawie Odwołujący stwierdza, że ANYSCAN SC nie ma możliwości ustawienia detektorów gamma kamery do badań pacjenta w pozycji siedzącej na taborecie ani ustawienia obu głowic w jednej płaszczyźnie nad ciałem pacjenta, umożliwiając jednoczesne obrazowanie leżącego na leżance/wózku szpitalnym pacjenta. Punkty 2.2. i 2.3. ZPT mogą być spełnione tylko wówczas gdy głowice można ustawić w jednej linii (obok siebie) nad lub pod pacjentem. Tymczasem detektory w ww. aparacie pracują wyłącznie w pozycji prostopadłej (90 st., ewentualnie 101) lub naprzeciw siebie, równolegle (180 st.). Technicznie nie da się ich ułożyć jeden obok drugiego, czyli tak aby obydwie jednocześnie skanowały ciało pacjenta z tego samego położenia. Widać to czytelnie na załączonej prezentacji.

Dowód: broszura AnyScan z tłumaczeniem własnym fragmentu na stronie 6 - załącznik nr 5 do odwołania.

3. Przepuszczalnie z powyższych względów Mediso nie załączyła do oferty pełnych zdjęć zaproponowanego urządzenia (a jedynie, rzekomo, fragmenty konstrukcji). Odwołujący nie zna utajnionych materiałów, lecz dokładna analiza korespondencji między Zamawiającym i Mediso uprawnia do takiej tezy.

Zamawiający pismem z dnia 17.09.2012 r. poprosił o wyjaśnienie, czy załączone zdjęcia przedstawiają aparat typ ANYSCAN SC ze sprzężonym tomografem komputerowym CT, tzn. sprzęt wymagany przez Zamawiającego. Oznacza to, że nie był w stanie stwierdzić, co przedstawiają załączone zdjęcia. Mediso wyjaśniło zaś, że te zdjęcia zawierają jedynie elementy konstrukcyjne oferowanego urządzenia istotne dla wykazania danej funkcjonalności (m.in. 2.2. i 2.3.), a pozostałe jego części oraz tło zdjęcia ze względu na poufność danych zostały wycięte.

Jakkolwiek Odwołujący kwestionuje skuteczność zastrzeżenia jawności tych zdjęć (o czym wcześniej) i nie wie co dokładnie one obrazują, to na podstawie ww. oświadczeń można stwierdzić, że w ofercie nie ma zdjęć aparatu (które należy traktować jako próbkę), lecz co najwyżej spreparowane obrazy oderwanego podzespołu. Nie sposób uznać, że dana funkcjonalność, nawet jeśli odzwierciedlają posiadane przez Zamawiającego zdjęcia, stanowi integralną część urządzenia, jeśli nie jest ono w całości na tym zdjęciu uwidocznione. Przedmiotem zamówienia nie jest określone rozwiązanie konstrukcyjne, które samo w sobie nie stanowi żadnej wartości diagnostycznej, lecz aparat wyposażony w daną opcję. Pamiętać także trzeba o celach w jakich wymaga się przedstawienia zdjęć. Chodzi o potwierdzenie faktycznego istnienia danego wyrobu (o określonych cechach) w sytuacji gdy żądanie jego próbki byłoby nadmiernie uciążliwe. Materiały informacyjne często bowiem przedstawiają zaprojektowane komputerowo kształty, zdjęcie natomiast odzwierciedla rzeczywistość. Aby coś sfotografować obiekt musi istnieć, wydrukować z programu graficznego można zaś niemal dowolną strukturę. Zamawiający mógł się ograniczyć do żądania złożenia opisów, wyciągów technicznych, lecz zamiast tego w stosunku do części wymagań zażądał aby były uwidocznione na zdjęciach.

Z korespondencji wynika, że Zamawiający otrzymał zdjęcie czegoś, co niczym nie przypomina przedmiotu zamówienia, a Mediso przyznał, że usunął z fotografii większość elementów (nawet tło). Nie sposób więc uznać, że w ofercie znajdują się wymagane „dokumenty przedmiotowe”, gdyż na okoliczność, że gama kamera typu ANYSCAN SC posiada właściwości wyspecyfikowane w punktach 2.2. i 2.3. ZPT nie złożono zdjęć tejże gama kamery, lecz jakiejś „konstrukcji” uzupełnionej zapewnieniem własnym wykonawcy, które nie może zastępować dokumentu wynikającego z SIWZ (zdjęcia).

4. Mając na uwadze powyższe uznać należy, że oferta Mediso nie spełnia parametrów 2.2. i 2.3. ZPT i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a oświadczenie o ich istnieniu stanowi informację nieprawdziwą skutkującą obowiązkiem

wykluczenia ww. wykonawcy na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Z ostrożności, na wypadek uznania, że taka sprzeczność nie została dowiedziona już na obecnym etapie Odwołujący podnosi, że w ofercie Mediso nie ma zdjęć zaoferowanego aparatu, które miały potwierdzać funkcjonalności, o których mowa w punktach 2.2. i 2.3. ZPT, co powinno skutkować wezwaniem do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Dopiero skuteczna konwalidacja braku pozwala na pozytywną weryfikację zgodności oferty Mediso z treścią SIWZ, a do tego czasu wybór tej oferty nie może być prawidłowy.

5. W kontekście powyższych rozważań na uwypuklenie zasługuje dodatkowo fakt, że Mediso zaoferowało gama kamerę ABYSCAN SC wprowadzoną do obrotu najprawdopodobniej na podstawie deklaracji zgodności i certyfikatu CE wystawionych we wrześniu 2011 r. (vide: zatwierdzenia jednostki notyfikowanej załączone do pisma Mediso z 25.09.2012 r. - w aktach). Załączona do niniejszego odwołania broszura AnyScan nosi datę „10/11”, a więc została wydana tuż po ww. certyfikatach i zapewne odzwierciedla (zwłaszcza że jest cały czas publikowana przez producenta na stronach internetowych) właściwości urządzenia oferowanego na podstawie wspomnianej deklaracji. Zatem jeśli cechy gama kamery ANYSCAN SC uległy tak daleko idącym zmianom, w tym m.in. w zakresie ustawień detektorów, że należało utajnić nowe rozwiązania i wygląd całego aparatu, a wręcz „schować” je nawet przed potencjalnymi użytkownikami, to nie sposób uznać, że w ramach niniejszego postępowania mamy do czynienia z produktem (ANYSCAN SC), oferowanym od września 2011 r. W tych okolicznościach uzasadniony jest wniosek Odwołującego o zobowiązanie Mediso do złożenia dokumentów dopuszczających do obrotu i używania zaoferowany sprzęt, zgodnie z wymaganiami prawnymi określonymi w ustawie z dnia 20.05.2010 roku o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 nr 107, poz. 679 ze zm.) z rozporządzeniami wykonawczymi wydanymi na ich podstawie pod rygorem uznania, że nie posiada tych dokumentów, a tym samym poświadczył nieprawdę składając oświadczenie w przedmiocie posiadania na dzień składania ofert dokumentów dopuszczających do obrotu i używania zaoferowany sprzęt, wymagane zgodnie z punktem 3.3. SIWZ, co stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

V. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Mediso na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8) ustawy w związku z niespełnieniem (niemożliwością spełnienia) wymogu granicznego punktu 15.3. ZPT - „Podłączenie gamma kamery SPECT/CT, stacji opracowywania badań oraz stacji do przeglądu/opisów badań do systemu PACS oraz RIS funkcjonującego w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. Marii Skłodowskiej- Curie w Zgierzu”.

1. Zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Zamawiający przewidział w formularzu ofertowym oraz we wzorze umowy możliwość posłużenia się przez wykonawcę przy realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawcą. Mimo, że przepisy

ustawy nie definiują udziału w realizacji części zamówienia i podwykonawstwa, to pojęcia te należy uznać za tożsame. W orzecznictwie przyjmuje się, że podwykonawstwo to wykonanie określonej części zamówienia, rozumianej jako dający się określić i wyodrębnić element przedmiotu zamówienia. W związku z tym wykluczona jest sytuacja, w której określony podmiot realizuje część zamówienia, nie będąc jednocześnie podwykonawcą (KIO 363/12). Przyjmuje się, że podwykonawcą może być podmiot, który dostarcza niezbędne do wykonania zadania przedmioty, np. materiały budowlane, jak również jednostka, która wspólnie z generalnym wykonawcą będzie realizowała zamówienie publiczne w oparciu o stosowne umowy z nim zawarte. Może być to także podmiot, który będzie realizował na rzecz generalnego wykonawcy usługi specjalistyczne niezbędne do realizacji zadania (KIO 1984/11, KIO 1987/11). Brak złożenia jakiegokolwiek oświadczenia w przedmiocie powierzenia realizacji części zamówienia (lub całości zamówienia) podwykonawcom należy uznać za niewskazanie przez składającego ofertę jakichkolwiek części zamówienia przewidzianych do podwykonania, co prowadzi do przyjęcia, iż wykonawca składający ofertę zamierza wykonać zamówienie siłami własnymi (KIO/UZP 1117/09, KIO/UZP 1959/10, KIO 2073/11).

2. Wskazanie w treści oferty części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom nie wywołuje żadnych skutków zobowiązaniowych pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą a zamawiającym. Jeśli wykonawca w toku realizacji zamówienia, pomimo oświadczenia złożonego w tym zakresie w treści oferty, nie powierzy realizacji określonych prac podwykonawcy, zamawiający nie może składać w tym zakresie żadnych roszczeń wobec wykonawcy. Oświadczenie o podwykonawstwie ma bowiem charakter potencjalnej możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy bez jednoczesnego zawiązania się w tym zakresie jakiegoś stosunku zobowiązaniowego (2579/11). Należy jednak zwrócić uwagę na zmianę treści przepisu art. 36 ust. 3 ustawy, który pierwotnie stanowił, że zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Aktualne brzmienie omawianego przepisu nakłada na wykonawcę obowiązek konkretnego wskazania części zamówienia, którego wykonaniem zajmie się podwykonawca. Uchybienie temu obowiązkowi wyłącza możliwość zaangażowania podwykonawców już na etapie wykonywania przedmiotu zamówienia. O ile zatem wskazanie w treści oferty części zamówienia, jaką wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, a następnie samodzielna realizacja tej części przez wykonawcę jest w pełni dopuszczalne, o tyle jednak brak takiego oświadczenia w ofercie, a następnie delegowanie podwykonawcy do wykonania danej części przedmiotu zamówienia należy uznać za bezprawne. Obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, co wskazuje na istotny charakter oświadczenia w tym zakresie (KIO 510/11).

3. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wspomnieć, że w pkt IV ppkt 9 formularza oferty Mediso znalazło się oświadczenie, zgodnie z którym wykonawca powierzy podwykonawcom wykonanie części przedmiotu zamówienia wyłącznie w zakresie opracowania dokumentacji projektowej oraz wykonania adaptacji pomieszczeń. Z tego wynika, że pozostały zakres przedmiotu zamówienia o parametrach określonych w załączniku nr 2 do SIWZ zostanie wykonany przez Mediso siłami własnymi. Tymczasem, w poz. 15.3 ZPT Zamawiający zastrzegł wymóg podłączenia gamma kamery SPECT/CT, stacji opracowywania badań oraz stacji do przeglądu/opisów badań do systemu PACS oraz RIS funkcjonującego Szpitalu. Wykonawcą tego systemu jest firma Pixel Technology s.c. Zamawiający wskazał, że w celach informacyjnych udostępni wykonawcom kierowana do niego ofertę firmy PIXEL na wykonanie powyższego podłączenia. Z tego wynika, że wykonanie przedmiotu zamówienia w części obejmującej podłączenie dostarczonych urządzeń medycznych do systemów PACS oraz RIS jest uzależnione od udziału w charakterze podwykonawcy firmy PIXEL. Skoro jednak Mediso zastrzegł, że nie powierzy tej części przedmiotu zamówienia podwykonawcy, to należy przyjąć, że zamierza wykonać podłączenie samodzielnie. Z oczywistych względów jest to niemożliwe, bowiem jakakolwiek ingerencja w strukturę systemów informatycznych Zamawiającego wymaga udziału firmy świadczącej usługę utrzymania tych systemów, dysponującej niezbędnymi uprawnieniami. W poz. 15.3 załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał podmiot, do którego należy się zwrócić w sprawie wykonania podłączenia do ww. systemów.

4. Oferta Mediso nie odpowiada treści SIWZ w zakresie w jakim Zamawiający wymagał podłączenia gamma kamery SPECT/CT, stacji opracowywania badań oraz stacji do przeglądu/opisów badań do systemu PACS oraz RIS gdyż Mediso nie ma możliwości wykonania tego świadczenia samodzielnie, ani zaangażowania do tego podmiotu trzeciego. Z tego względu oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ponadto gdyby doszło do zawarcia umowy z Mediso to zgodnie z dyspozycją art. 356 k.c. w zw. z art. 36 ust. 4 ustawy Zamawiający musiałby żądać osobistego świadczenia tej części przedmiotu zamówienia. W związku z tym, gdyby uznać że Mediso zaoferował samodzielne wykonanie podłączenia dostarczonych urządzeń do systemów informatycznych szpitala, to byłoby to zobowiązanie się do świadczenia niemożliwego. Skoro wykonanie takiego podłączenia zależy od osobistych cech dłużnika, to okoliczność, że Mediso nie posiada uprawnień do samodzielnego ingerowania w strukturę systemów informatycznych szpitala przesądza o braku możliwości wykonania tej części przedmiotu zamówienia przez tego wykonawcę. Skoro zatem z mocy art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, to oferta obejmująca takie świadczenie podlega odrzuceniu również z podstawy określonej w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy (oferta, jako sprzeczna z ustawą - art. 66 §1 k.c. - jest bezwzględnie nieważna na gruncie art. 58 §1 k.c.).

VI. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Mediso do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na okoliczność ustalenia, czy oferta Mediso nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia [w tym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mediso z powodu błędu w obliczeniu ceny].

1. Cena oferty Mediso to 2.644.830,00 zł brutto, zaś cena oferty Odwołującego to 3.201.600,00 zł brutto, przy wartości szacunkowej wynoszącej 2 933 329, 10 zł. netto Oprócz dostawy wyrobów medycznych zakresem przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu objęte jest opracowanie dokumentacji technicznej oraz wykonanie adaptacji pomieszczeń, zgodnie z zakresem rzeczowym, stanowiącym załącznik do nr 3 do SIWZ. Wartość dostaw wyrobów medycznych opodatkowana jest preferencyjną 8-procentową stawką VAT. Z kolei opracowanie dokumentacji technicznej oraz wykonanie adaptacji pomieszczeń objęte są stawką 23%.

Zadeklarowana przez Mediso kwota na adaptację pomieszczeń: 60.000 zł netto jest całkowicie nierealna. Dostawę gamma kamery oszacowano zaś na kwotę zbliżoną do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, jednakże cena prac adaptacyjnych jest nierzeczywista, przez co cena całego kompleksowego świadczenia jest zaniżona. Odwołujący dysponuje wycenami dwóch firm budowlanych, które opiewają odpowiednio na kwoty: 421.800 zł netto i 540.000 zł netto. Same tylko klimatyzatory kosztują m.in. 50.000 zł netto. Nawet jeżeli adaptację można wykonać taniej (mając na przykład korzystny kontrakt z jedną z firm budowlanych), to z całą pewnością nierealne jest dokonanie adaptacji pomieszczeń za kwotę 60.000 zł. Wobec powyższego, zachodzi uzasadnione podejrzenie, że konsorcjum Mediso ukryło koszty prac budowlanych w cenie dostawy, tak aby skorzystać na różnicy w wysokości stawki VAT, jednak wówczas należałoby uznać, że zawiera błąd w obliczeniu ceny (błędna stawka VAT) i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy (Odwołujący z ostrożności żądanie odrzucenia oferty z tej podstawy formułuje już teraz na wypadek potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego tej okoliczności).

2. Niedośzacowanie wartości prac projektowych i robót bezpośrednio wpłynęło na całkowitą cenę oferty Mediso wymaga ona zbadania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Cenę badanej oferty należy odnieść do wartości przedmiotu zamówienia (KIO/UZP 351/08). Różnica pomiędzy ceną oferty a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia przekraczająca 20% stanowi wystarczającą przesłankę do wszczęcia procedury mającej na celu ustalenie istnienia rażąco niskiej ceny (UZP/ZO/560/05). Nie jest ceną rażąco niską cena, której różnica w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia wynosi mniej niż 10% (KIO/UZP 68/07). A contrario - można mieć uzasadnione wątpliwości jeśli odstępstwo wyniesie ponad 10% (co ma miejsce w niniejszej sprawie). Zamawiający może również odnieść daną cenę nie do wartości zamówienia, ale do średniej ceny spośród grupy ofert o najbardziej

zblizonych do siebie cenach i typowaniu do badania tej oferty. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że gdyby wartość tych robót została właściwie oszacowana to całkowita cena oferty Mediso byłaby inna (znacznie wyższa). Zwracając się do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny Zamawiający winien zaakcentować obowiązek wykazania, że roboty w zakresie adaptacji pomieszczeń rzeczywiście zostaną wykonane za kwotę 60.000,00 zł.

3 Skoro cena oferty jest wątpliwa, stosownie do przedmiotu zamówienia, cen innych ofert, czy cen rynkowych, to Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia odpowiednich wyjaśnień. Zamawiający zaniechał jednak przeprowadzenia procedury w stosunku do oferty Mediso. Odwołujący wskazuje, że wartość robót adaptacyjnych jest znaczną wartością w stosunku do ceny oferty, która może mieć istotne znaczenie z punktu widzenia rzetelności kalkulacji kosztów realizacji zamówienia, w szczególności, że drugi element kompleksowego świadczenia (dostawa wyrobów medycznych) obu oferentów wyceniło na zbliżonym poziomie. Można więc stwierdzić, że to kalkulacja nakładów na roboty adaptacyjne stanowi element decydujący o tym, który z obu wykonawców zaoferował niższą cenę za wykonanie całości zamówienia. W wyroku z dnia 08.06.2012 r. Izba dopuściła poddanie pełnej analizie cen poszczególnych elementów oferty składających się na przedmiot zamówienia w kontekście wpływu wysokości cen składowych na wysokość ceny oferty, a w konsekwencji na realną możliwość realizacji zamówienia za określoną kwotę, pod warunkiem, że wartość danej pozycji jest znaczna w stosunku do ceny oferty (KIO 1063/12). "Rażąco zniżenie poszczególnych pozycji kosztorysowych może spowodować, że cena zaoferowana za całość przedmiotu zamówienia będzie ceną rażąco niską." (KIO 460/12). Ponadto, trudno uznać za zgodną z prawem podatkowym oraz dobrymi obyczajami praktykę polegającą na zniżaniu ceny netto części świadczenia opodatkowanej wyższą stawką VAT (roboty budowlane) celem ukrycia (być może) jego rzeczywistych kosztów w cenie innej części kompleksowego świadczenia (dostawa wyrobów medycznych) opodatkowanej niższą stawką VAT.

Do odwołania załączono broszurę AnyScan z tłumaczeniem własnym fragmentu na s. 6.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że oferta Mediso zawierała zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące załączników A, B, C, D, E, F, G oferty tj zdjęć oraz fragmentów dokumentacji funkcjonalnej producenta urządzenia. Zamawiający zbadał ważność i skuteczność zastrzeżenia o niedostępnianiu tej części oferty innym wykonawcom i uznał po otrzymaniu wyjaśnień od Mediso, że zastrzeżenie poufności jest prawnie skuteczne. Stwierdził, że prawidłowo dokonał poprawienia omyłek w ofercie przystępującego, co do której uznał również, że nie zawiera ceny rażąco niskiej. Stwierdził, że firma zarządzająca oprogramowaniem u zamawiającego nie będzie podwykonawcą w

realizacji zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, poinformował natomiast w siwz, że konieczne będzie współdziałanie z tym podmiotem.

Na rozprawie Odwołujący poparł odwołanie wraz z zawartą w nim argumentacją.

Dodatkowo stwierdził, że zastrzeżone elementy oferty są zdjęciami, a powołane w stanowisku przystępującego (wyjaśnienia z 18 września 2012r.) orzecznictwo nie ma związku z przedmiotem i zakresem zastrzeżenia tajemnicy w ofercie MEDISO.

Złożył kopię dokumentacji z postępowania na taki sam przedmiot zamówienia prowadzonego przez szpital w Krakowie (wyciąg z SIWZ, ogłoszenia i oferty złożonej przez przystępującego). Zauważa, że wykonawca ten wskazał co najmniej trzy placówki publiczne, w których funkcjonuje takie urządzenie, a jego wizerunek jest jawny i dostępny. Zauważa również, że zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia dokładnych zdjęć zaoferowanego urządzenia, co może stanowić naruszenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie tego samego w stosunku do innych wykonawców. Stwierdził, że żaden wykonawca na rynku, z wyjątkiem przystępującego, nie utajnia zdjęć obrazujących urządzenie. Zasadą raczej jest dokonywanie prezentacji tych urządzeń. Złożył dla przykładu zdjęcia urządzenia firmy Siemens.

Wskazał ponownie na braki w ofercie, w której nie podano wymaganych 25 parametrów wymienionych w pkt 1.2 odwołania. Wskazanie tych parametrów po otwarciu ofert w toku dodatkowych czynności stanowiło niedopuszczalną zmianę i uzupełnienie oferty. W zakresie parametrów 2.2 i 2.3 ZPT, w których wymagano potwierdzenia zdjęciami zauważył, iż wykonawca utajnił wizerunek urządzenia także przed zamawiającym poprzez modyfikację zdjęć.

Na okoliczność wyłączności firmy PIXEL Technology, co do podłączenia gamma kamery w szpitalu w Zgierzu, złożył oświadczenie tej firmy z 5 października 2012r. Na potwierdzenie zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny, w tym zaniżonego oszacowania ceny adaptacji pomieszczeń, złożył oferty cenowe pozyskane od kilku wykonawców, w tym zestawienie cen materiałów oraz ofertę na dokumentację techniczną.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i przyłączył się do stanowiska zamawiającego.

Wskazał na orzeczenia 1161/12 i 2034/11 dotyczące biegu terminu na odwołanie od czynności zaniechania ujawnienia zastrzeżonej tajemnicy. Stwierdził, że odwołujący podjął wiadomość o zastrzeżeniu w dacie otwarcia ofert, a w chwili składania ofert nie był dostępny wizerunek urządzenia i ograniczony jest dostęp do urządzenia w wersji identycznej. Złożył do akt dokumenty na potwierdzenie, że budowa urządzenia może być tajemnicą technologiczną i przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Stwierdził, że w postępowaniu w

Krakowie przedmiot zamówienia nie jest identyczny z przedmiotem niniejszego postępowania.

Wskazał na uzasadnienie projektu zmiany ustawy pzp dotyczącej art. 87 ustęp 2 pkt 3. Złożył do akt pismo firmy PIXEL z 10 września 2012r. w którym firma deklaruje współpracę w zakresie podłączenia gamma kamery do systemu informatycznego w szpitalu zgierskim.

Stwierdził, że zaoferowana cena jest realna. Przed złożeniem oferty dokonał wizji lokalnej. Złożył do akt sprawy dwie oferty cenowe dotyczące kosztów adaptacji pomieszczeń w tym postępowaniu. Wniósł o przeprowadzenie dowodu z okazania zdjęć i wyświetlenia prezentacji co do funkcjonalności urządzenia, których brak zarzuca mu odwołujący.

Odwołujący zakwestionował walor dowody dokumentów złożonych przez przystępującego, to jest z postępowania z 2008r. i 2009r., pisma firmy Pixel z 10 września 2012r., ofert cenowych dotyczących prac adaptacyjnych.

Stwierdza, że przystępujący zmierza do przeprowadzenia dowodów w postępowaniu odwoławczym, które w istocie powinny być przedstawione zamawiającemu w trakcie postępowania o zamówienie publiczne.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z uwzględnieniem stanowisk stron i uczestnika przedstawionych na piśmie i do protokołu, treści siwz, treści oferty przystępującego oraz dokonanych czynności przez zamawiającego w toku postępowania zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy pzp odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Następstwem stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności ww. zastrzeżenia jest czynność ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne w chwili, gdy zamawiający po przeprowadzeniu odpowiedniego badania dokona własnego rozstrzygnięcia, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W sytuacji, gdy zamawiający jeszcze nie dokonał czynności badania i oceny ofert, kwestionowanie zastrzeżenia oznaczałoby podnoszenie zarzutu do czynności samego wykonawcy, który dokonał zastrzeżenia, nie zaś działań lub zaniechań zamawiającego. Należy

przy tym zauważyć, że ustawa nie określa zamawiającemu terminu, w jakim badanie zastrzeżenia powinno być zakończone. W konsekwencji termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa winien być liczony od dnia przesłania przez zamawiającego informacji, z której wynika uznanie dokonanego zastrzeżenia za skuteczne. W rozpatrywanej sprawie zamawiający ostatecznie zajął stanowisko co do zasadności zastrzeżenia wykonawcy dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z jednoczesnym uwzględnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy przy tym zauważyć, że przepisy ustawy nie określają terminu dokonania badania skuteczności zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie ma zatem podstaw prawnych, aby zakreślać zamawiającemu prowadzącemu postępowanie konkretny termin na dokonanie badania zastrzeżenia. Postulat szybkości postępowania, a nawet niezwłoczności przedmiotowego badania nie może przeważać nad zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, wymagającymi rzetelnego dokonania czynności. Wobec powyższego skład orzekający nie podziela stanowiska przystępującego, że termin na wniesienie odwołania od zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofertach rozpoczyna bieg począwszy od dnia otwarcia ofert. W konsekwencji odwołanie, również w tym zakresie zostało wniesione w terminie umożliwiającym merytoryczne rozpoznanie zarzutów.

W ocenie składu orzekającego, dokonanej na podstawie analizy akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający należycie zbadał ważność i skuteczność zastrzeżenia o nieudostępnieniu części oferty przystępującego w zakresie załączników A – G tj. zdjęć oraz fragmentów dokumentacji funkcjonalnej i technicznej producenta urządzenia. Badanie to zostało poprzedzone uzyskaniem od wykonawcy wyjaśnień na okoliczność dokonanego zastrzeżenia (pismo wykonawcy z dnia 19.09.2012 r. w aktach postępowania). Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa a także posiadają wartość gospodarczą; 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej; 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Z kolei dane nieujawnione do wiadomości publicznej, to informacje nieznanne ogółowi, co do których przedsiębiorca podjął celowe czynności zapobiegające ich rozpowszechnianiu. Nie ma cech tajemnicy informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł. Izba podziela stanowisko, że informacjami zastrzeżonymi mogą być informacje zawarte w opisach technologii, zdjęciach urządzeń, nie udostępnionych ogółowi, a zawierających dane dotyczące technologii lub konstrukcji urządzenia oferowanego, tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie. Izba uznała za wiarygodne twierdzenie przystępującego,

że zaoferowany przedmiot zamówienia nie jest identyczny z innymi dostarczonymi przez niego i użytkowanymi przez innych zamawiających.

Odnosnie zarzutu niezgodności treści oferty wybranej z treścią siwz polegającej na nie podaniu wartości parametrów granicznych w dwudziestu pięciu punktach ZPT należy zauważyć, że wykonawca w formularzu oferty potwierdził w kolejnych punktach spełnianie wymaganych parametrów użyciem w tych miejscach sformułowania „tak”. Izba uznała za dopuszczalną czynność dokonania poprawienia niezgodności oferty z treścią siwz w tych punktach poprzez wpisanie wymaganych parametrów, co zostało potwierdzone przez wykonawcę. Należy zaznaczyć, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nie określa granic liczbowych poprawek, jakich może dokonać zamawiający w tej procedurze. Nie ma też przeszkód prawnych w poprzedzeniu dokonywania poprawek żądaniem złożenia przez wykonawcę wyjaśnień co do treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie nastąpiła w tym zakresie niedopuszczalna zmiana treści oferty lub jej uzupełnienie. Izba ustaliła ponadto, że wykonawca potwierdził posiadanie przez przystępującego dokumentów dopuszczających do obrotu i używania zaoferowany sprzęt, zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie o wyrobach medycznych. Z tego powodu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp jest nieuzasadniony.

Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego, że brak jest podstaw do twierdzenia, że firma dysponująca i zarządzająca siecią informatyczną w obiekcie zamawiającego musi być podwykonawcą każdego oferenta składającego ofertę w niniejszym postępowaniu. Zamawiający poinformował wykonawców w postanowieniach siwz, że konieczne będzie współdziałanie z tą firmą przy podłączaniu aparatu do systemu funkcjonującego w szpitalu, nie oznacza to jednak, że będzie to współpraca o charakterze podwykonawstwa. Forma współpracy może być w tych okolicznościach różna, co potwierdza również deklaracja tego podmiotu zawarta w piśmie z dnia 10.09.2012 r. skierowanym do przystępującego.

Odnosnie zarzutu odwołania o zaoferowaniu przez przystępującego rażąco niskiej ceny ze wskazaniem zwłaszcza na niedoszacowanie kosztów prac adaptacyjnych, Izba uznaje zarzut za nieuzasadniony. Należy zauważyć, że ceny obydwu ofert nie różnią się znacząco, gdyż cena przystępującego jest niższa od odwołującego o niecałe 17,5%, trudno zatem twierdzić o rażącej różnicy rynkowej w cenach. W zakresie ceny prac adaptacyjnych zarówno odwołujący, jak i przystępujący przedstawili kalkulacje wartości tych prac, w tym o wartościach od ok. 50 tys. zł do ponad 400 tys. Żadna z tych kalkulacji nie została zanegowana przez strony i trudno odmówić im wiarygodności. Z tego względu zarzut jest nieuzasadniony.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji uznając, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: