

Kraków, 17 maja 2024 roku

**Do**

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

**Comarch Healthcare S.A.** z siedzibą w Krakowie

Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków

KRS: 0000303079, NIP: 6751382502

REGON: 120652221

e-mail: [info@comarch.pl](mailto:info@comarch.pl), tel.: +48 12 646 10 00

reprezentowana przez Magdalenę Syposz

e-mail: [Magdalena.Syposz@comarch.pl](mailto:Magdalena.Syposz@comarch.pl)

na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do odwołania

**Zamawiający:**

**Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu**

ul. Nowowiejskiego 11, 61-731 Poznań

Tel.: 61 856 73 11

Adres poczty elektronicznej: [rops@rops.poznan.pl](mailto:rops@rops.poznan.pl)

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania: [www.rops.poznan.pl](http://www.rops.poznan.pl).

NIP 778-13-46-888

**Dotyczy:** Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości równej lub wyższej od progów unijnych określonych na podstawie art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych na Świadczenie usługi teleopieki poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwanego przez ratowników medycznych i monitorowanie uczestników projektu, najem opasek na rękę oraz udostępnienie systemu teleinformatycznego tj. Platformy Koordynacyjno-Społecznej (Numer referencyjny: ROPS.XII.3612.4.2024).

**Przedmiot zamówienia:** Przedmiotem zamówienia jest Świadczenie usługi teleopieki poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwane przez ratowników medycznych i monitorowanie uczestników projektu, najem opasek na rękę oraz udostępnienie systemu teleinformatycznego tj. Platformy Koordynacyjno-Społecznej

**Miejsce i data publikacji ogłoszenia o zamówieniu:** Ogłoszenie o zamówieniu przekazano do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 marca 2024 roku, numer ogłoszenia: TED – 162133-2024 oraz na platformie zakupowej Zamawiającego.

### **ODWOŁANIE**

Na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1 i 2, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zwaną dalej „PZP”), Odwołujący wnosi odwołanie wobec zaniechań i czynności Zamawiającego niezgodnych z PZP, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

**Dotyczy HRP Care Spółka z o.o.**

- 1) art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwaną dalej u.z.n.k.) poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu: wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (zwaną dalej RNC) złożonych przez HRP Care Spółka z o.o., ul. Kilińskiego 185, 90-348 Łódź (zwaną dalej HRP), pomimo iż wskazane informacje:
  - nie zostały zastrzeżone przez HRP zgodnie z wymogami PZP – w szczególności HRP nie sprostало ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k.,
  - a tym samym - nie stanowią informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa HRP
- 2) art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez ponowne żądanie przez Zamawiającego od HRP wyjaśnień w ramach RNC, w tym samym zakresie tj. w zakresie parametrów teleopasek (dotyczy podwójnego wezwania do wyjaśnień/„dopytywania” o czujnik bezruchu - trzecie wezwanie Zamawiającego), a następnie przyjęcie i uznanie złożonych wyjaśnień przez HRP
- 3) art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HRP, pomimo, że HRP na dodatkowe/drugie wezwanie Zamawiającego nie

udzielił wyczerpujących wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu

dodatkowo z ostrożności procesowej Odwołujący zarzuca naruszenie

- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HRP pomimo, że zawiera rażąco niską cenę lub w stosunku do przedmiotu zamówienia

Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ujawnienia (odtajnienia) i przekazania Odwołującemu następujących informacji: wyjaśnień RNC złożonych przez HRP na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2024 roku,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności ponownego żądania przez Zamawiającego od HRP wyjaśnień w ramach RNC, w tym samym zakresie tj. w zakresie parametrów teleopasek (dotyczy podwójnego wezwania do wyjaśnień/„dopytywania” o czujnik bezruchu - trzecie wezwanie Zamawiającego),
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty HRP, z uwagi na to, że HRP na wezwanie Zamawiającego nie udzieliła wyczerpujących wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu

oraz z ostrożności procesowej: nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty HRP jako zawierającej rażąco niską cenę lub w stosunku do przedmiotu zamówienia.

**Dotyczy: Sidly Sp. z o.o.**

art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwaną dalej u.z.n.k.) poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu: wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (zwaną dalej RNC) złożonych przez Sidly Sp. z o.o., ul. Chmielna 2 lok. 31, 00 – 020 Warszawa (zwaną dalej Sidly), pomimo iż wskazane informacje:

- nie zostały zastrzeżone przez Sidly zgodnie z wymogami PZP – w szczególności Sidly nie sprostало ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k.,
- a tym samym - nie stanowią informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Sidly.

Odwołujący wnosi o: nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ujawnienia (odtajnienia) i przekazania Odwołującemu następujących informacji: wyjaśnień RNC złożonych przez Sidly na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2024 roku oraz wyjaśnień złożonych na drugie wezwanie Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2024 roku.

Ponadto Odwołujący wnosi o zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym.

### **Termin wniesienia odwołania**

W dniu **06.05.2024 r.** Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcami, którzy złożyli oferty w postępowaniu (dotyczy korespondencji prowadzonej po terminie składania ofert), w tym w szczególności związanej z wyjaśnieniami RNC. W odpowiedzi Zamawiający w dniu **07.05.2024** roku udostępnił wnioskowaną korespondencję, w tym treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej RNC złożoną przez HRP i jawną część złożoną przez Sidly, treść trzech wezwań do wyjaśnień RNC wysłanych przez Zamawiającego do HRP i Sidly, treść wyjaśnień na wezwanie drugie i trzecie złożonych przez HRP i Sidly. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu treści objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu min. treści wyjaśnień w zakresie RNC złożonych przez HRP i Sidly na pierwsze wezwanie Zamawiającego.

Tym samym w dniu **07.05.2024** roku Odwołujący powziął informację o działaniach i zaniechaniach Zamawiającego naruszających przepisy PZP.

Mając na uwadze, iż wartość zamówienia w postępowaniu przekracza progi unijne, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu.

### **Interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody**

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie oraz złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Poprzez dokonanie czynności i zaniechań przez Zamawiającego w sposób naruszający przepisy PZP Odwołujący może być pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego jest następna w rankingu ofert po ofercie HRP.

Ponadto każdy błąd Zamawiającego popełniony na etapie badania i oceny ofert – także błąd w zakresie nieuprawnionego utajnienia i nieudostępnienia Odwołującemu informacji bezskutecznie

zastrzeżonych przez HRP i Sidly, jak również nie odrzucenie oferty HRP – rzutuje na ostateczny wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W interesie Odwołującego jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego (w tym podejmowanie czynności względem Odwołującego i konkurencji Odwołującego) zgodnie z obowiązującymi przepisami i w poszanowaniu zasady równego traktowania wykonawców. Podjęcie oraz zaniechanie przez Zamawiającego podjęcia wobec HRP i Sidly czynności wymaganych ustawą, może uniemożliwić Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji szkodę polegającą na nieosiągnięciu korzyści finansowych (zysku). Wskutek zaskarżonego działania oraz zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego Odwołujący również może być pozbawiony możliwości obrony swoich praw – w tym Odwołujący jest pozbawiony możliwości rzetelnej weryfikacji ofert konkurencji.

Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

#### **Doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu**

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

#### **Wpis od odwołania**

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (dowód w załączeniu).

### **UZASADNIENIE**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Świadczenie usługi teleopieki poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwanego przez ratowników medycznych i monitorowanie uczestników projektu, najem opasek na rękę oraz udostępnienie systemu teleinformatycznego tj. Platformy Koordynacyjno-Społecznej.

W terminie składania ofert tj. w dniu 16.04.2024 r. w postępowaniu złożone zostały 4 oferty:

Oferta nr	Nazwa i adres wykonawcy	Cena oferty
1	Konsorcjum: 1) Locon Sp. z o.o.–LIDER, ul. Tama Pomorzańska 1,70-030 Szczecin 2) Telemedycyna Polska ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice	4 391 250.00 zł
2	Comarch Healthcare S.A. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków	2 986 508.86 zł
3	SiDLY Sp. z o.o., ul. Chmielna 2/31, 00-020 Warszawa	3 483 687.50 zł
4	HRP Care Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 185, 90-348 Łódź	2 687 375.00 zł

W ofercie Wykonawcy HRP znajduje się informacja w zakresie kryteriów oceny ofert:

*Kryterium „Dodatkowe parametry opaski”:*

*a) Opaska posiada funkcję wibracji – TAK*

*b) Opaska posiada czujnika bezruchu – TAK*

W dniu 06.05.2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Wykonawcami, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w tym w szczególności związanej z wyjaśnieniami RNC.

W odpowiedzi Zamawiający w dniu 07.05.2024 roku udostępnił wnioskowaną korespondencję, w tym treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej RNC złożoną przez HRP i jawną treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej RNC złożoną przez Sidly, treść trzech wezwań do wyjaśnień RNC wysłanych przez Zamawiającego do HRP i Sidly, treść wyjaśnień na wezwanie drugie i trzecie złożonych przez HRP i Sidly. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu treści objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu min. treści wyjaśnień w zakresie RNC złożonych przez HRP i Sidly na pierwsze wezwanie Zamawiającego treści wyjaśnień Sidly na drugie wezwanie Zamawiającego.

#### **Uzasadnienie odwołania - dotyczy HRP Care Spółka z o.o.**

Z prowadzonej przez Zamawiającego z HRP korespondencji w zakresie RNC wynika, że pismem z dnia 17 kwietnia 2024 roku Zamawiający wezwał HRP do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC złożonej oferty.

W odpowiedzi HRP złożyło wyjaśnienia RNC (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) wraz z pismem/oświadczeniem o objęciu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (pismo z dnia 24 kwietnia 2024 roku).

Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający ponownie wezwał HRP do wyjaśnień w zakresie RNC pismem z dnia 25 kwietnia 2024 roku (zwane drugie wezwanie do wyjaśnień RNC). W drugim wezwaniu do wyjaśnień RNC Zamawiający wezwał do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w postaci złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych – poprzez złożenie dowodów na potwierdzenie **parametrów oferowanych opasek na rękę**.

W odpowiedzi HRP pismem z dnia 29 kwietnia 2024 roku wskazało że spełnia parametry z tabeli nr 2 z OPZ oraz jako dowód na potwierdzenie spełnienia parametrów oferowanych opasek załączyło kartę katalogową producenta opasek, podpisaną przez Prezesa Zarządu Novama. Tech Sp. z o. o.

Po otrzymaniu drugich wyjaśnień od HRP wraz z wskazanym powyżej dowodem kartą katalogową Zamawiający ponownie wezwał HRP pismem z dnia 30 kwietnia 2024 roku (trzecie wezwanie do wyjaśnień RNC) do złożenia wyjaśnień min. w zakresie czy oferowana opaska posiada czujnik bezruchu. W odpowiedzi pismem z dnia 6 maja 2024 roku HRP wskazało, że posiada czujnik bezruchu i załączyło ponownie kartę katalogową (zmienioną).

Ad 1)

Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odtajnienia informacji wskazanych przez HRP w zakresie wyjaśnień RNC.

HRP złożyło *OŚWIADCZENIE O OBJĘCIU INFORMACJI TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA* z dnia 24 kwietnia 2024 roku, w którym to oświadczeniu **stanowiącym de facto uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień RNC** wskazało, że *dane znajdujące się w przedłożonych w dniu 24.04.2024r. dokumentach, tj. 24\_04\_24\_HRPC\_Wyjaśnienia w zakresie wyliczenia kosztu i ceny, 24\_04\_24\_HRPC\_Złącznik nr 1 do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, 24\_04\_24\_HRPC\_Złącznik nr 2 do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa.*

Analizując uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień RNC HRP należy stwierdzić:

Po pierwsze HRP podnosi, że informacje:

*a) pozostają nieujawnione do wiadomości publicznej, zwłaszcza w takim zestawieniu jak zaprezentowane;*

*b) posiadają wartość gospodarczą*

*c) zastrzegając ich treść podejmujemy niezbędne działania w celu zachowania ich poufności – w szczególności należy podkreślić iż HRP przekazała swoim pracownikom oraz współpracownikom odpowiednie wytyczne wskazujące, że dana informacja ma charakter poufny, a jej rozpowszechnianie jest zakazane. W HRP obowiązują również odpowiednie regulacje, regulaminy i procedury które uniemożliwiają przekazywania oraz rozpowszechniania tych informacji.*

*Wszyscy pracownicy, współpracownicy oraz osoby świadczące usługi na podstawie innych stosunków prawnych są zobligowani dostosowania się do w.w. regulaminów i procedur.*

Jednak jak wynika z pisma, żaden regulamin procedura, czy też inne regulacje np. w postaci wyciągów z umów z pracownikami, współpracownikami nie zostały na potwierdzenie spełnienia przesłanki formalnej tajemnicy przedsiębiorstwa załączone. Nie zostały nawet opisane w skonkretyzowany sposób. Brak jakiegokolwiek wskazania na konkretny dokument.

Dodatkowo wskazano w piśmie:

*Obowiązujące w naszej spółce procedury dotyczące ochrony informacji poufnych dotyczą także źródeł pochodzenia towarów, niektórych kategorii kontraktów i uzyskiwanych po ich realizacji referencji, w szczególności dotyczą dostaw wymienionych w wykazie.*

Należy wskazać, że również w tym zakresie nie tylko nie dołączono żadnych dowodów na potwierdzenie oświadczeń o obowiązujących procedurach, ale nawet nie wskazano o jakie konkretnie procedury chodzi.

**Ponadto co istotne wskazana powyżej treść, jak z niej wynika, odnosi się do wykazu dostaw i referencji, a nie do wyjaśnień RNC.**

Ponadto w piśmie wskazano:

*W odniesieniu do złożonych dokumentów, należy podkreślić, że ich treść obejmuje informacje, które z punktu widzenia HRP posiadają wartość gospodarczą, a ich rozpowszechnianie może zagrażać konkurencyjnej pozycji HRP, jako przedsiębiorstwa funkcjonującego na rynku dostaw m.in. opasek monitorujących parametry życiowe wraz z teleopieką. Analiza ich treści wyraźnie pokazuje, że zawierają one cenne informacje, które potencjalnie mogłyby umożliwić przedsiębiorcom prowadzącym konkurencyjną wobec naszej spółki działalność zapoznanie się ze źródłem pochodzenia oraz cechami asortymentu, który jest przedmiotem zamówienia. (...) Źródło pochodzenia towarów ma bezpośrednie przełożenia na aspekty ekonomiczne działania naszej spółki oraz naszą pozycję konkurencyjną w*



*odniesieniu do innych uczestników procedur przetargowych. Pozyskanie dostawców, których produkty charakteryzują się zrównoważonym bilansem ceny w odniesieniu do jakości oferowanego towarów ma podstawowe znaczenie na rynku konkurencyjnych dostaw. Ochrona informacji dotyczących źródeł dostaw ma tu zasadnicze znaczenie. Nadto, oprogramowanie używane w ramach teleopieki oferowanej przez HRP zostało stworzone na potrzeby oferowanych przez nas opasek zgodnie ze specyfikacją HRP, w związku z czym jest to produkt, do którego uprawnienia w ramach prawa własności intelektualnej przysługują spółce HRP.*

Odwołujący wskazuje, że oferowany w postępowaniu asortyment to de facto opaski na rękę (oprócz tego oferowana jest w zasadzie praca ludzi i oprogramowanie), natomiast co do opasek to ich specyfikacje techniczne zostały złożone wraz z odpowiedziami na drugie i trzecie wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień RNC; cyt. z pisma HRP:

*Na potwierdzenie składanych wyjaśnień uzupełniających załączamy kartę katalogową producenta opasek, podpisaną przez Prezesa Zarządu Novama.Tech Sp. z o. o.*

Tym samym w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień RNC, HRP głównie uzasadnia objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które sama ujawnia.

Co istotne przedmiotowa karta katalogowa i inne informacje w tym zakresie oraz specyfikacje techniczne opasek wraz z informacją dotyczącą źródła pochodzenia towarów są ogólnodostępne w Internecie, co zostało wykazane w niniejszym odwołaniu w części dotyczącej zarzutu nr 4 (ad. 4).

Tym samym powszechnie znane są, jak również ujawnione dokumentami w niniejszym postępowaniu: *informacje, związane ze źródłem pochodzenia oraz cechami asortymentu, który jest przedmiotem zamówienia* – a więc wskazany fragment uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ogóle jest bezpodstawny i nieadekwatny do zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji.

Poza wskazanymi powyżej lakonicznymi treściami uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa HRP, które w dużej mierze nie dotyczą w ogóle wyjaśnień RNC, a zajmują zaledwie ok. jednej strony pisma, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera jedynie przytoczenie kilku orzeczeń KIO.

Odwołujący tym samym podnosi, że Wykonawca HRP nie wykazał, aby zastrzeżone informacje stanowiły informacje, które spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał wartości gospodarczej informacji ani faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

HRP w nawet najmniejszym stopniu nie wykazała wartości przedmiotowych informacji (nie spełniając przesłanki materialnej pozwalającej na utajnienie informacji/dokumentów), jak również nie wykazała spełnienia przesłanki formalnej tj. nie wykazała, iż informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, oraz że podjęła, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Informacje zawarte w piśmie HRP są zdecydowanie niewystarczające dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brak tu konkretnego wskazania jakie wartości posiadają informacje, oraz brak wykazania poprzez stosowne dokumenty (kopie, streszczenia, wyciągi z dokumentów) jakie działania zostały podjęte aby zachować je w poufności. Samo stwierdzenie Wykonawcy w tym zakresie należy uznać za niewystarczające.

Tym samym, zdaniem Odwołującego Zamawiający winien uznać, iż Wykonawca nie wykazał skutecznie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień RNC. Treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera stwierdzenia ogólne, które nie opisują przyczyn, dla których konkretne informacje zostały przez Wykonawcę HRP uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie uzasadnia zastrzeżenia powyższych informacji powoływanie się przez Wykonawcę na bliżej niesprecyzowane oraz nie pasujące do okoliczności twierdzenia i orzecznictwo. Warunkiem koniecznym powodzenia utajnienia danych informacji w toku postępowania jest **faktyczne wykazanie** — iż rzeczywiście stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Z analizy orzecznictwa KIO wynika, iż niezwykle istotne jest wskazywanie na sposób ochrony tychże informacji przed dostępem osób trzecich, a nawet części pracowników danego przedsiębiorcy.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej *stosowanie przez poszczególne firmy zabezpieczeń w postaci umów z pracownikami czy zabezpieczeń komputerowych, nie jest niczym nadzwyczajnym, ponieważ zabezpieczenie powinno dotyczyć poszczególnej informacji i powinno być wykazane chronienie tej informacji jako wyjątkowej, nie zaś przez ogólne opisanie, jakie są procedury zabezpieczające u Wykonawcy.*

Co istotna HRP nie opisała takich procedur wskazała jedynie, że „jakieś” procedury w spółce obowiązują ale brak jest nawet informacji jakie, cyt.:

*odpowiednie regulacje, regulaminy i procedury które uniemożliwiają przekazywania oraz rozpowszechniania tych informacji*

Jak stwierdziła Izba w wyroku KIO 2368/18 z 3 grudnia 2018 r. „*Skoro nałożenie na pracowników obowiązków zachowania informacji w poufności oraz niewykorzystywania ich nastąpiło w formie*

*pisemnej, to obowiązkiem wykonawcy było załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia takich przykładowych pisemnych zobowiązań. Jest to tego rodzaju okoliczność, która w prosty sposób może (i w związku z tym powinna) być wykazana za pomocą dowodu. Nieprzedstawienie takiego dowodu, w sytuacji gdy jego załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia wymaga jedynie dokonania tzw. anonimizacji obciąża wykonawcę i czyni wyjaśnienia w tym zakresie mało wiarygodnymi”.*

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa HRP brak jest jakiegokolwiek informacji o faktycznej wartości gospodarczej informacji, przyczynach ich poufności jak również podejmowanych środkach. Przedmiotowe stwierdzenia są bardzo lakoniczne, ogólnikowe i w zasadzie każdy mógłby je przytoczyć, co również istotne w dużej części nie dotyczą informacji z wyjaśnień RNC, tylko innych tj. wykazu usług - w żaden sposób tym samym nie uzasadniają zastrzeżenia informacji z wyjaśnieniami RNC, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jak już podnosił Odwołujący brakującym elementem, którego HRP nie wykazała w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, jest również przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. HRP poprzestała na twierdzeniu, iż informacje taką wartość posiadają. Jest to jednak zbyt mało, aby zastrzeżenie było skuteczne.

Wykazanie przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa musi być spełnione łącznie – brak wykazania którejkolwiek implikuje konieczność uznania bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia i odtajnienia dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2017 r., KIO 827/17, KIO 837/17, KIO 838/17 uznała, że *nie ma kategorii dokumentów, która z samej definicji podlegałaby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca jest zatem zobowiązany wykazać, że informacje te zasługują na ochronę. Niewykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do ich ujawnienia.*

Podobnie w wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 9/20, KIO 11/20), w którym wskazano między innymi: *Odnosząc się do podjętych przez wykonawcę Sygnyty działań mających na celu zachowanie w poufności ww. informacji Izba wskazuje, że wykonawca nie załączył do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ani nie podał w jego uzasadnieniu brzmienia stosowanych klauzul umownych, w tym formułowanych w umowach z partnerami biznesowymi, czy też pracownikami i współpracownikami, mającymi gwarantować poufność informacji. Na tej podstawie nie sposób*

*stwierdzić, czy zostały one przewidziane, a jeśli tak to jaka była ich treść oraz jakie były sankcje za naruszenie powyższego zakazu przez pracownika, czy partnera biznesowego wykonawcy. Brak jest również informacji, czy stosowane przez wykonawcę w umowach z pracownikami i innymi podmiotami klauzule o zachowaniu poufności informacji, ograniczenie dostępu do części zastrzeżonych informacji pewnej grupie pracowników, jak również nierozpowszechnianie zastrzeżonych tajemnic przedsiębiorstwa informacji na stronie internetowej wykonawcy, w publikacjach i komunikatach kierowanych do mediów, mają swoje źródło w obowiązujących u Sygnity wewnętrznych regulacjach. Co więcej przystępujący Sygnity w zakresie omawianej przesłanki w ogóle nie wyjaśnił, czy w jego przedsiębiorstwie obowiązują jakiegokolwiek regulacje mające na celu ochronę informacji wymagających zachowania poufności, ani nie złożył żadnych dowodów potwierdzających powyższe.*

*Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż wykonawca Sygnity nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów.*

*Samo stwierdzenie, iż ujawnienie newralgicznych informacji technicznych i technologicznych, jak również źródeł zaopatrzenia czy informacji na temat podmiotów z jakimi spółka współpracuje może zostać wykorzystane przez konkurencję w celu utrudnienia jej działalności, nie jest w ocenie Izby wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji technicznych.”*

oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2440/19), w którym wskazano między innymi: *Użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze p.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do "wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek "dowodzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę*

*przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana ex ante, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

*(...) Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.*

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez HRP jest całkowicie abstrakcyjne i ogólnikowe.

Reasumując, w zakresie wyjaśnień RNC, HRP nie wykazała, nie udowodniła, że przekazywane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub są innymi informacjami, przedstawiającymi dla przystępującego wartość gospodarczą. Nie spełniła też przesłanek formalnych pozwalających na uznanie ich za takowe.

Analiza treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do oczywistego wniosku, że HRP nie podołała obowiązkowi wykazania, że spełniona została przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca podaje wyłącznie gołosłowne argumenty, nie przedstawiając ani szczegółowego uzasadnienia, ani też żadnych dowodów na potwierdzenie podnoszonych przez siebie okoliczności.

Brak też wymaganego poparcia dowodami argumentacji o stosowanych zabezpieczeniach i podjętych działaniach w celu zachowania informacji w poufności. Nie ulega wątpliwości, że przetwarzane w tym zakresie twierdzenia winny być poparte stosownymi dowodami (zarządzenia, regulaminu, polityki bezpieczeństwa, umowy o poufności, klauzule poufności), które powinny zostać przywołane z konkretnej nazwy i daty - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany

dokument rzeczywiście istnieje oraz winny być złożone w zakresie pozwalającym na wykazanie podnoszonych twierdzeń (wyciągi, kopie, streszczenia).

W zaistniałej sytuacji Zamawiający, jako gospodarz postępowania, winien zainterweniować, odtajniasząc zastrzeżone informacje i udostępniasząc informacje, które nie zostały zastrzeżone poprawnie.

Odwołujący zarzuca, iż HRP nie zastrzegła prawidłowo tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając na uwadze, iż art. 11 ust. 2 u.z.n.k. wymaga łącznego spełnienia przesłanek do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazuje, co następuje: HRP nie wykazało, iż przy zachowaniu należytej staranności, podjęło działania w celu utrzymania ich w poufności – w szczególności nie udokumentowało tej okoliczności z należytą starannością dowodami, co przesądza o tym, iż nie wykazało, że takie środki poufności stosuje i że są one adekwatne do chronionych informacji. Przywołać tu należy fragment uzasadnienia wyroku (KIO 9/20, KIO 11/20): *Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki. Orzecznictwo KIO z dnia 6 sierpnia 2021 roku (KIO 1739/21): W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy PZP z 2004 r. (przepis art. 18 ust. 3 nowej ustawy Pzp) sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Tak np. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3040/20 Izba zauważyła, że ustawodawca posługując się w art. 8 ust. 3 ustawy PZP sformułowaniem „wykazał” jednocześnie przesądził, że nie wystarcza samo „oświadczenie”, czy „deklarowanie”, ale wprowadzono w tym przypadku znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego mianem „wykazania” określa się „uzewnętrznienie czegoś”, „ujawnienie istnienia czegoś”, „przedstawienie czegoś w sposób przekonujący”, z kolei „wykazać się” oznacza „udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy”, czy „okazać dokumenty potwierdzające coś”. Wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako czynność właściwa wykonawcy, jest aktem jego staranności, który oceniać należy*

*przez pryzmat zawodowego charakteru działalności wykonawcy (art. 355 § 2 kodeksu cywilnego). Ze wskazanej przyczyny wykazania nie można sprowadzać li tylko do przeglądu stanowisk doktryny, czy poglądów judykatury. **Co istotne, w przypadku gdy wykonawca w toku postępowania nie wywiąże się z obowiązku wykazania niejawnego charakteru zastrzeganych przez siebie danych, to po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Zamawiający bada jedynie skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia, nie oceniając jakie dane i informacje zostały przez wykonawcę podane i jaki mają charakter. Jeśli stwierdzi bezskuteczność zastrzeżenia zobowiązany jest do odtajnienia danych nieskutecznie zastrzeżonych.***

Argumentacja przedstawiona przez HRP jest niezwykle lakoniczna, nie sposób z niej wywieść jakie informacje i dane są dla Wykonawcy tak istotne, że ich ujawnienie mogłoby niekorzystnie wpłynąć na jego działalność. HRP nie wykazała w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych przez nią informacji miałoby negatywnie wpłynąć na możliwość skutecznego konkutowania z innymi wykonawcami na rynku usług tego typu.

Dokonując oceny skuteczności zastrzeganych informacji Zamawiający winien brać bowiem pod uwagę treść zastrzeżenia, a nie charakter informacji i danych, natomiast skutkiem niewystarczającego zastrzeżenia winno być wywiązanie się przez Zamawiającego z obowiązku odtajnienia informacji/dokumentów/danych.

Abstrahując pod powyższego, z ostrożności wskazujemy, że nie powinno zostać uznane za zasadne ewentualne stanowisko Zamawiającego, że zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby zachować w tajemnicy zarówno informacje przekazane przez Odwołującego, jak też HRP. Zgodnie ze orzecznictwem KIO: *Zamawiający nie może kierować się taką zasadą, gdyż to wyłącznie ocena dokonanego uzasadnienia wpływa na decyzję zamawiającego co do uznania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.*

Ad 2 i ad 3)

Pismem z dnia 17 kwietnia 2024 roku Zamawiający wezwał HRP do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC złożonej oferty. W odpowiedzi HRP złożyło wyjaśnienia RNC (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) wraz z pismem/oświadczeniem o objęciu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (pismo z dnia 24 kwietnia 2024 roku).

Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający ponownie wezwał HRP do wyjaśnień w zakresie RNC pismem z dnia 25 kwietnia 2024 roku (zwane drugie wezwanie do wyjaśnień RNC). W drugim wezwaniu do wyjaśnień RNC Zamawiający wezwał do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w postaci złożenia

dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych – poprzez złożenie dowodów na potwierdzenie **parametrów oferowanych opasek na rękę**.

W odpowiedzi HRP pismem z dnia 29 kwietnia 2024 roku wskazało że spełnia parametry z tabeli nr 2 z OPZ oraz jako dowód na potwierdzenie spełnienia parametrów oferowanych opasek załączyło kartę katalogową producenta opasek, podpisaną przez Prezesa Zarządu Novama. Tech Sp. z o. o.:



# System monitoringu pacjentów

Podstawowym narzędziem systemu Novama Care jest teleopaska, która stanowi urządzenie pomiarowe i kontaktowe. Pracuje w oparciu o kartę SIM w standardzie GSM, przez co zapewnia opiekę w najdalszych zakątkach Polski.

W skład zestawu teleopaski Novama Care wchodzi:

- Teleopaska z przejrzystym
- Kabel ładujący z podkładką do ładowania
- Ładowarka
- Instrukcja obsługi w języku polskim dostosowana do osób podeszłym wieku
- Pudełko

## Specyfikacja techniczna teleopaski Novama Care Lifeband 4.1

**Przyciski:** 1 przycisk opisany alfabetem Braille'a do kontaktu z Telecentrum

**Karta SIM** Bez limitu połączeń i transmisji danych z blokadą numerów premium i reklam

**Standard GSM** 2G

**Połączenie głosowe:** Wbudowany głośnik oraz mikrofon, zapewniają możliwość dwustronnej komunikacji głosowej bez korzystania z telefonu

**Certyfikaty:** CE, wyrób medyczny

**Komunikaty:** głosowe w języku polskim, dźwiękowe, wizualne, wibracyjne

**Klasa szczelności:** IP67

**Ekran:** 1 calowy, 128x64px

**Czujniki i sensory:** pomiar tętna, pomiar temperatury, pomiar saturacji, czujnik założenia i zdjęcia opaski, czujnik upadku, lokalizacji GPS

**Bateria:** 600 mAh, Litowo-polimerowa

**Czas działania:** do 72h\* (minimum 48h czuwania)

**Czas ładowania:** Do 2h

**Ładowanie:** Kabel magnetyczny USB 2.0 wraz z podkładką

**Obudowa:** PC+ABS

**Pasek:** Silikonowy pasek na nadgarstek z regulacją + klamra

**Dodatkowe:** Funkcja głosnomówiąca z możliwością regulacji głośności, przypomnienie o porze przyjęcia leków, monitoring zużycia baterii z przypomnieniem o konieczności ładowania, bezpłatne i zdalne aktualizacje



Novama.Tech Sp. z o.o.  
ul. Traktorowa 196  
91-218 Łódź  
NIP: 9471982355

office@novama.tech



Signed by /  
Podpisano przez:

Kamil  
Gwozdowski

Date / Data:  
2024-04-25 22:00

[www.novama.tech](http://www.novama.tech)

We wskazanej powyżej karcie katalogowej - specyfikacji technicznej opaski w pozycji czujniki i sensory – brak jest potwierdzenia, że opaska spełnia parametr: czujnik bezruchu, który został zaoferowany w formularzu ofertowym HRP, jako parametr punktowany. Tym samym zaoferowana przez HRP opaska,

która została uwzględniona i skalkulowana w ofercie cenowej HRP, winna posiadać na dzień składania ofert czujnik bezruchu.

Po otrzymaniu drugich wyjaśnień od HRP wraz z wskazanym powyżej dowodem kartą katalogową Zamawiający ponownie wezwał HRP pismem z dnia 30 kwietnia 2024 roku (trzecie wezwanie do wyjaśnień RNC) do złożenia wyjaśnień min. w zakresie czy oferowana opaska posiada czujnik bezruchu. W odpowiedzi pismem z dnia 6 maja 2024 roku HRP wskazało, że posiada czujnik bezruchu: *Wykonawca potwierdza, iż oferowane urządzenia posiada czujnik bezruchu. Na potwierdzenie załączamy poprawną kartę katalogową oferowanego urządzenia - i załączyło ponownie kartę katalogową (zmienioną), w której w pozycji czujniki i sensory – dopisano czujnik bezruchu.*

HRP w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego w zakresie wyjaśnień RNC dotyczących doprecyzowania aspektów w zakresie parametrów oferowanych opasek nie złożył kompleksowych i wystarczających wyjaśnień potwierdzających, że w zaoferowanej cenie ofertowej, w tym cenie opaski zagwarantowane jest spełnienie wszystkich oferowanych parametrów (dotyczy braku czujnika bezruchu).

Nie ulega wątpliwości, że każdy wykonawca powinien na wezwanie o udowodnienie wszystkich elementów zaoferowanego w cenie towaru wraz z wykazaniem jego kosztów/ceny - złożyć kompleksowe wyjaśnienia, które potwierdzają wszystkie oferowane parametry.

Pierwotnie złożona przez HRP karta katalogowa - specyfikacja techniczna nie potwierdzała wszystkich oferowanych parametrów, które winny być uwzględnione w ramach ceny za opaskę na rękę. Natomiast dopiero na trzecie wezwanie Zamawiającego, „dopytujące o to samo tj. o oferowane parametry, w tym przypadku o czujnik bezruchu – HRP złożyło ponownie wyjaśnienia i załączyło poprawioną kartę katalogową - specyfikację techniczną, w której dopisano czujnik bezruchu.

Odwołujący podnosi, że w zakresie wyjaśnień RNC nie można dopytywać i składać dodatkowych wyjaśnień w tym samym zakresie. Można dopytywać o kwestie dodatkowe, ale nie można dwa razy wyjaśniać tej samej kwestii. Już na pierwsze wezwanie w kwestii parametrów technicznych zaoferowanej w ramach ceny oferty opaski (tj. na drugie z rzędu wezwanie Zamawiającego) wykonawca winien wykazać stosownymi dokumentami ich spełnianie (tj. spełnienie wszystkich parametrów technicznych opaski zaoferowanej w cenie oferty).

Jak wskazuje się w doktrynie:

*Co prawda art. 224 Prawa zamówień publicznych nie stanowi, że zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień cenowych jednokrotnie, to przepis ten jest wykładany jednolicie przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz sądy, w tym również był wykładany jednolicie na tle poprzednio obowiązujących przepisów, a mianowicie przyjmuje się, że wezwać do wyjaśnień w ww. trybie można tylko raz. Za taką wykładnią przemawia profesjonalizm adresata wezwania oraz zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.*

*Zamawiający może wezwać do dalszych wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Wykazujące, że za tę cenę możliwe i realne jest wykonanie zamówienia z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych do tego elementów (wymagania zamawiającego/prawa/wiedzy technicznej).*

W niniejszym postępowaniu w ramach wyjaśnień RNC Zamawiający drugim wezwaniem dopytał o potwierdzenie tj. złożenie dowodów, że opaska założona do dostarczenia w ramach oferty i w cenie ofertowej – ma wszystkie parametry, w tym posiada czujnik bezruchu. HRP tego w odpowiedzi nie wykazała. Miało to miejsce dopiero po ponownym wezwaniu w tym samym zakresie (trzecie wezwanie Zamawiającego). Natomiast ta kwestia powinna być już wyjaśniona (wykazana dowodami) w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego.

W odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego Wykonawca HRP złożył wyjaśnienia, które nie potwierdzały, że w zaoferowanym przedmiocie zamówienia w cenie ofertowej opaski posiadają wszystkie parametry, jakie wynikają ze złożonej oferty.

Tym samym nie można uznać że były to wyjaśnienia rzetelne, wyczerpujące i kompleksowe. Wyjaśnienia winny być poparte stosownymi dowodami – natomiast dołączone do wyjaśnień dowody nie potwierdzały, że opaska posiada czujnik bezruchu.

O te same kwestie związane z parametrami opaski w oferowanej cenie – Zamawiający nie powinien dopytywać po raz drugi. Dowody zostały złożone na drugie wezwanie (pierwsza karata katalogowa bez czujnika bezruchu) i te dowody winny być oceniane przez Zamawiającego w zakresie jego wątpliwości o które pytał. Nie można poprawiać i zmieniać już raz złożonych wyjaśnień w danym zakresie.

W doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że:

*Kolejne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia poziomu ceny nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy. Innymi słowy, w sytuacji gdy wykonawca nie dołoży*

*należytej staranności przy składaniu wyjaśnień poziomu ceny, brak jest po stronie zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.*

*Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.*

Niezłożenie wystarczających wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś skierowaniem do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień. Pzp w art. 224 ust. 6 Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W wyroku z dnia 24 listopada 2017 r., KIO 2380/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „*nie jest rolą zamawiającego przejęcie od wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i kierowanie wezwań „do skutku”. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 90 ust. 1 Pzp2004. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprostą obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 Pzp2004 musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty.*”

W Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2023 r. KIO 1210/23: *Swoje wyjaśnienia wykonawca powinien złożyć w terminie wyznaczonym mu przez zamawiającego, dlatego za niedopuszczalne należy uznać późniejsze uzupełnianie lub uszczegóławianie już raz złożonych wyjaśnień, niezależnie od tego czy dzieje się to w postępowaniu przetargowym czy też w postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbę Odwoławczą. W orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że wtedy, gdy wezwanie zamawiającego jest obarczone brakiem precyzji i/lub niepełne, dopuszczalne jest przedstawianie kolejnych wyjaśnień przez oferenta. Te kolejne wyjaśnienia bowiem albo odnoszą się do wątpliwości zamawiającego, które nie były wyartykułowane w pierwszym wezwaniu albo były wyartykułowane w sposób enigmatyczny, chaotyczny czy też bardzo ogólnikowy, jednym słowem były to wątpliwości "uniemożliwiające" oferentowi prawidłowe wypełnienie obowiązku ustawowego wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 451/16).*

W niniejszym postępowaniu wezwanie Zamawiającego było precyzyjne i jasne – należało załączyć dowody na potwierdzenie parametrów oferowanych opasek na rękę – czego HRP nie zrobiło.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający zgodnie z art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP powinien odrzucić ofertę HRP, ponieważ HRP na dodatkowe/drugie wezwanie Zamawiającego nie udzieliła wyczerpujących wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, tj. nie uzasadniają, że zaoferowana opaska posiada czujnik bezruchu skalkulowany w cenie zaoferowanej przez HRP w ofercie.

Ad 4)

Odwołujący podnosi, że zarówno wskazane powyżej okoliczności w kwestii złożenia karty katalogowej producenta opasek, w której brak było informacji o tym, że opaska posiada czujnik bezruchu, jak również rozeznanie rynku w postaci analizy informacji znajdujących się na stronach Internetowych, dotyczących opaski oferowanej przez HRP tj. Novama Care Lifeband 4.1 wskazują na to, że przedmiotowa opaska nie posiada czujnika bezruchu.

Poniżej Odwołujący wskazuje linki do stron internetowych na których opisane są parametry wskazanej opaski, gdzie brak jest wyszczególnienia jako parametr czujnika bezruchu:

<https://novama.care/#>

The screenshot displays the Novama Care website. At the top, there is a navigation bar with the company logo and several menu items: SYSTEM NOVA CARE, OPASKA BEZPIECZEŃSTWA (highlighted), CENTRUM TELEOPIEKI, APLIKACJA MOBILNA, SKLEP, DLA SAMORZĄDÓW, BLOG, and KONTAKT. Below the navigation bar, there is a large image of the wristband with a list of features: 'Wytrzymała iypoateryczna opaska silikonowa' and 'Magnetyczny kabel ładujący, ułatwiający podpięcie ładowania, nawet osobom z ograniczeniami ruchu'. The main content area is titled 'Specyfikacja techniczna opaski bezpieczeństwa'. It contains a grid of technical specifications:

Specyfikacja techniczna opaski bezpieczeństwa	
Slot karty SIM	Nano Sim
Standard GSM	2G lub 4G
Połączenie głosowe	Wbudowany głośnik oraz mikrofon, zapewniają możliwość dwustronnej komunikacji głosowej
Certyfikaty	CE, wyrób medyczny
Czujniki i sensory	Pomiar zmiany ciśnienia, pulsu, temperatury, akcelerometr, GPS+LDS, pulsoksymetr, żyroskop
Bateria	600 mAh, Litowo-polimerowa
Czas działania	do 72h*
Czas ładowania	do ok. 2h

NOVAMA®

CARE

SYSTEM NOVA CARE

OPASKA BEZPIECZEŃSTWA

CENTRUM TELEOPIEKI

APLIKACJA MOBILNA

SKLEP

DLA SAMORZĄDÓW

BLOG

KONTAKT

Standard GSM

2G lub 4G

Połączenie głosowe

Wbudowany głośnik oraz mikrofon, zapewniają możliwość dwustronnej komunikacji głosowej

Certyfikaty

CE, wyrób medyczny

Komunikat

w języku polskim, dźwiękowe, wizualne, wibracyjne

Klasa szczelności

IP67

Ekran

1 calowy, 128x64px

Bateria

600 mAh, Litowo-polimerowa

Czas działania

do 72h\*

Czas ładowania

do ok. 2h

Ładowanie

Kabel zasilający USB 2.0 z mocowaniem magnetycznym










Obudowa

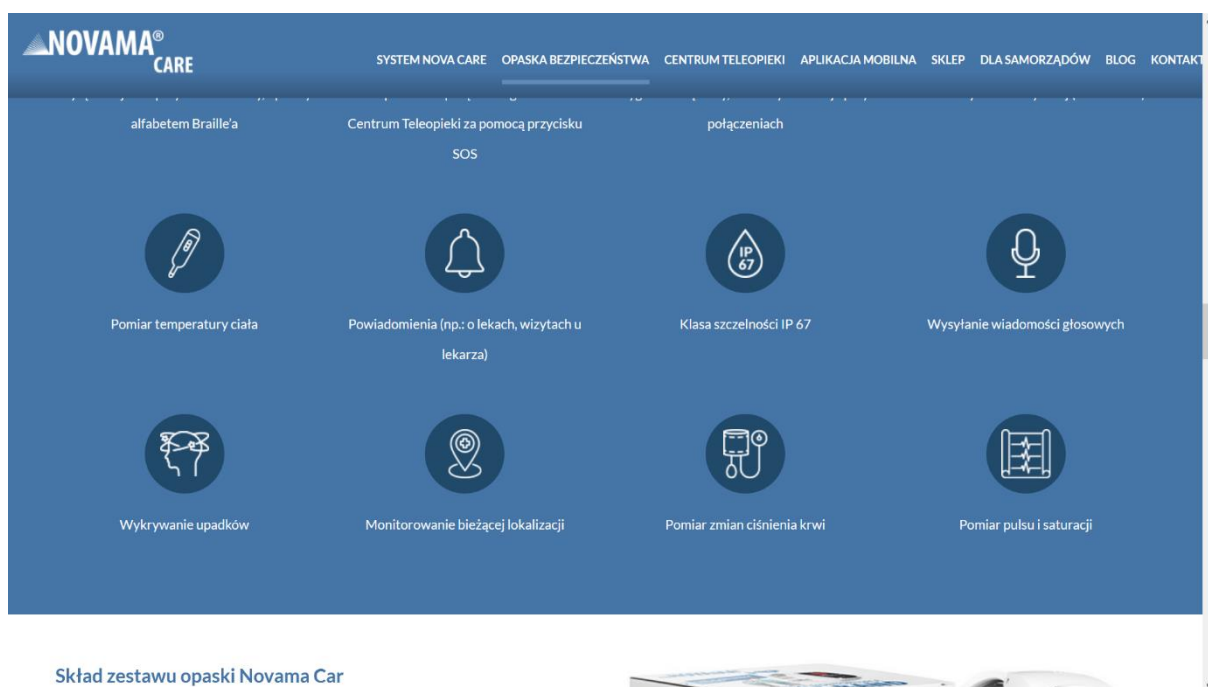
Poliwęglan (PC) + akrylonitryl-butadien-styren (ABS)

Pasek

Silikon + metalowa klamra, możliwość regulacji długości

\* czas działania uzależniony jest od wielu czynników jak np. częstotliwość przemieszczania się, lokalizacja, częstotliwość połączeń głosowych itp.

<div>  <div> <a href="#">SYSTEM NOVA CARE</a> <a href="#">OPASKA BEZPIECZEŃSTWA</a> <a href="#">CENTRUM TELEOPIEKI</a> <a href="#">APLIKACJA MOBILNA</a> <a href="#">SKLEP</a> <a href="#">DLA SAMORZĄDÓW</a> <a href="#">BLOG</a> <a href="#">KONTAKT</a> </div> </div>			
<p>* czas działania uzależniony jest od wielu czynników jak np. częstotliwość przemieszczania się, lokalizacja, częstotliwość połączeń głosowych itp.</p>			
Dostępne funkcjonalności opaski bezpieczeństwa:			
<div> <div>  <p>Wyłącznie jeden przycisk alarmowy, opisany alfabetem Braille'a</p> </div> <div>  <p>Bezpośrednie połączenie głosowe z Centrum Teleopieki za pomocą przycisku SOS</p> </div> <div>  <p>Sygnal dźwiękowy, wizualny i wibracje przy połączeniach</p> </div> <div>  <p>Pomiar aktywności fizycznej (krokomierz)</p> </div> </div>			
<div> <div>  <p>Pomiar temperatury ciała</p> </div> <div>  <p>Powiadomienia (np.: o lekach, wizytach u</p> </div> <div>  <p>Klasa szczelności IP 67</p> </div> <div>  <p>Wysyłanie wiadomości głosowych</p> </div> </div>			



<https://novama.tech/opaska-bezpieczenstwa/>

## Specyfikacja techniczna teleopaski \*

Slot karty SIM	Nano Sim
Standard GSM	2G
Połączenie głosowe	Wbudowany głośnik oraz mikrofon, zapewniają możliwość dwustronnej komunikacji głosowej
Klasa szczelności	IP67
Ekran	1 calowy, 128x64px
Czujniki i sensory	Pomiar ciśnienia, pulsu, temperatury, saturacji, zdjęcia opaski, upadku, lokalizacji
Bateria	600 mAh, Litowo-polimerowa
Czas działania	do 72h *Uzależniony od intensywności użytkowania
Czas ładowania	Ok. 2h

Czujniki i sensory	Pomiar ciśnienia, pulsu, temperatury, saturacji, zdjęcia opaski, upadku, lokalizacji
Bateria	600 mAh, Litowo-polimerowa
Czas działania	do 72h *Uzależniony od intensywności użytkowania
Czas ładowania	Ok. 2h
Ładowanie	Kabel zasilający USB 2.0 z mocowaniem magnetycznym
Obudowa	Poliwęglan (PC) + akrylonitryl-butadien-styren (ABS)
Pasek	Silikon + metalowa klamra

\*Dokładna specyfikacja urządzenia zależna jest od wybranej wersji opaski.

W celu uzyskania dokładniejszych informacji prosimy o kontakt z naszym biurem obsługi klienta +48 42 714 36 00

## Dostępne funkcjonalności teleopaski



## Dostępne funkcjonalności teleopaski



Pomiar ciśnienia krwi



Pomiar pulsu



Pomiar aktywności fizycznej



Pomiar saturacji



Wykrywanie upadków



Monitorowanie bieżącej lokalizacji



Wysyłanie wiadomości głosowych



Pomiar Temperatury ciała





Pomiar ciśnienia krwi

Pomiar pulsu

Pomiar aktywności fizycznej

Pomiar saturacji



Wykrywanie upadków



Monitorowanie bieżącej lokalizacji



Wysyłanie wiadomości głosowych



Pomiar Temperatury ciała



Bezpośrednie połączenie z numerem 112 za pomocą przycisku SOS



Sygnał dźwiękowy i wibracje przy połączeniach



Powiadomienia (np. o lekach, wizytach u lekarza)



Klasa szczelności IP 67 odporność na pyły oraz polewanie wodą



lokalizacji

głosowych

ciała



Bezpośrednie połączenie z numerem 112 za pomocą przycisku SOS



Sygnał dźwiękowy i wibracje przy połączeniach



Powiadomienia (np. o lekach, wizytach u lekarza)



Klasa szczelności IP 67 odporność na pyły oraz polewanie wodą



SKŁAD ZESTAWU  
TELEOPASKI:



Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że na stronach Internetowych znajduje się również opis parametrów opaski – karta katalogowa w wersji anglojęzycznej, z której również nie wynika, aby opaska posiadała czujnik bezruchu:

## Technical specifications of the teleband

<b>SIM card slot</b>	Nano Sim
<b>GSM standard</b>	2G
<b>Voice calls</b>	Built-in speaker and microphone provide two-way voice communication
<b>Protection rating</b>	IP66
<b>Screen</b>	1 inch, 128x64px
<b>Detectors and Sensors:</b>	Pressure, pulse, temperature, accelerometer, GPS+LDS, pulse oximeter, gyroscope
<b>Battery</b>	600 mAh, Lithium Polymer
<b>Operation time</b>	Up to 72 hours*
<b>Charging time</b>	Approx. 2 hours
<b>Charging</b>	Through USB 2.0 power cable with magnetic attachment
<b>Case</b>	Polycarbonate (PC) + Acrylonitrile Butadiene Styrene (ABS)
<b>Strap</b>	Silicone + metal buckle

\*operation time depends on numerous factors, such as frequency of movement, location, frequency of voice calls, etc.

Po przetłumaczeniu

Gniazdo karty SIM - Nano SIM

GSM standard - 2G

Połączenia głosowe - Wbudowany głośnik i mikrofon zapewniają dwukierunkową komunikację głosową

Ocena ochrony/klasa szczelności – IP 66

Ekran – 1 cal, 128x64px

Detektory i czujniki - ciśnienie, puls, temperatura, akcelerometr, GPS+LDS, pulsoksymetr, żyroskop

Bateria - 600 mAh, litowo-polimerowy

Czas operacji - Do 72 godzin

Czas ładowania - Około. 2 godziny

Ładowanie - Przez kabel zasilający USB 2.0 z mocowaniem magnetycznym

Obudowa - Poliwęglan (PC) + akrylonitryl-butadien-styren (ABS)

Pasek - Silikon + metalowa klamra

Jak wynika z powyższego można wywieść wniosek, że na dzień składania ofert, w cenie zaoferowanej w ofercie, w niniejszym postępowaniu przetargowym opaska HRP nie posiada czujnika bezruchu, tym samym, jeżeli koszt wyposażenia opaski we wskazany parametr nie został uwzględniony w cenie ofertowej to HRP złożyło ofertę z RNC. Tym samym oferta HRP jako zawierająca RNC w stosunku do przedmiotu zamówienia winna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP.

Odwołujący podnosi, że w jego ocenie brak uwzględnienia w kalkulacji wszystkich elementów/parametrów opaski stanowi o niedoszacowaniu kosztów wykonania przedmiotu umowy.

Reasumując Odwołujący wskazuje, że nieodtajnienie nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień RNC, przyjęcie trzecich wyjaśnień HRP, brak odrzucenia oferty HRP, przyjęcie oferty z RNC - narusza podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: *Oczywistym jest bowiem, że rażąco niska cena uderza w uczciwych, działających zgodnie z przyjętymi praktykami rynkowymi wykonawców, którzy rzetelnie wycenili swoją ofertę. Oferta zawierająca rażąco niską cenę naraża równocześnie zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia na niższym niż wymagany poziom jakości, ponieważ wykonawca na etapie realizacji umowy, szukając oszczędności, próbuje działać niezgodnie z wytycznymi SIWZ. To zaś może również skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, a niejednokrotnie koniecznością odstąpienia od umowy.*

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przytacza fragmenty Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2023 r. KIO 3583/2023: *Udzielenie przez przystępującego tego rodzaju odpowiedzi, które nie rozpraszają w wątpliwości wyrażonych przez zamawiającego i nie zawierają informacji, których udzielenia zamawiający żądał, nie może stanowić o prawidłowym wypełnieniu obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 p.z.p., co oznacza, że zaistniały jednoznaczne podstawy do odrzucenia oferty przystępującego zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. Na wstępie należy*

*zaznaczyć, że ustawodawca uregulował obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w dwóch normach - w art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w art. 224 ust. 6 p.z.p., który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Omawiane przepisy dopełniają się, ponieważ negatywna ocena wyjaśnień wykonawcy (art. 224 ust. 6 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na kanwie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Zatem sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego uregulowaną w art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 224 ust. 5 p.z.p. - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

*Celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. W ramach odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 p.z.p.), ponieważ brak właściwego udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. (...) Dalej Izba wskazuje, że podzieliła stanowisko odwołującego, iż w ustalonym stanie rzeczy zamawiający nie był uprawniony do kierowania do przystępującego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i przyjmuje za własną argumentację wskazaną w pkt IX str. 7-11 odwołania, w tym w szczególności, że przedstawienie przez przystępującego wyjaśnień bez jakichkolwiek dowodów powinno skutkować eliminacją tej oferty z przetargu, a nie kierowaniem drugiego wezwania (ponawiania wezwania w zakresie obowiązku złożenia właściwych dowodów, którego nie dopełniono). Mając na uwadze treść tego wezwania (vide str. 8 stanowiska procesowego przystępującego, utajnione przez zamawiającego wezwanie z dnia 28 września 2023 r. znajdujące się w aktach sprawy) wystosowanie drugiego wezwania doprowadziło do prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie składu orzekającego przystępujący zbagatelizował treść pierwszego i drugiego wezwania - których nie zakwestionował w ramach środków ochrony prawnej, nie formułował wobec nich wątpliwości i nie*

*wnioskował o doprecyzowanie, i był związany ich treścią - nie przedstawiając dowodów na pierwsze wezwanie i nie dokonując odpowiedzi na wszystkie wątpliwości zamawiającego zawarte w drugim wezwaniu. (...) Skład orzekający zaznacza, że to w interesie przystępującego było, aby złożone przez niego wyjaśnienia były wyczerpujące i niebudzące dalszych wątpliwości, a także poparte dowodami, których wymagał zamawiający. (...) W tej sytuacji, istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez zamawiającego, z uwagi na niewykazanie, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Startujące w przetargu podmioty są profesjonalistami, stąd składane przez nie wyjaśnienia powinny cechować się szczególną starannością.*

#### **Uzasadnienie odwołania - dotyczy Sidly Sp. z o.o.**

Z prowadzonej przez Zamawiającego z Sidly korespondencji w zakresie RNC wynika, że pismem z dnia 17 kwietnia 2024 roku Zamawiający wezwał Sidly do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC złożonej oferty. W odpowiedzi Sidly złożyło wyjaśnienia RNC (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) wraz z pismem przewodnim oraz oświadczeniem o objęciu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (pismo z dnia 24 kwietnia 2024 roku).

Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający ponownie wezwał Sidly do wyjaśnień w zakresie RNC pismem z dnia 25 kwietnia 2024 roku (drugie wezwanie do wyjaśnień RNC). W drugim wezwaniu do wyjaśnień RNC Zamawiający wezwał do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w postaci złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych – poprzez złożenie dowodów na potwierdzenie parametrów oferowanych opasek na rękę.

W odpowiedzi Sidly w dniu 29 kwietnia 2024 roku przesłało instrukcję urządzenia wraz z tłumaczeniem badań potwierdzających posiadana wodo/pyło- szczelność na poziomie IP 67, równocześnie wskazując, że wnosi o objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z uzasadnieniem przekazanym w piśmie przewodnim do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 24 kwietnia 2024 roku.

Odwołujący podnosi, że we wskazanym piśmie przewodnim Sidly dnia 24 kwietnia 2024 roku stanowiącym, jak Sidly wskazuje uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa RNC (uzasadnienie jest de facto od pkt 7 pisma – str. 5) znajduje się jedynie:

- 1) przytoczenie definicji informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ze wskazaniem genezy przedmiotowej regulacji prawnej

- 2) oświadczenie Sidly, że *zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2019 poz. 1010 ze zm.) informacje zawarte w Załączniku nr 1 do wyjaśnień z dnia 23 czerwca*
- 3) stwierdzenie, że: *Informacja w zakresie szczegółów kalkulacji usługi pozwala na zdobycie wiedzy na temat sposobów kształtowania cen Wykonawcy w podobnych usługach. Uzyskanie takiej wiedzy może skutkować składaniem klientom obecnym i przyszłym przez podmiot konkurencyjny wobec Wykonawcy ofert i zachwianiem pozycji Wykonawcy*
- 4) stwierdzenie, że: *Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu zachowania poufności informacji, zawartych w Załączniku nr 1 do wyjaśnień. W przedsiębiorstwie Wykonawcy wdrożone są odpowiednie procedury dotyczące zachowania bezpieczeństwa informacji (wewnętrzne regulaminy, procedury i dobre praktyki, indywidualne zobowiązania pracowników do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności) mające na celu ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a dostęp do ww. informacji ma ograniczony krąg pracowników Wykonawcy (dowody w części dowodów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, zawierają m.in. dane osobowe).*

Powyżej przytoczone treści w zasadzie wyczerpują udostępnione Odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Sidly i należy uznać, że są one zdecydowanie niewystarczające do uznania, że mamy do czynienia ze skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do twierdzenia, że *Informacja w zakresie szczegółów kalkulacji usługi pozwala na zdobycie wiedzy na temat sposobów kształtowania cen Wykonawcy w podobnych usługach. Uzyskanie takiej wiedzy może skutkować składaniem klientom obecnym i przyszłym przez podmiot konkurencyjny wobec Wykonawcy ofert i zachwianiem pozycji Wykonawcy* – Odwołujący wskazuje, że Sidly w żaden sposób nie wykazała w jaki sposób pozyskanie wiedzy o kalkulacji usług oferowanych przez Sidly może wpłynąć negatywnie na jego pozycję na rynku. Ponadto wskazane zdanie jest niepoparte żadnymi konkretnymi informacjami w zakresie wartości gospodarczej informacji. Podmioty konkurencyjne, co oczywiste składają swoje oferty i konkurują na rynku, a sama wiedza o kalkulacji ceny w przedmiotowym postępowaniu nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia kalkulacji cen przez innych wykonawców i składania przez nich ofert w innych postępowaniach. Co istotne takiej zależności w żaden sposób Sidly nie wykazała. Informacja o poziomie cen oferowanych przez Sidly jest ponadto znana konkurencji, ponieważ Sidly, Odwołujący i inne podmioty konkurują na rynku zamówień publicznych, gdzie oferowane ceny za dane usługi są jawne. Tym samym uzasadnienie *w odniesieniu do poziomu cen oferowanych przez Wykonawcę* jest bezpodstawne.

Odnosząc się do odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego, gdzie Sidly przesłało instrukcję urządzenia wraz z tłumaczeniem badań potwierdzających posiadana wodo/pyło- szczelność na poziomie IP 67 - wskazując, że wnosi o objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z uzasadnieniem przekazanym w piśmie przewodnim do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 24 kwietnia 2024 roku – Odwołujący wskazuje, że w ani jednym zdaniu uzasadnienia Sidly nie odniosła się do tego typu informacji technicznych dotyczących urządzenia.

Tym samym należy uznać, że przedmiotowe informacje w ogóle nie zostały objęte uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym winny podlegać ujawnieniu przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący wskazuje link do strony internetowej, na której znajdują się instrukcje opasek na rękę Sidly:

<https://sidly.eu/manual/instrukcjaCarePro.pdf>

Dodatkowo jako dowód Odwołujący dołącza do odwołania jedną z Instrukcji opaski na rękę umieszczonych w Internecie („nowszą”). Tym samym trudno jest uznać, że informacje techniczne dotyczące oferowanego urządzenia są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa skoro instrukcje opasek są umieszczane przez Sidly na stronach Internetowych.

Odnosząc się do przesłanki formalnej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazuje, że w żaden sposób nie zostało wykazane jej spełnienie przez Sidly.

Jak wynika z pisma Sidly, żaden regulamin, procedura, czy też inne regulacje np. w postaci wyciągów z umów z pracownikami, współpracownikami nie zostały załączone na potwierdzenie spełnienia przesłanki formalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie zostały nawet opisane w skonkretyzowany sposób. Brak jakiegokolwiek wskazania na konkretny dokument.

Odwołujący tym samym podnosi, że Wykonawca Sidly nie wykazał, aby zastrzeżone informacje stanowiły informacje, które spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał wartości gospodarczej informacji ani faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Sidly w nawet najmniejszym stopniu nie wykazała wartości przedmiotowych informacji (nie spełniając przesłanki materialnej pozwalającej na utajnienie informacji/dokumentów), jak również nie wykazała spełniania przesłanki formalnej tj. nie wykazała, iż informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, oraz że podjęła, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Informacje zawarte w piśmie przewodnim Sidly są zdecydowanie niewystarczające dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brak tu konkretnego wskazania jakie wartości posiadają informacje, oraz brak wykazania poprzez stosowne dokumenty (kopie, streszczenia, wyciągi z dokumentów) jakie działania zostały podjęte aby zachować je w poufności. Samo stwierdzenie Wykonawcy w tym zakresie należy uznać za niewystarczające.

Tym samym, zdaniem Odwołującego Zamawiający winien uznać, iż Wykonawca nie wykazał skutecznie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień RNC. Treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera stwierdzenia ogólne, które nie opisują przyczyn, dla których konkretne informacje zostały przez Wykonawcę Sidly uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Warunkiem koniecznym powodzenia utajnienia danych informacji w toku postępowania jest **faktyczne wykazanie** — iż rzeczywiście stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Z analizy orzecznictwa KIO wynika, iż niezwykle istotne jest wskazywanie na sposób ochrony tychże informacji przed dostępem osób trzecich, a nawet części pracowników danego przedsiębiorcy.

Jak stwierdziła Izba w wyroku KIO 2368/18 z 3 grudnia 2018 r. *„Skoro nałożenie na pracowników obowiązków zachowania informacji w poufności oraz niewykorzystywania ich nastąpiło w formie pisemnej, to obowiązkiem wykonawcy było załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia takich przykładowych pisemnych zobowiązań. Jest to tego rodzaju okoliczność, która w prosty sposób może (i w związku z tym powinna) być wykazana za pomocą dowodu. Nieprzedstawienie takiego dowodu, w sytuacji gdy jego załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia wymaga jedynie dokonania tzw. anonimizacji obciąża wykonawcę i czyni wyjaśnienia w tym zakresie mało wiarygodnymi”*.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Sidly brak jest jakiegokolwiek informacji o faktycznej wartości gospodarczej informacji, przyczynach ich poufności jak również podejmowanych środkach. Przedmiotowe stwierdzenia są bardzo lakoniczne, ogólnikowe i w zasadzie każdy mógłby je przytoczyć, tym samym nie uzasadniają zastrzeżenia informacji z wyjaśnieniami RNC, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykazanie przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa musi być spełnione łącznie – brak wykazania którejkolwiek implikuje konieczność uznania bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia i odtajnienia dokumentów.

Na poparcie powyższych twierdzeń Odwołujący przywołuje zacytowane w niniejszym odwołaniu w części ad 1 dotyczącej wykonawcy HRP wyroki KIO: KIO 827/17, KIO 837/17, KIO 838/17, KIO 9/20, KIO 11/20, KIO 2440/19.



Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Sidly jest całkowicie abstrakcyjne i ogólnikowe.

Reasumując, w zakresie wyjaśnień RNC, Sidly nie wykazała, nie udowodniła, że przekazywane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub są innymi informacjami, przedstawiającymi dla przystępującego wartość gospodarczą. Nie spełniła też przesłanek formalnych pozwalających na uznanie ich za takowe.

Analiza treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do oczywistego wniosku, że Sidly nie podołała obowiązkowi wykazania, że spełniona została przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca podaje wyłącznie gołosłowne argumenty, nie przedstawiając ani szczegółowego uzasadnienia, ani też żadnych dowodów na potwierdzenie podnoszonych przez siebie okoliczności.

Brak też wymaganego poparcia dowodami argumentacji o stosowanych zabezpieczeniach i podjętych działaniach w celu zachowania informacji w poufności. Nie ulega wątpliwości, że przetwarzane w tym zakresie twierdzenia winny być poparte stosownymi dowodami (zarządzenia, regulaminu, polityki bezpieczeństwa, umowy o poufności, klauzule poufności), które powinny zostać przywołane z konkretnej nazwy i daty - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje oraz winny być złożone w zakresie pozwalającym na wykazanie podnoszonych twierdzeń (wyciągi, kopie, streszczenia).

W zaistniałej sytuacji Zamawiający, jako gospodarz postępowania, winien zainterweniować, odtajniasz zastrzeżone informacje i udostępniasz informacje, które nie zostały zastrzeżone poprawnie.

Odwołujący zarzuca, iż Sidly nie zastrzegła prawidłowo tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając na uwadze, iż art. 11 ust. 2 u.z.n.k. wymaga łącznego spełnienia przesłanek do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazuje, co następuje: Sidly nie wykazało, iż przy zachowaniu należytej staranności, podjęło działania w celu utrzymania ich w poufności – w szczególności nie udokumentowało tej okoliczności z należyłą starannością dowodami, co przesądza o tym, iż nie wykazało, że takie środki poufności stosuje i że są one adekwatne do chronionych informacji. Potwierdzają to fragmenty wyroku (KIO 9/20, KIO 11/20) oraz wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2021 roku (KIO 1739/21), cytowane powyżej w zarzucie nr 1 dotyczącym wykonawcy HRP.

Argumentacja przedstawiona przez Sidly jest niezwykle lakoniczna, nie sposób z niej wywieść jakie informacje i dane są dla Wykonawcy tak istotne, że ich ujawnienie mogłoby niekorzystnie wpłynąć na jego działalność. Sidly nie wykazała w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych przez nią informacji miałyby negatywnie wpłynąć na możliwość skutecznego konkurowania z innymi wykonawcami na rynku usług tego typu.

Dokonując oceny skuteczności zastrzeganych informacji Zamawiający winien brać bowiem pod uwagę treść zastrzeżenia, a nie charakter informacji i danych, natomiast skutkiem niewystarczającego zastrzeżenia winno być wywiązanie się przez Zamawiającego z obowiązku odtajnienia informacji/dokumentów/danych.

Abstrahując pod powyższego, z ostrożności wskazujemy, że nie powinno zostać uznane za zasadne ewentualne stanowisko Zamawiającego, że zasada równego traktowania Wykonawców wymaga, aby zachować w tajemnicy zarówno informacje przekazane przez Odwołującego, jak też HRP. Zgodnie z orzecznictwem KIO: *Zamawiający nie może kierować się taką zasadą, gdyż to wyłącznie ocena dokonanego uzasadnienia wpływa na decyzję Zamawiającego co do uznania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.*

#### PODSUMOWANIE

Mając na uwadze sformułowane zarzuty i argumentację na ich poparcie, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zastrzega możliwość przedstawienia dodatkowej argumentacji oraz wskazania dalszych dowodów w piśmie procesowym lub w trakcie rozprawy

Z poważaniem,

#### Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 3) KRS Odwołującego;
- 4) dowód przekazania kopii odwołania;
- 5) Instrukcja opaski na rękę Sidly.