Sygn. akt: KIO 3303/20
KIO 3336/20

WYROK
z dnia 14 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 stycznia 2021 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020r. przez:

A. **wykonawcę TK Telecom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kijowska 10/12a**

B. **wykonawcę Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Kasprzaka 18/20**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Finansów Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 12**
przy udziale **wykonawcy Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Kasprzaka 18/20** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 3303/20 po stronie odwołującego
przy udziale **wykonawcy T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 3303/20 i KIO 3336/20 po stronie zamawiającego
przy udziale **wykonawcy TK Telecom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kijowska 10/12a** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 3336/20 po stronie zamawiającego

orzeka :

1A. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 3303/20 w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez: a) niewłaściwą ocenę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, udzielonych przez T- Mobile S.A. i uznanie, że wyjaśnienia te wraz ze złożonymi dowodami są wystarczające do wykazania, że wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile S.A. z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, b) zaniechania odrzucenia oferty T-Mobile S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a to z powodu nieuwzględnienia bądź zaniżenia niezbędnych kosztów świadczenia usług dotyczących zakupu urządzeń dedykowanych do tego projektu, zapewnienia medium, a nadto nieuwzględnienia kwot kar umownych związanych z awariami łączy **i oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**

1B. oddala odwołanie w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 3336/20 w całości,

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę TK Telecom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kijowska 10/12a i wykonawcę Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Kasprzaka 18/20** i:

2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 30 000zł. 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę TK Telecom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kijowska 10/12a i wykonawcę Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Kasprzaka 18/20** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **wykonawcę TK Telecom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kijowska 10/12a** na rzecz **wykonawcy T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12** kwotę 3 600zł.zł. gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 3303/20
KIO 3336/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie przez wykonawcę usługi transmisji danych na rzecz zamawiającego w lokalizacjach przez niego wskazanych oraz świadczenie usług towarzyszących" zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 127-310977 w dniu 3 lipca 2020 r.

W dniu 4 grudnia 2020r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty T-Mobile Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Sygn. akt KIO 3303/20

W dniu 14 grudnia 2020r. wykonawca TK Telecom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kijowska 10/12a – dalej odwołujący wniósł odwołanie. odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 maja 2018r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta zgodnie z reprezentacją ujawnioną w KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 14 grudnia 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia pełnej

treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami dotyczących wyliczenia ceny w postępowaniu przez T-Mobile S.A. tj. pisma T-Mobile S.A. z dnia 13 listopada 2020 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. la ustawy, z dnia 6 listopada 2020 r.
2. art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2020 r. nr 19130 („UZNK") przez uznanie, że informacje zawarte we wskazanych w pkt 1 oświadczeniach i dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa T-Mobile S.A., pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.
3. Art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. .1 i- ust. 3 ustawy w zw. z art, 91 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą jawności i przejrzystości oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać zweryfikowana przez odwołującego pod kątem wykazania przez T-Mobile S.A., że nie zaoferował rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, z uwagi na nieujawnienie i nieudostępnienie odwołującemu w całości treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny złożonych w postępowaniu, tj. pisma T-Mobile S.A. z dnia 13 listopada 2020 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy, z dnia 6 listopada 2020 r., pomimo, że T-Mobile S.A. nie wykazał, ze zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa wykonawcy, co stanowi również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile S.A. z uwagi na fakt, iż oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
a ponadto z ostrożności procesowej, w przypadku gdy Krajowa Izba Odwoławcza uzna, że termin wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniej biegnie od dnia zawiadomienia przez zamawiającego o dokonaniu tej czynności, bez względu na fakt nieujawnienia i nieudostępniania odwołującemu pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny złożonych w postępowaniu przez T-Mobile S.A., niezbędnych do zbadania i oceny oferty T-Mobile S.A pod kątem zaistnienia podstaw odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy:
4. art. 90 ust. 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez:
a) Niewłaściwą ocenę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, udzielonych przez T- Mobile S.A. i uznanie, że wyjaśnienia te wraz ze złożonymi dowodami są wystarczające do wykazania, że wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile S.A. z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
b) zaniechania odrzucenia oferty T-Mobile S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a to z powodu nieuwzględnienia bądź zaniżenia niezbędnych kosztów świadczenia usług dotyczących zakupu urządzeń dedykowanych do tego projektu, zapewnienia medium, a nadto nieuwzględnienia kwot kar umownych związanych z awariami łączy.
Wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. odrzucenia oferty T-Mobile S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, tj. z uwagi, iż oferta jest niezgodna z ustawą, oraz że jej złożenie z uwagi na niezasadne zastrzeżenie tajemnicy informacji jej dotyczących stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę tego żądania nr 2 nakazanie zamawiającemu:
3. odtajnienia i udostępnienia pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonych w postępowaniu przez T-Mobile S.A., tj. pisma z dnia 13 listopada 2020 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy;
a nadto, ewentualnie w przypadku, gdy Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględni zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia i udostępnienia odwołującemu pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami dotyczących wyliczenia ceny złożonych w postępowaniu
4. dokonanie ponownego badania i oceny wyjaśnień wykonawcy T-Mobile S.A. dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu;
5. odrzucenia oferty T-Mobile S.A. na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. przeprowadzenia ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych.
Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, a odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Złożone przez T-Mobile S.A. wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny nie zostały odwołującemu udostępnione, w związku z czym odwołujący nie mógł zweryfikować ich treści. Odwołujący w szczególności nie miał możliwości zweryfikowania pod kątem oferowania rażąco niskiej ceny oferty i zaistnienia podstaw odrzucenia oferty.
Z ostrożności podniósł, iż zamawiający dokonał wyboru oferty T-Mobile S.A., która powinna podlegać odrzuceniu wskutek niewykazania przez wykonawcę, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Odwołujący wskazał również na utrwaloną w praktyce orzeczniczej funkcję reklamacyjną i sygnalizacyjną, którą ma prawo wykonać odwołujący, a która ma na celu zapewnienie, aby postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami ustawy.1
Udostępnione odwołującemu wyjaśnienia T-Mobile S.A. w zakresie dotyczącym wyliczenia ceny obejmują jedynie ogólnikowe twierdzenia o tym, że zaoferowana cena pozwala na realizację przedmiotu zamówienia, uwzględnia wszystkie koszty z tym związane oraz że brak jest podstaw do uznania, że cena ta jest rażąco niska.
Dodatkowo, zamawiający udostępnił uzasadnienie objęcia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez T-Mobile S.A. ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, sprowadzające się przede wszystkim do przytoczenia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 UZNK oraz szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (z lat 2010-2013).
Odwołujący podniósł, że zaniechanie czynności udostępnienia żądanych dokumentów jest czynnością sprzeczną z ustawą. W ocenie odwołującego prawidłowa analiza informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach musi prowadzić do wniosku, że nie zawierają one informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i winny zostać udostępnione odwołującemu.
W ocenie odwołującego, jedyny powód zastrzeżenia tych informacji i brak ich ujawnienia przez zamawiającego, to chęć uniknięcia weryfikacji dokumentów przez konkurencję, ponieważ dokumenty te mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania. Takie przypuszczenie jest o tyle uzasadnione, że kwoty jaką zamawiający zamierzył przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przekroczyła kwotę 77 mln zł zaś oferta T- Mobile wynosiła niewiele ponad 8 mln zł co wskazuje na znaczne prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny (o czy mowa w pkt 2 poniżej).
Zasada jawności postępowania wyrażona w art. 8 ust. 3 ustawy jest naczelną zasadą, na której opiera się całe

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Realizuje ona konstytucyjną zasadę jawności działań podmiotów publicznych. Z tych względów, wszelkie wyjątki od tej zasady powinny być stosowane ze szczególną ostrożnością. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet wtedy, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co ewidentnie służyć ma wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji jego oferty .
Zgodnie z art. 8 ust 3 ustawy, wykonawca może zastrzec, że część informacji zawartych w ofercie nie może być udostępniona innym wykonawcom w przypadku, gdy są to informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK oraz pod warunkiem, że wykonawca wykaże ten fakt.
Stosownie do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się przy tym, że aby wykonawca skutecznie mógł powoływać się na tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, że informacje podlegające ochronie spełniają zarówno przesłanki formalne, jak i przesłanki materialne. Za przesłanki formalne uznaje się wykazanie okoliczności, że dana informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Natomiast przesłanka materialna polega na wykazaniu, że dana informacja jest informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą.
W kontekście obowiązku wykazania spełnienia tych przesłanek, podkreślenia wymaga, że nie jest wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w konkretnych okolicznościach, które mają charakter obiektywny i weryfikowalny, oraz powinny być poparte dowodami. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że sfomułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Zgodnie z orzecznictwem, „użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do "wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek nie tylko jako przedstawienie pełnej argumentacji, ale też "dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter, przy wykorzystaniu dostępnych wykonawcy środków dowodowych. Wszelkie odstępstwa od zasady jawności powinny być bowiem wykazane, co należy rozumieć, jako nie tylko uzasadnione, ale też, w przypadku, gdy rodzaj informacji na to pozwala, udowodnione. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, na dokonywanie zastrzeżeń informacji zawartych w ofertach, bez konieczności podjęcia uprzednich konkretnych działań zapewniających zachowanie ich poufności, co mogłoby prowadzić do złamania kolejnych zasad postępowania o dzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców".
Odnosząc to do analizowanego stanu faktycznego, za bezsporne zdaniem odwołującego uznać należy, że jedyne dowody, które T-Mobile przedstawił w celu wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK to „dokumenty potwierdzające stosowanie w przedsiębiorstwie wykonawcy rygorystycznych polityk bezpieczeństwa i zobowiązań nakładanych na pracowników i współpracowników wykonawcy w celu zachowania poufności istotnych dla wykonawcy" (str. 12, pkt 10 wyjaśnień), które również nie zostały udostępnione odwołującemu.
Odwołujący jednak uznał, że ww. dokumenty zostały przedstawione jedynie na okoliczność spełnienia jednej z trzech przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 UZNK, a mianowicie, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. T-Mobile w żaden sposób nie udowodnił spełnienia pozostałych przesłanek, w szczególności posiadania przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej.
Podkreślił, że brak udostępnienia dokumentów potwierdzających stosowanie w przedsiębiorstwie T-Mobile polityk bezpieczeństwa, pomimo braku uzasadnienia zastrzeżenia ich poufności świadczy o braku staranności zamawiającego i bezkrytycznym przyjęciu wyjaśnień T-Mobile, bez dokonania ich analizy pod kątem spełnienia przesłanek ich zastrzeżenia.
W doktrynie wskazuje się, że na gruncie UZNK, ochronie podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą, co oznacza, że wymóg posiadania wartości gospodarczej przez zastrzeżone jako tajemnica informacje stanowią element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacja posiadająca wartość gospodarczą musi być dla wykonawcy źródłem jakiś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów, co powinno być jednoznacznie wykazane (a nie jedynie wyjaśnione). Warunkiem sine qua non w ramach pierwszej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna .
Tymczasem, w złożonym przez T-mobile S.A. uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny brakuje wykazania (co należy odróżnić od wyjaśnienia) jaki negatywnych wpływ na działalność tego wykonawcy mogłoby mieć ujawnienie tych informacji. Nie wykazano również, wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a tylko takie informacje mogą podlegać ochronie.
W przedłożonym wyjaśnieniu zawarte jest tylko lakoniczne stwierdzenie, że „informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla T-mobile wartość gospodarczą. Zawierają one przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez T- Mobile. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej T-Mobile, gdyż ujawniają konkretne dane liczbowe, elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania oraz informację o podmiotach współpracujących z Wykonawcą".
T-Mobile upatruje wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji jedynie w tym, że „mają charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez T-Mobile". T- Mobile nie wykazał na czym polega unikalny charakter wyceny oferty, z jakich względów sposób kalkulacji oferty stanowi „know-how" i w jaki sposób ujawnienie tych wyjaśnień może „doprowadzić do przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami rynku". Idąc tym tokiem rozumowania, należałoby uznać, że każdy uczestnik rynku posiada własne „know-how" w zakresie

sporządzania wyceny ofert i w konsekwencji odmówić wykonawcom biorącym udział w postępowaniu jakiejkolwiek możliwości weryfikacji prawidłowości kalkulacji oferty.
Takie działanie stanowi naruszenie zasady jawności postępowania publicznego, co zresztą potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa" .
W jednym z wyroków , Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu odtajnić w całości wyjaśnienia wykonawcy dotyczące rażąco niskiej ceny, który powoływał się na ryzyko zachwiania równowagi konkurencyjnej wskutek ujawnienia wyjaśnień ceny wskazujących na politykę cenową wykonawcy, w tym oferowane upusty, rabaty oraz elementów kosztotwórcze z uwagi na brak wykazania, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. W ww. wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła m.in., że „ujawnienie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie konkretnej usługi w “konkretnym postępowaniu nie może być .automatycznie utożsamiane z ujawnieniem polityki cenowej wykonawcy (...) wykonawca nie wyjaśnił „w jaki sposób ujawnienie może spowodować utratę pozycji rynkowej wykonawcy (...), nie wykazał wyjątkowego czy unikalnego charakteru stosowanej polityki cenowej, której ewentualne ujawnienie konkurencji mogłoby go narazić na szkodę (...) nie wykazała istnienia związku przyczynowo skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą i nie uprawdopodobnił możliwości poniesienia takiej szkody".
Powyższe argumenty mają w pełni zastosowanie do wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez T- Mobile S.A. w postępowaniu.
T-Mobile S.A. powinien wykazać również istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji, a ewentualną szkodą oraz co najmniej uprawdopodobnić możliwość poniesienia tej szkody. W orzecznictwie przyjmuje się, że wykonawcy powinni wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody, przy czym możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona.
UZNK określa naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa jako czyn uzasadniający odpowiedzialność cywilnoprawną, a w pewnych okolicznościach, jako czy uzasadniający odpowiedzialność karną. Tym samym, kluczowe jest wykazanie szkody wynikającej z ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, czego w ocenie odwołującego, T-Mobile S.A. nie uczynił.
Na koniec odwołujący podkreślił, że ocena, czy wykonawca podjął odpowiednie działania mające na celu utrzymanie w poufności określonych dokumentów powinna być dokonywana przez pryzmat wymaganej od wykonawcy należytej staranności. Odpowiedni poziom tej staranności powinien być oceniany z uwzględnieniem przede wszystkim sytuacji określonego wykonawcy, w szczególności skali i formy prowadzonej przez niego działalności, specyfiku rynku i charakteru zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji. Tymczasem, argumenty przedstawione powyżej wskazują, że T-Mobile S.A. nie dochował należytej staranności w tym zakresie, zaś zamawiający nie przeprowadził badania i oceny wyjaśnień T-Mobile S.A. pod kątem spełnienia przez te wyjaśnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia poufności wyjaśnień jedyne w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości. Utrzymanie takiego zastrzeżenia stanowi rażące naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, także art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy.
Art. 90 ust. 2 ustawy stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Stosownie natomiast do art. 90 ust. 3 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Nie może budzić wątpliwości, że przedmiotem orzeczenia Izby w kontekście postawionego przez odwołującego zarzutu może być wyłącznie zbadanie prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na ocenie złożonych przez T-Mobile wyjaśnień i prawidłowość decyzji o braku odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Uwzględniając powyższe, rozstrzygnięcie postawionego zarzutu wymagać będzie odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę T-Mobile wyjaśnień, zamawiający był uprawniony do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska, jest realna i daje rękojmię rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia.
Skutkować to musi wnioskiem, że przedstawienie dowodów na okoliczność prawidłowości ceny musi nastąpić wyłącznie na etapie wyjaśnień składanych zamawiającemu, a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Wszelkie próby dowodzenia prawidłowości ceny w toku postępowania odwoławczego, z powoływaniem się na okoliczności niewskazane w wyjaśnieniach należy uznać za spóźnione. Postępowanie przed Izbą nie ma na celu dokonywania czynności, które wykonawca winien realizować w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i których ocena dokonywana jest przez zamawiającego, a efekt tej oceny podlega ewentualnie weryfikacji przez Izbę.
Zgodnie z art. 90 ust. la ustawy, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wystosowanie wezwania dla wykonawcy rodzi domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny, które mocą przepisu art. 90 ust. 2 ustawy zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Właściwa interpretacja norm zawartych w powołanych przepisach prowadzi do wniosku, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny winien przedstawić informacje i dowody na ich poparcie, na podstawie których zamawiający, w sposób niebudzący wątpliwości ma możliwość rozstrzygnięcia, że relacja kosztów realizacji zamówienia występujących u danego wykonawcy do ceny pozostaje na takim poziomie, że pozwala na wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę i osiągnięcie zysku. Wyjaśnienia muszą mieć zatem charakter wyczerpujący i odnosić się do warunków konkretnego wykonawcy, nie mogą zaś stanowić informacji ogólnych, które równie dobrze mogłyby charakteryzować każdego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.
Nie można również pomijać, że wolą ustawodawcy było, aby wyjaśnienia znalazły oparcie w przedłożonych dowodach.
Wymaga podkreślenia, że zamawiający nie jest uprawniony, w świetle powołanych przepisów, do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których T- Mobile nie opisuje własnej sytuacji i które pozostają nieudowodnione.

W postępowaniu w ocenie odwołującego mamy do czynienia z sytuacją, w której oferta T-Mobile S.A. jest niższa o prawie 90% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o prawie 49% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.
To skłania do wniosku, że istnieje znaczne prawdopodobieństwo złożenia przez T-Mobile S.A. oferty z ceną rażąco niską, co skutkuje koniecznością szczególnie ostrożnego podejścia do oceny złożonych wyjaśnień.
Tymczasem, analiza udostępnionej odwołującemu treści wyjaśnień skłania do wniosku, że okoliczności podane przez T-Mobile S.A. przestawione są na tyle ogólnie, wręcz szablonowo, że nie można zauważyć ich jakiegokolwiek związku z tym konkretnym postępowaniem o udzielnie zamówienia publicznego i zaoferowaną ceną.
„Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy, wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzoryczny i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia"
Wyjaśnienia ceny przedstawione przez T-Mobile S.A. zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (i nie zostały udostępnione odwołującemu), tym samym nie miał on możliwości zapoznania się z ich treścią i odniesienia się do wskazanych w nich czynników. Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący wnosi o weryfikację tych wyjaśnień przez Krajową Izbę Odwoławczą.
Odwołujący podniósł, że mimo zastrzeżenia przez T-Mobile S.A. jako tajemnice przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny, to jednak znajomość rynku (w tym ofert potencjalnych podwykonawców), a także analiza ofert składanych w innych postępowaniach, pozwala postawić zarzuty potwierdzające rażąco niski charakter zaoferowanej przez T-Mobile ceny.
W dniu 15 grudnia 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.
W dniu 18 grudnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania i wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla odwołującego, gdyż sam wniósł także odwołanie, a uwzględnienie obu odwołań spowoduje, że to oferta przystępującego będzie ofertą najkorzystniejszą. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 września 2020r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 18 grudnia 2020r.
W dniu 18 grudnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą i w jego interesie leży zachowanie tej pozycji, nadto w wyniku uwzględnienia odwołań mogłoby dojść do odtajnienia zastrzeżonych przez przystępującego informacji, które stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 lipca 2017r. przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 18 grudnia 2020r.
W dniu 8 stycznia 2021r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że
I.uwzględnia w całości zarzuty nr 1 i 2 odwołania oraz zarzut nr 3 odwołania w części dotyczącej naruszenia art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy a odnoszącej się do nieudostępnienia odwołującemu oświadczeń i dokumentów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu wykonawcy T-Mobile;
II.wnosi o oddalenie odwołania w pozostałej części, tj. w zakresie zarzutu nr 3 odnoszącego się do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy oraz w zakresie zarzutu nr 4;
III. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego.
W związku z faktem, że ceny ofert złożonych przez wykonawców TK Telekom oraz T-Mobile były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o co najmniej 30% niższe od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy wezwał wykonawców TK Telekom oraz T-Mobile do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:
1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177),
2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
W dniu 13 listopada 2020 r. wykonawca T-Mobile złożył pismo pt. „Odpowiedź na wezwanie”, w którym przedstawił wyjaśnienia w przedmiocie zaoferowanej przez niego ceny ofertowej, przedstawił kalkulację kosztów wraz załącznikami, jak również dołączył wyciągi z procedur wewnętrznych dotyczących ochrony informacji oraz zobowiązanie do zachowania poufności. Powyższe dokumenty – w przeważającej części – zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Również w dniu 13 listopada 2020 r. odpowiedź na wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny przedstawił wykonawca TK Telekom. Podobnie jak T-Mobile, przeważająca część wyjaśnień została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy.
Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia wykonawców. Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty, a jako ofertę najkorzystniejszą wybrał w dnu 4 grudnia 2020 r. ofertę wykonawcy T-Mobile.
W dniu 14 grudnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy TK Telekom sp. z o.o.
W celu uniknięcia wszelkich wątpliwości zamawiający wyjaśnił, że w niniejszej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty odwołującego odnoszące się do nieujawnienia odwołującemu wyjaśnień przystępującego w przedmiocie rażąco

niskiej ceny (pismo przystępującego z dnia 13 listopada 2020 r. wraz z załącznikami), w związku z czym zamawiający unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, udostępni odwołującemu odtajnione dokumenty dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu, a następie ponownie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie uwzględnia tych zarzutów odwołania, w których odwołujący zarzuca zamawiającemu błędną ocenę wyjaśnień ceny ofertowej przystępującego, istnienie w ofercie przystępującego rażąco niskiej ceny, czy też błędny wybór (z uwagi na rzekomo występującą w ofercie przystępującego rażąco niską cenę) oferty najkorzystniejszej. Ponadto zamawiający zwraca uwagę, że odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odtajnienia dokumentów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu i żądał w odwołaniu udostępnienia dokumentów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W związku z powyższym zamawiający, uwzględniając odwołanie, udostępni odwołującemu pismo przystępującego z dnia 13 listopada 2020 r. (tj. wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny) oraz kalkulację kosztów wraz z załącznikami (stanowiące załącznik do pisma z dnia 13 listopada 2020 r.). Zamawiający nie udostępni odwołującemu wyciągów z procedur wewnętrznych dotyczących ochrony informacji oraz zobowiązanie do zachowanie poufności (również stanowiące załącznik do pisma przystępującego z dnia 13 listopada 2020 r.). Zamawiający wychodzi z założenia, że nie są to dokumenty odnoszące się do „wyliczenia ceny lub kosztu" (nie są zatem objęte zarzutami i wnioskami odwołania), stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, a ponadto składane są w celu wykazania przez przystępującego, że przystępujący utrzymuje w tajemnicy informacje zastrzeżone przez niego w postępowaniu (a co za tym idzie – że dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Nie odnoszą się one natomiast do merytorycznej zawartości oferty przystępującego i jako takie są zbędne dla weryfikacji (np. pod kątem zgodności oferty z SIWZ lub istnienia ceny rażąco niskiej) prowadzonej przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.
W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny zamawiający powołał jako dowód:
-ogłoszenie o dialogu technicznym poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zapewnienie infrastruktury sieciowej i transmisji danych pomiędzy wszystkimi elementami sieciowymi i modułami NKSPO;
-protokół dokumentujący czynności podjęte w ramach dialogu technicznego.
Przystępujący T-Mobile wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania TK Telekom sp. z o.o. w zakresie wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 stycznia 2021 r. Jednocześnie podtrzymał żądanie zgłoszone w przystąpieniu do odwołania TK Telekom sp. z o.o. w przedmiocie jego oddalenia.
Przystępujący podniósł, że dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób prawidłowy - jednoznacznie oznaczając te informacje, które objęte są klauzulą poufności (wykonawca nie zastrzegł całego dokumentu, a tylko jego odpowiedni fragment i załączniki), przekazując je w sposób uniemożliwiający osobom niepowołanym zapoznanie się z ich treścią oraz wykazując spełnienie przez nie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Przystępujący poczynił również odpowiednie zastrzeżenie o objęciu informacji klauzulą poufności oraz załączył dowody potwierdzające stosowanie w przedsiębiorstwie T-Mobile procedur ochrony informacji, wykazując tym samym zasadność poczynionego utajnienia.
Informacje zawarte w wyjaśnieniach wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla wykonawcy wartość gospodarczą. Jak już wyżej wskazywano, zastrzeżona część wyjaśnień przedstawia szczegółowe informacje dotyczące sposobu wyceny kosztów oraz okoliczności wpływających na ich wysokość. Ponadto załączniki do wyjaśnień ujawniają informacje dotyczące relacji i warunków handlowych. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej T-Mobile, gdyż ujawniają elementy mające korzystny wpływ na cenę. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez odwołującego szkody i grozi naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyjaśnieniach ceny wykonawca zaprezentował opracowywany i udoskonalany przez lata schemat kalkulacji ceny oferty, jego ujawnienie może mieć znaczący wpływ na dalsze funkcjonowanie wykonawcy na rynku zamówień publicznych. Wobec tego zamawiający (pierwotnie) słusznie uznał poufność zastrzeżonych informacji.
W przedmiotowym stanie faktycznym zastrzeżone zostały przez T-Mobile informacje odnoszące się do podstawowych czynników wpływających na oferowaną cenę, szczegółowego modelu wyceny projektu, kalkulacji ceny ofertowej, dowodów w postaci ofert handlowych, faktur, korespondencji z podmiotami prywatnymi. Dane zawarte w wyjaśnieniach ceny obrazują sposób kalkulacji ceny - przyjęte w tym celu stawki, operują konkretnymi danymi wskazującymi na sposób pozyskiwania zasobów służących wykonywaniu działalności, obrazują nie tylko ceny przyjęte w kalkulacji na użytek konkretnego postępowania, ale także stosowaną marżę oraz źródła pozyskiwania zasobów, które służą nie tylko realizacji konkretnego zamówienia, ale wiążą się z działalnością operacyjną wykonawcy. Nie może w ocenie przystępującego budzić wątpliwości fakt, że te dokumenty w zakresie w jakim ujawniają szczegółowe informacje dotyczące czynników cenotwórczych, wysokości kosztów, sposobu realizacji zamówienia (które nie były wymagane w takim stopniu szczegółowości na etapie składania ofert) oraz informacje o wysokości otrzymywanych ofert handlowych i podmiotach z którymi wykonawca współpracuje stanowią informacje wrażliwe dla wykonawcy. W orzecznictwie KIO i praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, utrwalił się pogląd co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera listę czynników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu Wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, w szczególności zaś kalkulacji i ofert handlowych załączanych do wyjaśnień - tytułem przykładu wskazuję na wyrok Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r., sygn, akt: KIO 1618/18. Wykonawca poza szczegółowym wyjaśnieniem, dlaczego zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa T-Mobile, wprost wskazał na dokumenty potwierdzające, że zostały podjęte stosowane środki mające na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności. Uczestnik postępowania wyjaśnił, iż w jego przedsiębiorstwie obowiązują procedury mające na celu ochronę objętych klauzulą poufności, czego dowodem są wyciągi z wewnętrznych procedur dotyczących ochrony informacji - rygorystycznych polityk bezpieczeństwa obowiązujące u uczestnika postępowania i zobowiązań nakładanych na pracowników i współpracowników w celu zachowania poufności informacji, w tym dotyczących wycenianych i składanych ofert. Posiadane przez zamawiającego informacje oraz obiektywna analiza charakteru zastrzeżonych przez T-Mobile informacji były wystarczające dla zakwalifikowania tychże jako tajemnicy przedsiębiorstwa uczestnika postępowania.
Złożone przez T-Mobile uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień ceny niejednokrotnie było już przedmiotem badania Krajowej Izby Odwoławczej. Ujawnienie informacji dotyczących wysokości i struktury ponoszonych kosztów narusza interes Uczestnika postępowania związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how T-Mobile w zakresie wyceny kosztów realizacji danego przedmiotu zamówienia wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny lub sprawną i należytą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi

uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu wykonawcy.
Zastrzeżone informacje w zakresie kalkulacji ceny stanowią całość i nie jest możliwe ujawnienie ich fragmentu bez narażenia uczestnika postępowania na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić uczestnikowi postępowania uprawnienia do objęcia tych informacji ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Na bezzasadność argumentacji odwołującego wskazuje również fakt, iż TK Telekom dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa tych samych informacji - TK Telekom zastrzegł całość wyjaśnień ceny. w tym Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podkreślił, że „sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzić ich wartość gospodarczą. ", o czym zdaje się zapominać formułując zarzuty odwołania. Pomimo przedstawionego w wyjaśnieniach ceny TK Telekom stanowiska, odwołujący kwestionuje wartość gospodarczą zastrzeżonych przez T-Mobile wyjaśnień, pomimo, że zastrzeżenie dotyczy tego samego rodzaju informacji, które zostały zastrzeżone przez odwołującego. T-Mobile traktuje zastrzeżone informacja jako poufne, więc zgodnie ze stanowiskiem odwołującego wyrażonym w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączonym do wyjaśnień ceny z dnia 13 listopada 2020 r., informacje te posiadają wartość gospodarczą.
Odwołujący wskazał, że celem T-Mobile było uniknięcie weryfikacji dokumentów przez konkurencję, przy czym nie ulega wątpliwości, że analogiczny cel przyświecał wszystkim wykonawcom, w tym odwołującemu, który analogicznie jak T-Mobile zastrzegł całość kalkulacji. Przedmiotowe zamówienia, ze względu na jego zakres i przedmiot jest dosyć innowacyjne. Wymagało zastosowania niestandardowych, dedykowanych urządzeń. Wobec tego wszelkie informacje dotyczące kalkulacji ceny oferty mają ogromne znaczenie dla wykonawców z sektora telekomunikacyjnego. Z uwagi na to, że przedmiot zamówienia wskazuje, że w przyszłości będą pojawiały się analogiczne postępowania, każda informacja mogąca wpłynąć na możliwość obniżenia kosztów realizacji zamówienia jest dla wykonawców bardzo istotna. Z tego względu nie sposób odmówić tym informacjom wartości gospodarczej i znaczenia dla funkcjonowania T-Mobile na rynku usług telekomunikacyjnych. Ujawnienie tych informacji może narazić Uczestnika postępowania na znaczące szkody związane z udziałem w kolejnych postępowaniach o analogicznym przedmiocie zamówienia.
Przedstawiona powyżej argumentacja jednoznacznie potwierdza, że Wykonawca prawidłowo wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający nie miał podstaw, aby zastrzeżenie to uznać za nieskuteczne. Obiektywna analiza charakteru zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji była zatem wystarczające dla zakwalifikowania tychże jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy.
Mając na uwadze, że w dniu 8 stycznia 2020 r. zamawiający uwzględnił odwołania TK Telekom w zakresie zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa należy wskazać, że działanie to stanowi o stosowaniu przez zamawiającego podwójnych standardów. Wyjaśnienia ceny w postępowaniu składało 3 wykonawców. Każdy z nich zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa min. szczegółową kalkulację ceny oferty (przy czym zgodnie z informacją zamieszczoną w udostępnionej T-Mobile części wyjaśnień złożonych przez odwołującego - niespełna 1 strona - Odwołujący jako jedyny „utajnił całość pisma, jaką zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa"). Pomimo, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy każdego z wykonawców było zbliżone, zamawiający zdecydował się odtajnić jedynie wyjaśnienia złożone przez T-Mobile.
Na rozprawie odwołujący TK Telecom cofnął zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy jako przedwczesny i bezzasadny.
Sygn. akt KIO 3336/20
W dniu 14 grudnia 2020r. odwołanie wniósł wykonawca Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 września 2020r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 grudnia 2020r.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty TMobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty TK TELEKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3) art. 90 ust. 1-3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez uznanie za wystarczające wyjaśnienia złożone przez T-Mobile Polska S.A., że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;
4) art. 90 ust. 1-3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez uznanie za wystarczające wyjaśnienia złożone przez TK TELEKOM Sp. z o.o., że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;
5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A., jako niezgodnej z SIWZ, z uwagi na to, że oferta T-Mobile Polska S.A. nie obejmowała swoim zakresem całości przedmiotu zamówienia;
6) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty TK TELEKOM Sp. z o.o., jako niezgodnej z SIWZ, z uwagi na to, że oferta TK TELEKOM Sp. z o.o. nie obejmowała swoim zakresem całości przedmiotu zamówienia;
7) art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy T-Mobile Polska S.A., która podlega odrzuceniu.
Wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia oraz powtórzenia czynności oceny ofert,
- odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. ,
- odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TK TELEKOM Sp. z o.o.,
- ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
Ewentualnie – jeśli Izba nie podzieli argumentacji w powyższym zakresie – zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i jednocześnie wnoszę o unieważnienie dokonanych do tej pory czynności zamawiającego związanych z dokonanym wyborem oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.
Odwołujący wskazał, że został naruszony interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie przez niego szkody z uwagi na brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji możliwą utratę korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględniania niniejszego odwołania, oferta odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą, co umożliwi uzyskanie przedmiotowego zamówienia.
W sytuacji zaś, gdy niniejsze postępowanie zostałoby przez Izbę unieważnione, co stanowi ewentualne żądanie niniejszego odwołania, Odwołujący będzie mógł ponownie ubiegać się o udzielenie tego samego przedmiotowego

zamówienia w innym, prawidłowo prowadzonym postępowaniu i także może to zamówienie uzyskać.
Odwołujący wniósł także na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy o wyłączenie jawności rozprawy w całości z uwagi na możliwość ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, zawartych w dokumentach przywoływanych w niniejszym odwołaniu oraz znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiących dowody w sprawie, co do których odwołujący zastrzegł w postępowaniu, iż nie mogą one być udostępniane.
Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający, w sytuacji gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty lub kosztu.
Zastosowanie powołanej procedury jest czynnością zamawiającego, od której w przypadku podejrzenia złożenia chociażby części składowych ceny z rażąco niską ceną odstąpić nie może.
W pierwszej kolejności odwołujący bazując na orzecznictwie przeprowadził analizę pojęcia "rażąco niska cena".
Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy „W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia". Wartość zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na kwotę: 62.864.266,80 zł netto (co po uwzględnieniu podatku od towarów i usług daje kwotę: 77.323.048,16 zł brutto).
W postępowaniu złożono trzy oferty, których ceny wynoszą:
a) oferta TK TELEKOM: 11.345.212,52 zł brutto,
b) oferta T-Mobile: 8.029.440,00 zł brutto,
c) oferta odwołującego: 28.260.480,00 zł brutto.
Zdaniem odwołującego nie budzi wątpliwości, że ceny wszystkich złożonych ofert są niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług. Jednak sytuacja przedstawia się inaczej, jeśli oceniać ją przez pryzmat drugiej przesłanki wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czyli średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu wynosi ona: 15.878.377,51 zł brutto. W odniesieniu do tej średniej, w odróżnieniu od ceny oferty odwołującego, która jest wyższa o 77,98%, oferty złożone przez T-Mobile i TK TELEKOM zawierają ceny niższe odpowiednio o 50,57% i 28,55%.
Z powyższego wynika, że wartość zamówienia powiększona o podatek VAT w porównaniu do tej średniej arytmetycznej wydaje się przeszacowana. Z tego też względu wartość zamówienia nie może być uznana za miarodajną i stanowić podstawy domniemania złożenia przez wykonawcę oferty z rażąco niską ceną. Jak można domniemywać, szacunek wartości zamówienia uwzględniał także prawo opcji, z którego zamawiający, na dalszym etapie postępowania zrezygnował. Nie zmienia to jednak w żadnej mierze faktu, iż ceny zaoferowane przez obydwu wykonawców: T-Mobile i TK TELEKOM są rażąco niskie.
W tym przypadku jedynie oferta złożona przez odwołującego zawiera cenę rynkową, pozostałe dwie oferty zawierają ceny rażąco niskie oderwane od warunków rynkowych. Ceny ofert złożonych przez T-Mobile i TK TELEKOM są niższe od ceny oferty odwołującego odpowiednio aż o 71,59% i 59,85%. Odwołujący podniósł, iż wartość wadium żądanego w niniejszym postępowaniu wynosiła 2.000.000,00 zł. Wartość ta stanowi niemalże 25% wartości ceny brutto oferty wybranej jako najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę T-Mobile. Nie sposób przejść nad relacją pomiędzy tymi kwotami do porządku dziennego, zdając sobie dodatkowo sprawę także i z tego, że wartość żądanego wadium nie może przekroczyć 3% wartości zamówienia. Opisana wyżej sytuacja budzi uzasadnione podejrzenia, że zarówno wykonawca TMobile, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jak i drugi w kolejności wykonawca TK TELEKOM, nie będzie w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę. Według najlepszej wiedzy odwołującego nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę zaproponowaną przez TK TELEKOM, a tym bardziej przez T-Mobile. Ceny tych ofert są niższe niż ponoszone koszty, co skutkuje tym, że wykonawca nie osiągnie zysku, a wręcz poniesie straty. W niniejszym postępowaniu zamawiający w dniu 6 listopada 2020 r. wezwał, zarówno wykonawcę T-Mobile Polska S.A., jak i wykonawcę TK TELEKOM Sp. z o.o., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień, w tym do przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia elementów oferty. Powyższe postępowanie zamawiającego ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Po pierwsze, wezwanie wykonawcy do wyjaśnień elementów ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.
Wykonawca, składając żądane przez zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest to domniemanie obalić, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że na zaoferowaną cenę jest w stanie zrealizować zamówienie. Natomiast po stronie zamawiającego znajduje się obowiązek zweryfikowania, czy wyjaśnienia są wystarczające i poparte wiarygodnymi dowodami. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający zobligowany jest odrzucić ofertę, zarówno w sytuacji niezłożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, jak i w przypadku złożenia wyjaśnień niepotwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Na opisane powyżej skutki wezwania do wyjaśnień ceny Izba zwróciła uwagę w szeregu orzeczeń, m.in. w wyroku z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2242/10.
W opinii odwołującego, zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez T-Mobile i TK TELEKOM, uznając te wyjaśnienia za wystarczające. Z udostępnionego odwołującemu protokołu przedmiotowego postępowania wynika, że wykonawcy T-Mobile Polska S.A. oraz TK TELEKOM Sp. z o.o., przedstawili zamawiającemu w wyznaczonym terminie wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożonej przez siebie oferty.
Ze względu na objęcie przez wykonawców swoich wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, nie można bezpośrednio odnieść się do treści ich części niejawnej. Niemniej, nawet z jawną częścią wyjaśnień trudno nie polemizować. Obaj wykonawcy podkreślają, że brak jest podstaw do uznania, że ceny ich ofert są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, że oferty uwzględniają wymagania SIWZ, są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia i obejmują wszystkie koszty związane z realizacją usługi. T-Mobile dodatkowo wskazuje, że oszacowana przez niego cena oferty umożliwia również osiągnięcie zysku, podkreśla, że zaoferowana cena jest ceną rynkową i realną, która uwzględnia wszystkie niezbędne elementy, w tym marżę.
Niezależnie od utajnienia merytorycznej części wyjaśnień złożonych przez T-Mobile oraz TK TELEKOM, odwołujący sto na stanowisku, iż posiadana przez niego wiedza m.in. o najistotniejszych elementach składowym ceny oferty konkurenta, pozwala na sprecyzowanie, jakimi konkretnie wadami mogą być obarczone jego wyjaśnienia, przez zidentyfikowanie

potencjalnych obszarów, w których kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody na jej poparcie niewystarczające.
Zdaniem odwołującego, głównym czynnikiem wpływającym na rozbieżność pomiędzy wartością złożonych ofert a wartością zamówienia szacowaną przez zamawiającego jest fakt, że w toku postępowania przetargowego zamawiający zrezygnował z części zamówienia opisanego jako opcja (modyfikacja SIWZ z dnia 31 lipca 2020 r.). Mimo zmniejszonego zakresu, istnieje minimalny poziom kosztów, który każdy z wykonawców musi ponieść, aby zrealizować przedmiotowe zamówienie, niezależnie od sytuacji w jakiej się znajduje ani od sposobu realizacji zamówienia jakie przyjął. Wyłączenie z przedmiotu zamówienia zakresu opcjonalnego nie oznacza, że zniknęła potrzeba rozbudowy systemu w przyszłości, a jedynie przeniesienie tej części zamówienia do innego postępowania przetargowego. Bezsporny jest również fakt, że wykonawca, który uzyska zamówienie będące przedmiotem niniejszego odwołania będzie miał przewagę konkurencyjną w przypadku zamówienia obejmującego rozbudowę dostarczanego systemu. Z uwagi na powyższe, obiektywnie istnieje duża pokusa u wykonawców, aby zaniżyć koszty oferty w ramach niniejszej procedury przetargowej i zrekompensować je w kolejnym zamówieniu. Działanie takie, nie dość, że nieracjonalne – dodatkowo spełnia przesłanki do uznania je za sprzeczne z prawem oraz dobrymi obyczajami. Z uwagi zaś na okoliczność, iż jednocześnie nie tylko zagraża, ale wręcz narusza interes odwołującego oraz zamawiającego, działanie takie mieści się w pojęciu czynu nieuczciwej konkurencji, definiowanym przez pryzmat przepisu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 1913). Faktycznie spełnione są przesłanki do uznania, iż działanie takie mieści się w hipotezie normy prawnej zawartej w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż polega w konsekwencji na próbie świadczenia usług poniżej kosztów ich świadczenia. Działanie takie jest oczywiście działaniem nagannym, zabronionym przez prawo.
Odwołujący podkreślił, że część kosztów wykonawcy stanowią koszty zakupu sprzętu awaryjnego niezbędnego do zapewnienia ciągłości pracy w ramach rygorystycznego poziomu SLA. Ceny oferty T-Mobile oraz oferty TK TELEKOM prawdopodobnie nie uwzględniają konieczności zakupu sprzętu w przypadku awarii, które ze swojej natury są nieprzewidywalne albo też przewidziana ilość nie gwarantuje ciągłości świadczenia usług. Zauważył przy tym, że przeniesienie tych kosztów do innych zamówień nie jest dopuszczalne, gdyż są one bezpośrednio związane z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego. W związku z tym każdy wykonawca, aby nie ponieść strat w toku realizacji zamówienia, musiał uwzględnić koszt zakupu sprzętu awaryjnego, co uczynił odwołujący w swoich wyjaśnieniach (por. Tabela nr 1 Wyjaśnień odwołującego - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA).
Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność możliwości wykorzystania do realizacji przedmiotowego zamówienia sprzętu używanego (zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie zastrzegł, że instalowane urządzenia mają być fabrycznie nowe). Niemniej jednak należy podkreślić, że sprzęt używany również kosztuje, a rygorystyczne wymagania SLA sprawiają, że w cenie należy uwzględnić także dość istotne koszty usług serwisowych oraz tzw. „goldenbox'ów" (tj. sprzętu zapasowego). Odwołujący nie ukrywa, że również rozważał zastosowanie używanego sprzętu, lecz po dokonanej analizie i porównaniu kosztów doszedł do wniosku, że koszt wykorzystania w realizacji przedmiotowego zamówienia sprzętu używanego będzie większy aniżeli użycie nowego sprzętu, dlatego też odwołujący w cenie swojej oferty uwzględnił nowy sprzęt.
Z powyższego wynika, iż ceny przedstawione przez T-Mobile i TK TELEKOM są rażąco niskie i nie pozwalają na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ bez ponoszenia straty. Tym samym jakiekolwiek wyjaśnienia tych wykonawców nie mogłyby być wystarczające do uznania, iż wskazana w nich cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji.
W dalszej kolejności odwołujący uważa za zasadne zbadanie, czy wykonawca T-Mobile oraz wykonawca TK TELEKOM znajdują się w wyjątkowo sprzyjającej sytuacji, w wyjątkowo korzystnych warunkach wykonywania zamówienia dostępnych dla niego, czy ta sytuacja oraz zaplanowana metoda wykonania zamówienia, zaprojektowanych rozwiązań technicznych, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy w wystarczającym stopniu usprawiedliwia powstałe wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.
Zdaniem odwołującego wykonawcy ci nie mogli wykazać, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem zaoferowane ceny nie są wyrazem indywidualnych (właściwych jedynie T-Mobile, czy też TK TELEKOM) możliwości wykonawcy, jego potencjału, doświadczenia, metod organizacyjnych i kontaktów handlowych.
Przeciwnie, można przytoczyć szereg podobieństw pomiędzy tymi spółkami i odwołującym co do samej organizacji przedsiębiorstwa, struktur, prowadzonej działalności czy udziału w rynku usług telekomunikacyjnych.
Podsumowując, w przekonaniu odwołującego ani T-Mobile ani też TK TELEKOM nie mogli wykazać bardziej sprzyjających warunków wykonywania zamówienia im dostępnych w stosunku do odwołującego. Obowiązujące u nich standardy postępowania przy kalkulacji ceny, ze względu na porównywalność organizacyjną wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu, nie cechuje jakaś szczególna indywidualność, która jest właściwa tylko jednemu z nich. Raczej z uwagi na zbliżony poziom potencjału przedsiębiorstw oraz podobną organizację odwołujący wskazał na ich porównywalność.
Dodatkowo, gdyby nawet standardy postępowania przy kalkulacji ceny były niepowtarzalne (czemu odwołujący zaprzecza), wykonawcy T-Mobile i TK TELEKOM musieliby wykazać i udowodnić, że ich polityka kalkulacyjna jest bardziej efektywna od polityki odwołującego oraz w jakim stopniu tak jest, a także w jakim wymiarze finansowym mogły one wpłynąć na tak znaczna różnicę w wysokości ceny oferowanych przez niego poszczególnych rozwiązań.
Ocena całokształtu okoliczności sprawy związanych z wiarygodnością i rzeczowością wyjaśnień udzielonych przez T-Mobile i TK TELEKOM w przedmiocie jego indywidualnych możliwości i okoliczności zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia uzasadnia zdaniem odwołującego zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wobec powyższego, odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy T-Mobile oraz oferta wykonawcy TK TELEKOM zawierają cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlegają odrzuceniu. Konsekwencją przedstawionej powyżej argumentacji musi być także wniosek, iż oferty złożone przez T-Mobile oraz TK TELEKOM nie są zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Gdyby bowiem przyjąć, że wykonawcy ci skalkulowali swoje oferty uwzględniając rzeczywiste koszty jakie poniosą w trakcie realizacji zamówienia, to sporządzając ofertę nie mogli uwzględnić wszystkich elementów przedmiotu zamówienia wskazanych przez zamawiającego.
Mając na względzie powyższe, odwołujący stwierdził, iż oferty złożone przez T-Mobile i TKTELEKOM zawierają rażąco niską cenę albo nie obejmują całego zakresu przedmiotu zamówienia.
Odwołujący pragnie także wskazać, iż istnieją przesłanki przemawiające za koniecznością unieważnienia przedmiotowego postępowania. Okoliczności te związane są po części z wysokością wadium żądanego przez zamawiającego, a także z dokonaną w trakcie postępowania modyfikacją SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu.

Obliczona przez zamawiającego wartość zamówienia, to kwota 62.864.266,80 zł bez podatku od towarów i usług (co stanowi równowartość kwoty 14.724.724,62 euro). Wskazane wartości wprost wynikają z protokołu postępowania prowadzonego przez zamawiającego. Jak wiemy, przepis art. 45 ust. 4 ustawy pozwalał zamawiającemu żądać tytułem wadium kwoty nie większej niż 3% wartości zamówienia – bazując na dokonanym przez zamawiającemu szacunku, nie sposób nie dostrzec, iż wadium nie powinno w tym przypadku przekroczyć 1.885.928,00 zł. Jak już wskazano wyżej, modyfikacją postanowień SIWZ Zamawiający zrezygnował z prawa opcji, jakie pierwotnie sobie zastrzegł. Nie pociągnęło to jednak za sobą ponownego oszacowania wartości zamówienia, która po dziś dzień widnieje w protokole postępowania w postaci wskazanej w powyższym akapicie kwoty przekraczającej 62 miliony złotych.
Dodatkowo odwołujący zauważył, iż rezygnacja z przewidzianego pierwotnie prawa opcji, które miało maksymalną wartość – jak oceniał sam zamawiający - 31 432 133,40 zł, dość istotnie zmieniło zakres i wartość możliwego do uzyskania zamówienia.
Obydwie wskazane wyżej okoliczności muszą stać się przedmiotem analizy pod kątem skutków, jakie mogły wywrzeć na krąg zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem wykonawców. Po pierwsze – zawyżona względem wartości zamówienia kwota wadium mogła w konsekwencji spowodować mniejsze zainteresowanie wykonawców stanowiąc barierę o charakterze finansowym nieadekwatną do wartości zamówienia. Tak przed rezygnacją z opcji, jak i po dokonanej modyfikacją SIWZ rezygnacji – gdy maksymalna wartość wadium dopuszczona przez ustawę wynosiła 942.964,00 zł (wartość stanowiąca 3% kwoty 31.432.133,40 zł, to jest wartości zamówienia po odjęciu maksymalnej wartości prawa opcji).
Ponad dwukrotnie zawyżone, wadium w wysokości 2.000.000,00 zł mogło stać się przyczyną rezygnacji części rynku z ubiegania się o to zamówienie. Co więcej, dokonana modyfikacją SIWZ rezygnacja z prawa opcji (co w praktyce oznaczało zmniejszenie potencjalnego zakresu i wartości zamówienia o 50%), faktycznie spowodowała istotną zmianę charakteru przedmiotowego zamówienia w porównaniu z jego charakterem pierwotnie określonym w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.
O ile zarówno ustawa, jak i mająca zastosowanie do niniejszej sprawy dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), dopuszczają dokonywanie istotnych zmian w dokumentach zamówienia, o tyle obowiązujące w tym zakresie przepisy należy interpretować na tle ogólnych zasad udzielania zamówień, z uwzględnieniem wskazówek interpretacyjnych wynikających m.in. z preambuły do wskazanej dyrektywy. I tak, w motywie 81. czytamy: „[…] Należy jednak wyjaśnić, że zmiany te (istotne zmiany w dokumentach zamówienia – przyp. odwołującego) nie powinny być na tyle istotne, by umożliwić dopuszczenie innych kandydatów niż kandydaci pierwotnie zakwalifikowani lub by zainteresować postępowaniem o udzielenie zamówienia dodatkowych uczestników. Taki przypadek wystąpiłby w sytuacji, gdy wprowadzane modyfikacje istotnie zmieniają charakter zamówienia lub umowy ramowej w porównaniu z charakterem pierwotnie określonym w dokumentach zamówienia".
Powyższe zdaniem odwołującego oznacza, że przepisy art. 38 ust. 4 ustawy pozwalający zmieniać treść SIWZ, a także art. 12a ust. 2 ustawy dotyczący możliwości dokonywania zmian treści ogłoszenia o zamówieniu nie dają – jakby mogło się wydawać – nieograniczonej swobody instytucjom zamawiającym.
Zawsze muszą one oceniać skutki planowanej zmiany w aspekcie wskazanej wyżej reguły interpretacyjnej zawartej w motywie 81. dyrektywy 2014/24/UE i powstrzymywać się od zmian, które modyfikowałyby ogłoszone wcześniej zamówienie w sposób zbyt daleko idący.
W ocenie odwołującego, w przypadku niniejszej sprawy mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją – pierwotnie określony w dokumentach zamówienia (SIWZ) zakres zamówienia, obejmujący opcje różnił się o 50% w porównaniu do zakresu, jaki ukształtował się po dokonanej modyfikacji. W praktyce oznacza to, że wykonawcy, którzy zetknęli się z ogłoszeniem o zamówieniu i uznali zamówienie za nie leżące w zakresie ich zainteresowania ze względu na jego wielkość oraz wartość – mogliby być zamówieniem zainteresowani, o ile już w tamtym momencie zdawali by sobie sprawę z finalnego rozmiaru zamówienia.
Powyższe okoliczności, mające niewątpliwy negatywny wpływ na ostateczny zakres zainteresowania wykonawców udzieleniem przedmiotowego zamówienia, mogą powodować konieczność unieważnienia postępowania z uwagi na wskazane wyżej okoliczności. Mamy więc niewątpliwie do czynienia z sytuacją, w obliczu której potencjalnie możliwym jest (i uzasadnionym) wystąpienie do sądu przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o unieważnienie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 ustawy, z uwagi na dokonaną przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy czynność zbyt daleko idącej zmiany SIWZ, co miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym za spełnioną zdaniem odwołującego należy uznać przesłankę unieważnienia postępowania przewidzianą w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.
W dniu 15 grudnia 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.
W dniu 18 grudnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca TK Telecom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania i wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za niepodlegającą odrzuceniu, a odwołujący zmierza do wyeliminowania go z postępowania, nadto wniósł własne odwołanie, którego uwzględnienie umożliwi mu uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 maja 2018r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta zgodnie z reprezentacją ujawnioną w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 18 grudnia 2020r.
W dniu 18 grudnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą i w jego interesie leży zachowanie tej pozycji, nadto w wyniku uwzględnienia odwołań mogłoby dojść do odtajnienia zastrzeżonych przez przystępującego informacji, które stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 lipca 2017r. przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 18 grudnia 2020r.
W dniu 8 stycznia 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Zamawiający podkreślił, że twierdzenia zawarte w odwołaniu są gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami, stanowią polemikę z ustaleniami zamawiającego dokonanymi w toku badania i oceny ofert i przede wszystkim – są ogólnikowe, bowiem nie wskazują na żadne konkretne okoliczności mogące świadczyć o tym, że ceny ofert wykonawców T-Mobile lub TK Telekom są zaniżone, bądź nie uwzględniają

jakichkolwiek wymagań zamawiającego wynikających z SIWZ. Twierdzenia odwołującego stanowią w znacznej mierze przytoczenie przepisów dotyczących ceny rażąco niskiej, orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej odnoszącej się do powyższego zagadnienia oraz subiektywne – pozbawione konkretnych argumentów – rozważania na temat możliwości (lub jego braku) wykonania zamówienia przez T-Mobile po cenie podanej w ofercie, oparte na bliżej nieokreślonych „uzasadnionych podejrzeniach".
Zamawiający podniósł, że zamawiający zdawał sobie sprawę z okoliczności, że cena zaoferowana przez T-Mobile lub TK Telekom może stanowić cenę rażąco niską. Ceny ofertowe były bowiem niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęcie postępowania oraz o co najmniej 30% niższe od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Stąd zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy wezwał T-Mobile oraz TK Telekom do przedłożenia szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawcy zareagowali na to wezwanie, przedkładając szczegółowe wyjaśnienia dotyczące metody przygotowania oferty i dołączając kalkulację popartą stosownymi dowodami (dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Zamawiający uznał przedłożone wyjaśnienia za kompletne i wiarygodne, a także dające podstawę do uznania, że oferta wykonawców nie zawiera ceny rażąco niskiej. Cena zaoferowana przez wykonawców pozwala na realizację całego zamówienia oraz zapewnia im osiągnięcie zysku. Żadna z usług oferowanych przez wykonawców nie zostanie wykonana poniżej kosztów ich świadczenia. Zamawiający podtrzymał ją w ramach niniejszego postępowania odwoławczego. Zamawiający jednocześnie w całości w zakresie postawionego zarzutu powołuje się na wyjaśnienia przedstawione przez wykonawców T-Mobile oraz TK Telekom.
Zdaniem odwołującego, rażąco niskie ceny ofert pozostałych wykonawców wynikają ze zmiany SIWZ dokonanej przez zamawiającego w dniu 31 lipca 2020 r. polegająca na zmniejszeniu zakresu zamówienia. Zamawiający usunął z opisu przedmiotu zamówienia możliwość udzielenia zamówień opcjonalnych – jest to okoliczność niesporna pomiędzy stronami, przy czym zamawiający zaznaczył, że zakres zamówienia objęty zamówieniem opcjonalnym został uwzględniony w ramach zamówień podobnych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy (por. cz. II lit. C pkt 8 SIWZ). Zdaniem odwołującego, taka sytuacja sprawiła, że wykonawcy przesunęli część kosztów jakie powinni ponieść w ramach realizacji zamówienia do innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego zamawiający miałby udzielić w przyszłości (odwołujący wyszedł z założenia, że zamówienie opcjonalne zostanie udzielone w odrębnym postępowaniu): „Mimo zmniejszonego zakresu, istnieje minimalny poziom kosztów, który każdy z Wykonawców musi ponieść, aby zrealizować przedmiotowe zamówienie, niezależnie od sytuacji w jakiej się znajduje ani od sposobu realizacji zamówienia jakie przyjął. Wyłączenie z przedmiotu zamówienia zakresu opcjonalnego nie oznacza, że zniknęła potrzeba rozbudowy systemu w przyszłości, a jedynie przeniesienie tej części zamówienia do innego postępowania przetargowego. Bezsporny jest również fakt, że wykonawca, który uzyska zamówienie będące przedmiotem niniejszego odwołania będzie miał przewagę konkurencyjną w przypadku zamówienia obejmującego rozbudowę dostarczanego systemu. Z uwagi na powyższe, obiektywnie istnieje duża pokusa u wykonawców, aby zaniżyć koszty oferty w ramach niniejszej procedury przetargowej i zrekompensować je w kolejnym zamówieniu."
Stawiając powyższą tezę, Odwołujący nie wyjaśnił jakie dokładnie elementy składające się na zamówienie miałyby zostać przeniesione z niniejszego postępowania do innego postępowania, którego miałby udzielić zamawiający w przyszłości. Nie jest też jasne, w jaki sposób wykonawca, który dokonał takiego zabiegu miałby w przyszłości uzyskać przewagę nad innymi wykonawcami.
W kontekście przywołanej powyżej argumentacji zamawiający zwrócił uwagę, że zakresem zamówienia opcjonalnego (które ostatecznie zostało usunięte z przedmiotu zamówienia) objęta została usługa polegająca na zwiększeniu przepustowości łącza do wielkości nie większej niż 10 Gb/s. Oznacza to, że istotą zamówienia opcjonalnego była zmiana (podwyższenie) jakości świadczonej usługi, a nie np. zwiększenie wolumenu realizowanych dostaw. Z tego powodu nie sposób jest się zgodzić z argumentem odwołania dotyczącym „zaniżania kosztów oferty w ramach niniejszej procedury przetargowej i rekompensowania ich w kolejnym zamówieniu". Gdyby jednak odwołujący miał rację co do „rekompensowania kosztów w kolejnym zamówieniu", to niezrozumiałym jest, jak taki zabieg miałby premiować wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie udzielanego w przyszłości zamówienia obejmującego wyłączone z postępowania zamówienia opcjonalne (o ile do przeprowadzenia takiego postępowania w ogóle w przyszłości dojdzie). Taki wykonawca będzie bowiem zobligowany do ujęcia w przyszłej ofercie elementów „pominiętych" w niniejszym postępowaniu, co niewątpliwie będzie miało przełożenie na wyższą cenę. To z kolei będzie oznaczało, że oferta takiego wykonawcy będzie mniej konkurencyjna, a w dalszej kolejności – że nie zostanie ona uznana za ofertę najkorzystniejszą. Ostatecznie, trudno nie odnieść wrażenia, że stanowisko odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne – odwołujący jest bowiem zdania, że z jednej strony wykonawcy nie ujęli w swoich ofertach jakichś elementów składających się na zamawiane świadczenie, a z drugiej strony – że taka praktyka stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem stanowi o świadczeniu usług poniżej ich kosztów. Brak elementów składających się na świadczenie wykonawcy, którego oczekuje, można byłoby rozpatrywać co najwyżej jako niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – czego zamawiający nie dopatrzył się w ofertach wykonawców, a odwołujący nie zdołał wykazać.
Jeżeli chodzi o twierdzenia odwołującego dotyczące nie uwzględnienia w ofertach wykonawców T-Mobile oraz TK Telekom zakupu sprzętu awaryjnego niezbędnego „do zapewnienia ciągłości pracy w ramach rygorystycznego poziomu SLA", to twierdzenia te – jak wynika z samej treści odwołania – opierają się na przypuszczeniach. Zamawiający wyjaśnił, że w ramach poziomu SLA nie oczekiwał od wykonawców zakupu sprzętu awaryjnego, a wyłącznie świadczenia usługi przez wykonawcę na wymaganym poziomie. To, w jaki sposób wykonawca dotrzyma tego poziomu, jest poza zainteresowaniami zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że poziomy SLA to nic innego jak czas, w jakim wykonawca jest zobowiązany do usunięcia awarii i przywrócenia pełnej funkcjonalności łącza. Czas naprawy uzależniony jest od poziomu SLA przyjętego dla danego łącza – i jest to 12 godzin dla SLA niskiego, 8 godzin dla SLA średniego oraz 4 godziny dla SLA wysokiego. Poziomy SLA zostały opisane w załączniku nr 1 do OPZ. Nie ma w nich wymagań co do zakupu sprzętu awaryjnego pozwalającego na zapewnienie ciągłości pracy w ramach opisanych poziomów. Wykonawcy mogą przyjąć do oferty dowolne założenia, byleby tylko zdolni byli zapewnić ciągłość świadczenia usług, zgodnie z właściwym SLA.
W dalszej kolejności Odwołujący odwołał się do możliwości wykorzystania przy realizacji zamówienia sprzętu używanego. Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób sprzęt używany miałby wpłynąć na ewentualną cenę ofertową wykonawców T-Mobile lub TK Telekom (odwołujący sam stwierdza, że wykorzystanie sprzętu używanego wpływa wręcz na podwyższenie ceny). Odwołujący w ogóle nie stwierdza (a tym bardziej – nie dowodzi), że wykonawcy T-Mobile lub TK Telekom korzystają ze sprzętu używanego. W związku z tym, zamawiający uważa rozważania odwołania w tym zakresie za gołosłowne przypuszczenia co do założeń ofertowych innych wykonawców – podobnie jak podnoszone dalej w odwołaniu twierdzenia co do tego, że T-Mobile oraz TK Telekom „nie mogli wykazać bardziej sprzyjających warunków

wykonywania zamówienia im dostępnych w stosunku do odwołującego".
Zamawiający zaprzeczył również twierdzeniom odwołującego, że „Wykonawcy T-Mobile i TK TELEKOM musieliby wykazać i udowodnić, że ich polityka kalkulacyjna jest bardziej efektywna od polityki odwołującego oraz w jakim stopniu tak jest, a także w jakim wymiarze finansowym mogły one wpłynąć na tak znaczna różnicę w wysokości ceny oferowanych przez niego poszczególnych rozwiązań." Celem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 90 ust. 1a ustawy jest weryfikacja, czy cena zaoferowana przez wykonawców pozwala na wykonanie zamówienia według wszystkich wymagań zamawiającego, a jednocześnie, że zawiera ona w swoim zakresie rozsądny zysk. Nie jest jej celem – jak zdaje się twierdzić odwołujący – badanie różnych polityk kalkulacyjnych przyjętych przez różnych wykonawców (o ile to w ogóle możliwe z punktu widzenia jakiegokolwiek zamawiającego). Badanie ceny rażąco niskiej odnosi się do treści oferty, a nie do polityk wewnętrznych poszczególnych wykonawców.
Z powyższych względów zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1-3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust 1 i 3 ustawy nie potwierdziły się. Oferty wykonawców T-Mobile oraz TK Telekom nie zawierają rażąco niskiej ceny, w związku z czym zamawiający nie miał podstaw do ich odrzucenia. Jednocześnie odwołujący nie zdołał wykazać, że ceny ofertowe pozostałych wykonawców zawierają rażąco niską cenę.
Odwołujący twierdzi, że istnieją podstawy do unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że wadium, którego oczekiwał od wykonawców zamawiający, było zbyt wysokie, tj. ustalone niezgodnie z przepisami dotyczącymi zasad ustalania wysokości wadium.
Zdaniem zamawiającego powyższy zarzut nie ma podstaw merytorycznych, niemniej jednak w pierwszej kolejności podnosi, że zarzut jest na obecnym etapie postępowania spóźniony. Jest to bowiem zarzut odnoszący się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaskarżenie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy – może nastąpić w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Odwołujący nie wniósł odwołania od treści SIWZ w zakresie dotyczącym wysokości wadium w ustawowym terminie, toteż nie może tej kwestii podnosić na obecnym etapie.
Niezależnie od powyższego, omawiany zarzut jest nietrafny. Odwołujący traci z pola widzenia, że zgodnie z art. 45 ust. 4 ustawy, wadium ustanawia się w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Z kolei wartość zamówienia ustala się zgodnie z wymogami art. 32 ust. 1 ustawy – jest to całkowite wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. W myśl art. 35 ust. 1 ustawy, ustalenie wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż w terminie 3 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania na udzielenie zamówienia. Co istotne, to zgodnie z art. 35 ust. 2 ustawy, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia. Z treści art. 35 ust. 2 ustawy wynika, że zamawiający nie ma możliwości dokonania zmiany szacowania po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższą interpretację potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. KIO 1157/12.
Z przytoczonych powyżej przepisów wynika, że okoliczność, że w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia doszło do zmniejszenia zakresu zamówienia (rezygnacji z zamówień opcjonalnych) nie prowadzi do zmiany wartości zamówienia, która to wartość została ustalona przed wszczęciem postępowania (i nie może zostać zmieniona po jego wszczęciu). Skoro zatem wysokość wadium należy ustalać w odniesieniu do niezmiennej wartości szacunkowej zamówienia, to zamawiający nie naruszył treści art. 45 ust. 4 ustawy – ponieważ w ramach postępowania ustanowił wadium w wysokości nie większej niż 3% pierwotnie ustalonej wartości szacunkowej zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania, a tym samym nie dopuścił się naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.
Przystępujący T-Mobile wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jako spóźnionego na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.
Podnoszone przez odwołującego okoliczności związane są bowiem z SIWZ i ogłoszeniem o zamówieniu. Modyfikacja SIWZ i ogłoszenia o zamówienia, w ramach której zamawiający zrezygnował z prawa opcji, a tym samym zmienił zakres zamówienia, miała miejsce 31 lipca 2020 r. odwołującemu przysługiwały środki umożliwiające kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia jak i jego modyfikacji. Możliwym było skierowanie do zamawiającego w tym zakresie wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 ustawy, jak również wniesienie odwołania w trybie art. 180 ustawy. Odwołujący był zatem uprawniony do kwestionowania modyfikacji SIWZ i wynikających z niej konsekwencji (m.in. w zakresie wartości zamówienia i wysokości wadium), czego nie uczynił. Pomimo, że miał świadomość, że wartość zamówienia została obniżona o ponad 30.000.000,00 zł, na tamtym etapie nie kwestionował wartości wadium i nie powoływał się na ryzyko unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia. Nawet jeżeli uznać, że odwołujący nie mógł kwestionować wysokości wadium we wskazanym powyżej terminie, mógł to uczynić w terminie 10 dnia od dnia otwarcia ofert. W momencie otwarcia ofert odwołujący dowiedział się bowiem jaką kwotę zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, mógł również zweryfikować wartość zamówienia w protokole postępowania. Z powyższego wynika, że przedmiotowy zarzut ma służyć wyłącznie ochronie interesów odwołującego i unieważnieniu przedmiotowego postępowania w celu ponownego otwarcia odwołującemu drogi do zaoferowania korzystniejszej ceny i uzyskania przedmiotowego zamówienia.
Przedstawione przez odwołującego zarzuty dot. ceny oferty wykonawcy TMobile i złożonych przez niego wyjaśnień nie zasługują na uwzględnienie, bowiem cena oferty T-Mobile uwzględnia wszystkie wymagane w dokumentacji przetargowej składowe ceny, obejmuje swoim zakresem realizację całości przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, załącznikami do SIWZ, Wzorem Umowy oraz wyjaśnieniami treści SIWZ udostępnionymi w toku postępowania przez zamawiającego.
Szacując cenę przedmiotu zamówienia uczestnik postępowania uwzględnił w zaoferowanym wynagrodzeniu wszystkie koszty, ryzyka oraz godziwy zysk, co zostało w sposób szczegółowy opisane w rzetelnych, wiarygodnych i popartych dowodowymi wyjaśnieniach ceny złożonych w dniu 13 listopada 2020 r., które w sposób prawidłowy zostały zaakceptowane przez zamawiającego. Uczestnik postępowania wykazał zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, bowiem wycena została dokonana w oparciu o realne przesłanki.
Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy jest możliwe tylko wówczas, gdy złożone wyjaśnienia ceny są ogólnikowe, niewystarczające albo potwierdzają nierealność przeprowadzonych kalkulacji. Treść wyjaśnień złożonych przez TMobile odpowiada natomiast wymaganiom nałożonym przepisami prawa, jest dokładna i rzetelnie wyjaśnia model wyceny przedmiotu zamówienia przyjęty na potrzeby niniejszego postępowania. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że cena zaoferowana przez uczestnika postępowania jest zaniżona i uniemożliwia należytą realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu kalkulacji ceny ani, co

oczywiste, struktury i wysokości ponoszonych kosztów. Kwestie te są ściśle związane ze specyfiką i okolicznościami właściwymi dla danego wykonawcy. Nie można twierdzić, iż istnieje tylko jeden model kalkulacji ceny oferty i tylko jedna właściwa struktura kosztów, do których uwzględnienia zobligowany byłby uczestnik postępowania. Niewątpliwie również, ze względu na stosowane środki ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołującemu nie są znane istotne okoliczności wpływające na cenę ofertową uczestnika postępowania. Odwołujący wskazał, że „niezależnie od utajnienia merytorycznej części wyjaśnień (...), posiadana przez niego wiedza m.in. o najistotniejszych elementach składowych ceny oferty konkurenta, pozwala na sprecyzowanie, jakimi konkretnie wadami mogą być obarczone jego wyjaśnienia, poprzez zidentyfikowanie potencjalnych obszarów, w których kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody na jej poparcie niewystarczające. ” Treść odwołania wskazuje jednak, że odwołujący nie ma jakiejkolwiek wiedzy na temat najistotniejszych elementów składowych ceny oferty T-Mobile. Wskazywane przez odwołującego koszty, które rzekomo zostały pominięte przez Uczestnika postępowania w wycenie oferty, zostały uwzględnione w odpowiedniej wysokości (co zostało wykazane stosownymi dowodami), albo w ogóle nie mają zastosowania.
Odwołujące nie wskazał jakichkolwiek konkretów - nie podał jakie koszty będzie trzeba w jego ocenie ponieść, aby zrealizować przedmiot zamówienia, nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że koszty te przewyższają cenę zaoferowaną przez TMobile. Odwołanie opiera się wyłącznie na gołosłownych przypuszczeniach co do dwóch rodzajów kosztów, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca w celu realizacji zamówienia, a których rzekomo nie uwzględnił w cenie oferty lub uwzględnił je w zbyt niskiej wysokości.
Z uwagi na lakoniczność odwołania podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym dotyczy to również podstawy faktycznej zarzutów wskazanej w odwołaniu.
W treści odwołania Integrated Solutions ograniczył się do wskazania w odniesieniu do wyceny oferty T-Mobile następujących kwestii.
a.W ocenie Odwołującego głównym czynnikiem wpływającym na rozbieżność pomiędzy wartością ofert a wartością zamówienia szacowaną przez zamawiającego jest fakt, że w toku postępowania przetargowego zamawiający zrezygnował z części zamówienia opisanego jako opcja. Z powyższym nie sposób polemizować, okoliczność ta dotyczy bowiem ofert wszystkich wykonawców, których ceny są znacząco niższe od wartości zamówienia. Okoliczność ta nie powoduje jednak, że cena oferty T-Mobile jest rażąco niska i nie pozwala na należytą realizację zamówienia.
Zakres prawa opcji, które w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostało usunięte z SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia nie ma związku z pozostałym przedmiotem zamówienia (poza Centrum Przetwarzania Danych w Radomiu, gdzie dostarczone w ramach zamówienia routery będą musiały obsłużyć zarówno zakres podstawowy jak i ewentualny zakres opcjonalny, który byłby elementem kolejnego zamówienia). Zakresy te są rozłączne i nie jest prawdą, jak wskazał odwołujący, że wykonawca, który uzyska przedmiotowe zamówienia będzie miał przewagę konkurencyjną w przyszłym postępowaniu obejmującym rozbudowę dostarczonego systemu. W wyniku modyfikacji SIWZ dokonanej przez zamawiającego w dniu 31 lipca 2020 r. z OPZ usunięto zakres dotyczący: łączy typu B - CPD 2 WAN, łączy typu C - CPD 2 Internet, 46 dodatkowych łączy typu D - Punkty Kontrolne, przeniesienia i utworzenia w nowej lokalizacji łącza typu F - Miejsca Obsługi Klienta, łączy typu GUsługi poza CPD, łączy typu I - Do chmury publicznej. Zakres ten nie jest powiązany z zakresem, który pozostał w OPZ. Jest on niezależny, wymaga odrębnych inwestycji, odrębnego sprzętu. Fakt zrealizowania przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia, nie będzie powodował przewagi tego wykonawcy w kolejnym postępowaniu dotyczącym wskazanego powyżej zakresu (prawa opcji). Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nawet gdyby któryś z wykonawców założył przerzucenie kosztów do kolejnego postępowania, to o ile jego oferta faktycznie mogłaby być niższa w przedmiotowym postępowaniu, o tyle w kolejnym postępowaniu, na skutek konieczności ujęcia dodatkowych kosztów, cena oferty byłaby wyższa, niż ceny ofert pozostałych wykonawców. Nie sposób więc mówić o przewadze konkurencyjnej takiego wykonawcy.
Ponadto rzekoma pokusa przerzucania kosztów do przyszłego postępowania mogłaby dotyczyć wszystkich wykonawców (co zresztą wskazał sam odwołujący). Żaden z wykonawców na etapie składania ofert nie miał bowiem wiedzy na temat cen oferowanych przez konkurencję, nie było więc wiadomo w jakim zakresie koszty musiałyby zostać „przerzucone” do kolejnego postępowania w celu wystarczającego obniżenia ceny oferty. Z treści odwołania nie wynika, czy w ocenie odwołującego takiego działania dopuścił się Uczestnik postępowania. Odwołujący wskazuje ogólnie, że może być to pokusa dla wykonawców, czyli nawet samego odwołującego. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, co więcej nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, że w przedmiotowym stanie faktycznym doszło do przerzucenia przez T-Mobile kosztów do kolejnego postępowania.
W ocenie odwołującego T-Mobile nie uwzględnił w cenie oferty konieczności zakupu sprzętu w przypadku awarii, a jeżeli tak, to uwzględniona ilość sprzętu awaryjnego nie gwarantuje ciągłości świadczenia usług. Powyższe nie znajduje jednak pokrycia w przedstawionych przez uczestnika postępowania wyjaśnieniach ceny. Z wyjaśnień ceny i dołączonych do nich dowodów wynika, że w kwocie wydatków inwestycyjnymi na sprzęt, uwzględniono koszt zakupu nie tylko niezbędnego sprzętu w ilości wynikającej z OPZ, ale również dodatkowego sprzętu, na wypadek ewentualnych awarii. W tym miejscu przystępujący przedstawił informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 13 listopada 2020 w tym załączony dowód i na ich podstawie wskazał, że przewidział zabezpieczenie na pokrycie kosztów dodatkowych związanych ze sprzętem.
Odwołujący przypuszcza, że T-Mobile mógł uwzględnić w cenie oferty zbyt matą ilość sprzętu awaryjnego. Odwołujący nie wskazał jednak jaką ilość i rodzaj sprzętu awaryjnego jego zdaniem wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty. Przedmiotowy zarzut jest więc gołosłowny, niepoparty jakimikolwiek wyliczeniami i konkretami. W ocenie Uczestnika postępowania uwzględniona w cenie oferty rezerwa na zakup sprzętu niezbędnego w przypadku awarii jest wystarczająca i adekwatna do przedmiotu i zakresu zamówienia. Zamawiający nie wskazał w jaki sposób wykonawcy mają realizować przedmiot zamówienia i zapewnić wymagany przez zamawiającego poziom SLA. W związku z tym to od wykonawcy zależy czy będzie on decydował się na naprawę uszkodzonego sprzętu będącego przyczyną awarii czy jego wymianę.
Odwołujący powołał się na możliwości wykorzystania do realizacji przedmiotowego zamówienia sprzętu używanego. Nie wskazał jednak, że takie rozwiązanie zastosował uczestnik postępowania. Odwołujący nie wskazał również jakie koszty wynikające z ewentualnego zastosowania sprzętu używanego, mogły zostać pominięte przez T-Mobile - co prawa wskazał, że zastosowanie sprzętu używanego wymaga uwzględnienia w cenie oferty usług serwisowych i tzw. „goldenbook'ów”, ale nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że w cenie oferty odwołującego koszty te nie zostały ujęte. Poza rodzajami kosztów, które w ocenie odwołującego należałoby uwzględnić w cenie oferty, nie doprecyzowano w treści odwołania jakiego rzędu kwoty, w ocenie odwołującego, zostały pominięte podczas wyceny oferty T-Mobile. Zarzut ten nie został poparty jakimikolwiek wyliczeniami i rzeczową argumentacją. W tym miejscu przystępujący powołał

dowód dołączony do wyjaśnień z dnia 13 listopada 2020r. i na jego podstawie wywiódł, że argumentacja odwołującego jest bezzasadna.
Odwołujący wskazał, że T-Mobile nie mógł wykazać bardziej sprzyjających warunków wykonania zamówienia niż Integrated Solutions. W ocenie odwołującego, obowiązujące u T-Mobile standardy postępowania przy kalkulacji ceny, ze względu na porównywalność organizacyjną, nie są szczególnie indywidualne, właściwe tylko temu wykonawcy. Odwołujący wskazał na zbliżony poziom potencjału przedsiębiorstw oraz podobną organizację (str. 9/12 odwołania). Z powyższym nie sposób się jednak zgodzić. Gdyby polityka kalkulacji ceny każdego z wykonawców była taka sama, podobnie jak ich organizacja, to w setkach postępowań, w których wykonawcy corocznie biorą udział, ceny ofert różniłyby się jedynie wysokością przyjętej marży. W zależności od przedmiotu zamówienia, szczególnych wymogów zamawiających, lokalizacji jednostek zamawiających, zestawienia ofert potrafią się znacząco różnić i różnice te nie wynikają jedynie z przyjętej wysokości marży, a w szczególnych z okoliczności właściwych każdemu z wykonawców.
W tym miejscu przystępujący T-Mobile wskazał na konkretne punkty swoich wyjaśnień z dnia 13 listopada 2020r. wywodząc na ich podstawie, że to nie różnice organizacyjne, ale technologiczne powodują po stronie przystępującego oszczędność, której konkretną wartość wskazał.
Postawione przez Odwołującego podstawy faktyczne zarzutów ograniczają się do domniemań na temat kosztów, które mogły zostać pominięte podczas wyceny. Odwołujący kwestionuje dwie oferty - T-Mobile i TK-Telekom, których różnica w cenie wynosi ponad 3.000.000,00 zł, jednak w jakikolwiek sposób nie różnicuje podstaw faktycznych stawianych wobec tych ofert zarzutów. Świadczy to o tym, że odwołującemu brak zasadnych argumentów - odwołujący w jakikolwiek sposób starał się podważyć oferty wykonawców, którzy zaoferowali niższą cenę.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przystępujący abstrahując od faktu, że przedmiotowy zarzut jest spóźniony, wskazał, że odwołujący nie ma interesu w jego formułowaniu. Odwołujący wskazał, że „kwota wadium mogła w konsekwencji spowodować mniejsze zainteresowanie wykonawców stanowiąc barierę o charakterze finansowym nieadekwatną do wartości zamówienia. ” Z powyższym nie sposób się jednak zgodzić. Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło 3 wykonawców - przedstawicieli największych grup kapitałowych działających na polskim rynku w sektorze usług telekomunikacyjnych, a więc wszystkie podmioty, które standardowo biorą udział w przetargach o zbliżonym przedmiocie i zakresie. Wobec tego wartość wadium nie wpłynęła na ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Odwołujący wniósł wadium w wymaganej wysokości, a więc nie ma on interesu w kwestionowaniu wysokości wadium. Odwołujący wskazał ponadto, że zamawiający po zmianie zakresu zamówienia poprzez rezygnację z prawa opcji był zobowiązany do zmiany wartości zamówienia wskazanej w protokole postępowania. Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy „Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są toboły budowlane.” Ust. 2 stanowi, że „Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postepowania dokonuje zmiany wartości zamówienia. ”
Z art. 35 ustawy wynika więc, że zmiana wartości zamówienia jest możliwa jedynie przed wszczęciem postępowania. Zatem w trakcie postępowania wartość zamówienia nie może ulec zmianie. Na takim stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale KIO/KD 50/10 z 7 lipca 2010 r. oraz wyrokach z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1157/12, z dnia 19 maja 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 580/09. Analogiczne stanowisko wyraził Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w wielu kontrolach, np. UZP/DK/KU/238/2005, UZP/DK/KN/8/2008.
W art. 45 ust. 4 ustawy wskazano, że wadium określa się w wysokości nie więcej niż 3% wartości zamówienia. W związku z tym, że wartość zamówienia na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogła ulec zmianie, to również wysokość wadium, którą ustala się na podstawie wartości zamówienia nie musiała zostać obniżona pomimo zmiany zakresu zamówienia.
Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu otwarcia ofert, wezwań zamawiającego z dnia 6 listopada 2020r. do wykonawców T-Mobile i TK Telecom i udzielonych przez nich wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami, dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 3303/20 i przedłożonego przez odwołującego Integrated na rozprawie.
Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:
Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 77 323 048,16zł.
TK Telecom zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 11 345 212, 52zł., T-Mobile za kwotę 8 029 440zł., Integrated Solutions za kwotę 28 260 480zł.
Zamawiający wezwał w dniu 6 listopada 2020r. wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanych cen, w przypadku TK Telecom i T-Mobile wskazując na rozbieżność tych cen ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należy podatek Vat jak i od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.
Wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia w terminie zakreślonym przez zamawiającego tj. do 13 listopada 2020r.
Wyjaśnienia TK Telecom poza ogólnymi zapewnieniami o poprawności ceny i braku jej rażąco niskiego charakteru oraz nie złożeniu w czynie nieuczciwej konkurencji w całości wraz z załącznikami, w tym załącznikiem stanowiącym uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostały utajnione w całości.
Izba po zapoznaniu się z wyjaśnieniami TK Telecom stwierdziła, co następuje:
Wykonawca przede wszystkim w wyjaśnieniach wskazał konkretnie na wyjątkowo sprzyjające warunki zamówienia mu dostępne wraz z wyceną wartości tej korzyści - pkt. 2b, i 2d, podniósł że posiada oszczędną metodę wykonania i ją opisał, choć bez wartości oszczędności, wskazał na wysokość procentową zakładanego zysku – str. 4 akapit 4, zaś koszty pracy wykazał popierając drugim dowodem nr 11- przy czym Izba ustaliła, że drugi dowód 11 nie obejmuje wszystkich stanowisk, które TK Telekom podał w załączniku nr 2 – chodzi o poz. 7, 8 i 9 tego załącznika.
Co do załącznika nr 1 Izba ustaliła, że charakter informacji zastrzeżonej TK Telekom omówił na str. 2 w akapitach 1, 2,3,4 i na str. 5 akapit 2. Izba stwierdziła, że wśród załączników załączonych do pisma TK Telecom nie ma załącznika, o którym mowa m.in. na str. 2 akapit 2. Natomiast z załączników nr 3, 4, 8, 10 i pierwszego dowodu nr 11 wynika, że TK Telecom zawiera klauzule poufności z pracownikami, współpracownikami i dostawcami.
Izba ustaliła, że załącznik nr 3 pierwszy i drugi nie zawierają załącznika nr 5 do nich, a załącznik nr 4 nie zawiera wymienionych jako załączniki pkt. 2, 3 i 4 lecz stanowią dowody na istnienie współpracy umożliwiającej TK Telekom wykonanie poz. 1 załącznika nr 2 do wyjaśnień., załączniki 5 i 6 dotyczą poz. 2 załącznika nr 2 i zawierają konkretne dane cenowe dla skalkulowania poz. 2 załącznika nr 2, dla poz. 3 załącznika nr 2 przedstawiono jako dowody załączniki 7, 8, i 9 jednak ani z wyjaśnień, ani z jakiegokolwiek dokumentu nie wynika, jaki TK Telekom dla załączników 7 i 9 przyjął kurs przeliczenia waluty obcej, jednakże porównując te dowody z dowodem przedstawionym przez odwołującego

Integrated Solutions na rozprawie (wydruki ze stron internetowych Cisco i Huawei), Izba mogła ustalić, że przystępujący TK Telekom przewidział oparcie swoich rozwiązań w zakresie łączy typu A o jedno ze wskazanych w dowodzie odwołującego urządzeń i może je pozyskać wraz z pełnym osprzętowaniem za cenę, którą porównując z ceną dwóch urządzeń Cisco czyli około 277 tys. USD pozwalałaby nabyć co najmniej dwa urządzenia pozostawiając rezerwę na ewentualne nabycie trzeciego urządzenia, i analogicznie wygląda to porównanie do routera Huawei. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uznania, że dowody przedstawione przez przystępującego TK Telekom nie umożliwiają mu zaoferowania sprzętu awaryjnego bez poniesienia straty. Dowód nr 7 przedstawia także koszty nabycia urządzeń dla łączy D. Dowód nr 9 natomiast zawiera wykazanie konkretnych wartości cenowych dla innego rodzaju wycenionych w ofercie routerów niż dla łączy A oraz switch`y. Poz. nr 4 załącznika nr 2 została wykazana za pomocą załącznika nr 10 potwierdzającego możliwość wykonania usług montażowych, dotyczących terminali i radiolinii. Z kolei poz. 5, 6, 12, 13, 14 załącznika nr 2 są wykazane za pomocą załącznika drugiego nr 11 (załącznik pierwszy nr 11 z uwagi na to, że jest to niewypełniony wzór, może być wyłącznie dowodem na okoliczność zachowywania informacji w poufności, dla nie dowodem na prawidłowość kalkulacji ceny oferty). Izba jednak dokonała przeliczeń uwzględniając stawki z załącznika drugiego 11 według wzorów podanych załączniku nr 2 w kolumnie o nazwie „Uwagi" i dla pozycji 5, 6, 12, 13 i 14 Izba ustaliła, że TK Telekom przewidział nadwyżkę w stosunku do kosztów wynikających z wyliczeń wyłącznie na podstawie załącznika nr 11. Co oznacza, że przystępujący TK Telekom nie skalkulował jedynie wysokości stawek, ale także skalkulował inne koszty pracodawcy. Pozycji nr 7, 8, 9 załącznika nr 2 nie udowodniono żadnym dowodem, a w szczególności załącznikiem drugim nr 11, gdyż stawka specjalisty ujęta w tych pozycjach załącznika nr 2 nie została wyceniona w załączniku drugim nr 11. Co do poz. 15 załącznika nr 2, to został on udowodniony załącznikiem nr 12 i z załącznika nr 12 wynikają ceny jednostkowe. W załączniku nr 2 nie ma pozycji oznaczonych numerami 10, 11, stąd brak oceny Izby w zakresie takich pozycji.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia są obszerne i poparte dowodami, sprawdzenie tych kalkulacji w szczególności w odniesieniu do kosztów pracowniczych pozwala na przyjęcie, że zostały one wycenione prawidłowo i założono nadwyżkę, z kolei, jeśli chodzi o koszty nabycia sprzętu, to przystępujący TK Telekom ma możliwość ich nabycia w cenach korzystniejszych niż wykazywane przez odwołującego Integrated. W załączniku nr 7 wskazano także wysokość przyznanego TK Telekom rabatu i jest on wyższy niż wskazywane przez odwołującego Integrated 20-50%, co więcej fakt, że przystępujący TK Telekom skalkulował jedno z urządzeń dla którego dowody przedstawił odwołujący Integrated świadczy o tym, że dla łączy A przyjął on rozwiązania podobne do odwołującego. Przystępujący TK Telekom wskazał, że możliwe jest osiągnięcie zysku wskazanego kwotowo w załączniku nr 2. TK Telekom w wyjaśnieniach podaje konkretną wartość procentową, natomiast w załączniku nr 2, wartość kwotowa zysku jest nawet wyższa od tego procentu (liczonego od łącznej wartości netto) o 885,67zł.

Wykonawca T-Mobile złożył wyjaśniania, które co ceny rażąco niskiej i tajemnicy przedsiębiorstwa odnoszą się w pkt. I-IV i VIII złożonych wyjaśnień. W pkt. I-III wykonawca opisał jedynie ogólne informacje, które w ocenie Izby nie wnoszą istotnych danych do oceny, czy cena oferty została skalkulowana prawidłowo i czy jest ceną umożliwiającą wykonanie zamówienia. Część IV została objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i w pkt. IV.1 wskazano sposób realizacji przedmiotowego zamówienia, który według T-Mobile ma przynieść oszczędność, jednak wykonawca nie podał kwotowo zakładanej oszczędności. W ocenie Izby jednak analizując przedstawioną jako załącznik do wyjaśnień kalkulację oraz załączone do niej dowody Izba ustaliła, że T-Mobile skupiło się na wykazaniu zamawiającemu jak zamierza zrealizować zamówienie w oparciu o jakie oferty sprzętowe i oferty podwykonawcze i w tym celu T-Mobile przedstawiło załączniki stanowiące ofertę na routery, fakturę na sprzęt radioliniowy, cennik z firmą instalacyjną dla radiolinii, wraz z przykładowymi kosztami dotyczącymi konkretnych zrealizowanych zleceń, ofertę na realizację łączy typu H, ofertę na realizację łączy typu A, ofertę na APN z dedykowanym łączem i karty SIM do obsługi zapasowych łączy, przykłady kosztów zrealizowanych zleceń podwykonawczych na instalację łączy LTE z anteną wspomagającą i bez niej oraz fakturę potwierdzającą koszt zakupu anteny zewnętrznej LTE. W ocenie Izby wskazanie na rodzaje przedstawionych dowodów nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż przyjęta technologia oparta o GSM była wiadoma odwołującemu Integrated, co sam przedstawiał na rozprawie, zatem nie jest to okoliczność zachowana w poufności, również o konieczności zakupu routerów, czy zakupu anten, czy wreszcie rodzaj łączy to informacje wynikające z przedmiotu zamówienia, a więc również nie stanowiące tajemnicy. Izba ustaliła, że w dowodzie na sprzęt do radiolinii jest także pokazany koszt dotyczący serwerów, zaś dla instalacji ujęto kable i materiały dodatkowe. Wykonawca T-Mobile przedstawił ofertę na urządzenia, które zamierza wykorzystać i Izba ustaliła, że przewidział oparcie swojej oferty o jeden z routerów, dla których odwołujący Integrated Solutions przedstawił wydruki ze strony Cisco i Huawei i koszt nabycia pojedynczego urządzenia u T-Mobile jest dużo niższy od kosztów wynikających z przedłożonych wydruków, jest także niższy choć nieznacznie od ceny wykazanej przez TK Telekom w załączniku nr 7 do wyjaśnień. Co w ocenie Izby nie daje podstaw do podważenia wiarygodności wyjaśnień przystępującego T-Mobile. Wartość wynikająca z oferty na sprzęt po jej przeliczeniu według podanego w wyjaśnieniach kursu mieści się w kwocie podanej w wyjaśnieniach w pkt. 1. Akapit 3 zdanie 4. W kalkulacji przewidziano koszty przeszkolenia pracowników zamawiającego z Systemu monitoringu wykonawcy, a także koszty na rezerwy. Wskazano także na koszty pracownicze, w tym stawki jednostkowe wyższe od stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę, jednak tych twierdzeń nie poparto dowodami. Wykonawca bazując na ofertach złożonych mu w walucie obcej każdorazowo wskazał jaki kurs przyjął do przeliczenia, a do dowodu z umowy z firmą instalacyjną zawarł wszystkie załączniki w tym cennik pozwalający zweryfikować informacje podawane w kalkulacji. W ocenie Izby przedstawione przykładowe zrealizowane już zlecenia podwykonawcze także potwierdzają możliwość skalkulowania kosztów na poziomie przyjętym w kalkulacji. Izba doszła do przekonania, że koszty instalacji jak również koszty zakupu sprzętu zostały wykazane i udowodnione, jedyny brak dowodowy Izba dostrzegła w zakresie kosztów wynagrodzeń pracowniczych, jednakże Izba badając prawidłowość i rzetelność kalkulacji wzięła pod uwagę, że wykonawca Integraded nie zarzucał nieprawidłowości kalkulacji w zakresie kosztów pracowniczych. A sam w swoich wyjaśnieniach poprzestał jedynie na przedstawieniu kalkulacji nie składając jakichkolwiek dodatkowych dowodów obrazujących jego możliwości realizacji zamówienia za ceny ujęte w kalkulacji. Nadto Izba zbadała poziomy cenowe wynagrodzeń pracowniczych i stwierdziła, że koszty stawek za roboczogodzinę u wykonawcy T-Mobile i TK Telecom są bardzo zbliżone, a u T-Mobile nawet wyższe. Przy czym Izba opierając się na podanej ilości roboczogodzin T-Mobile i ilości dniówek Integrated Solutions ustaliła, że wykonawcy zakładali podobną czasochłonności. Tym samym Izba nie znalazła podstaw, gdy kwestionować wiarygodność oświadczeń T-Mobile, co do prawidłowej kalkulacji kosztów pracowniczych dla tego projektu.

Co do kwestii związanej z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, to Izba ustaliła, że każdy z wezwanych wykonawców zastrzegł swoje wyjaśnienia dotyczące ceny rażąco niskiej i załączników stanowiących dowody prawidłowości wyjaśnień i jeśli chodzi o kwestię wykazania przesłanek dotyczących charakteru zastrzeganej informacji

oraz jej wartości gospodarczej, to wszyscy wykonawcy poprzestali na oświadczenia jaki jest ten charakter i czym im grozi ujawnienie informacji i Izba podziela tutaj stanowisko wyrażone przez każdego z wykonawców, bo uznaje, że kwestia ustalenia z jakiego rodzaju informacją mamy do czynienia nie wymaga w ocenie Izby dowodu, gdyż to czy informacja ma charakter techniczny, czy organizacyjny, czy inny można ustalić na postawie tejże informacji, natomiast jej wartość gospodarcza jest częstokroć trudna do ustalenia, z uwagi na zmienność tej wartości w czasie, jak i to, że aby taką wartość obiektywnie wycenić, to potrzebne byłoby jej ujawnienie i ocena skutków dla danego przedsiębiorcy. Obiektywnie możliwe jest natomiast ustalenie, czy wykonawca podjął środki zmierzające do zachowanie informacji w poufności. W ocenie Izby każdy z wykonawców nawet TK Telecom mimo, że nie załączył dowodu wskazanego w na str. 2 akapit 2 załącznika nr 1 to za pomocą innych dowodów wykazał, że chroni tajemnicę tak pozyskiwaną od firm współpracujących, jaki i pracowników, T-Mobile także przedstawił dowody czego w ramach ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga od swoich dostawców, podwykonawców, osób współpracujących jak i pracowników. Tym samym Izba uznała, że obowiązek wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa został dopełniony przez każdego z wykonawców.
Izba wobec wycofania przez odwołującego TK Telecom odwołania w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt4 i art. 90 ust. 3 ustawy pominęła dowody z:
-ogłoszenie o dialogu technicznym poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zapewnienie infrastruktury sieciowej i transmisji danych pomiędzy wszystkimi elementami sieciowymi i modułami NKSPO;
-protokół dokumentujący czynności podjęte w ramach dialogu technicznego,
- jako zbędne dla rozstrzygnięcia, gdyż nie związane z zarzutami odwołania TK Telecom.
Na podstawie dowodu przedłożonego przez odwołującego Integrated Solutions Izba ustaliła, że na stronie apps.cisco.com router ASR 1001-HX oferowany jest za cenę 138 710 USD, zaś na stronie unistar.huawei.com router NE-40E-X3A oferowany jest za cenę 331 674,39 Euro. Izba oceniła te dowody w porównaniu z wycenionymi przez TK Telekom i T-Mobile urządzeniami i ich ocenę zawarła w omówieniu wyjaśnień TK Telekom i T-Mobile.
Pomiędzy stronami niesporne było to, że zamawiający w wyniku modyfikacji treści siwz wyłączył z postępowania o udzielenie zamówienia przewidzianą w siwz opcję. Miało to miejsce w dniu 31 lipca 2020r. :
OPZ ust. 1 pkt 1.2. było: Przedmiot Zamówienia obejmuje zamówienie podstawowe oraz zamówienia realizowane w ramach prawa opcji. Maksymalne wynagrodzenie w ramach prawa opcji wyniesie 31 432 133,40 zł netto, tj. 38 661 524,08 zł brutto - usunięto
OPZ ust. 5 pkt. 5.3. było: Wykonawca będzie zobowiązany do zrealizowania zwiększenia przepustowości do wielkości nie większej, niż 10 Gb/s (zamówienie opcjonalne – prawo opcji). Decyzja o realizacji lub rezygnacji z zamówienia opcjonalnego jest wyłącznym uprawnieniem Zamawiającego. Realizacja zamówienia opcjonalnego odbędzie się na podstawie informacji, którą Zamawiający przekaże Wykonawcy pisemnie z co najmniej miesięcznym wyprzedzeniem. Minimalne pojedyncze zwiększenie łącza będzie wielokrotnością 1 Gb/s - usunięto
OPZ ust. 6. cały rozdział - usunięto
OPZ ust. 7. cały rozdział - usunięto
OPZ 8.14. było: Wykonawca, na żądanie Zamawiającego będzie zobowiązany do zapewnienia łącza do maksymalnie 46 lokalizacji (zamówienie opcjonalne – prawo opcji), zgodnie z tabelą 1 i 2 Załącznika nr 2 do OPZ Decyzja o realizacji lub rezygnacji z zamówienia opcjonalnego jest wyłącznym uprawnieniem Zamawiającego. Realizacja zamówienia opcjonalnego odbędzie się na podstawie informacji, którą Zamawiający przekaże Wykonawcy pisemnie z co najmniej 2 miesięcznym wyprzedzeniem i będzie poprzedzone określeniem warunków technicznych przez Wykonawcę - usunięto
OPZ ust. 8 pkt. 8.14. cały punkt - usunięto
OPZ ust.10 pkt. 10.10. było : Wykonawca, na żądanie Zamawiającego będzie zobowiązany do zapewnienia łącza w nowej lokalizacji MOK (zamówienie opcjonalne – prawo opcji). Decyzja o realizacji lub rezygnacji z zamówienia opcjonalnego jest wyłącznym uprawnieniem Zamawiającego. Realizacja zamówienia opcjonalnego odbędzie się na podstawie informacji, którą Zamawiający przekaże Wykonawcy pisemnie z co najmniej 2 miesięcznym wyprzedzeniem. - usunięto
OPZ ust.10 pkt. 10.11 było: Wykonawca, na żądanie Zamawiającego będzie zobowiązany do przeniesienia istniejącego łącza do nowej lokalizacji MOK (zamówienie opcjonalne – prawo opcji). Decyzja o realizacji lub rezygnacji z zamówienia opcjonalnego jest wyłącznym uprawnieniem Zamawiającego. Realizacja zamówienia opcjonalnego odbędzie się na podstawie informacji, którą Zamawiający przekaże Wykonawcy pisemnie z co najmniej 2 miesięcznym wyprzedzeniem. Zamawiający przewiduje maksymalną ilość do 20 przeniesień istniejącego łącza do nowej lokalizacji MOK w trakcie trwania Umowy. - usunięto
OPZ ust.10 pkt. 10.12 W ramach prawa opcji Zamawiający może zrezygnować ze świadczenia usług we wskazanej przez siebie lokalizacji. Zamawiający przekaże Wykonawcy tę informację pisemnie z co najmniej 1 miesięcznym wyprzedzeniem. Decyzja Zamawiającego o realizacji zamówienia opcjonalnego nastąpi nie wcześniej niż 12 miesięcy od dnia rozpoczęcia usługi transmisji danych. - usunięto
OPZ ust.11. cały rozdział - usunięto
OPZ ust.13 cały rozdział - usunięto
Formularz OF.0 Ust. 5 pkt. 5.1 lit. c w ramach prawa opcji: za maksymalną cenę wynoszącą 31 432 133,40 netto zł (słownie trzydzieści jeden milionów czterysta trzydzieści dwa tysiące sto trzydzieści trzy złote 40/100) + podatek VAT 23%, to jest za cenę brutto 38 661 524,08 zł (słownie trzydzieści osiem milionów sześćset sześćdziesiąt jeden tysięcy pięćset dwadzieścia cztery złote 08/100), rozliczaną wg cen wskazanych w tabelach w Formularzu cenowym (Formularz OF.1), - usunięto
SIWZ Cześć II Lit. C pkt. 8. Było : Zamawiający nie przewiduje możliwości udzielania zamówień, o których mowa w art 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.
Jest: Zamawiający przewiduje możliwość udzielania zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w zakresie określonym w opisie przedmiotu zamówienia, w wysokości do 50% wartości zamówienia podstawowego.
SIWZ Cześć III Ust. 4 pkt. 4.2. 4.2. Prawo opcji: 1) Zamawiający zgodnie z zapisem art. 34 ust. 5 ustawy Pzp przewiduje możliwość zastosowania prawa opcji. Szczegółowy opis opcji zawarty jest w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. 2) Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji w przypadku zwiększenia potrzeb Zamawiającego. Zamawiający oświadcza, iż z prawa opcji skorzysta nie później niż na 60 dni przed zakończeniem Umowy. 3) Prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji umowy. W przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie z tego tytułu. Warunkiem uruchomienia prawa opcji jest złożenie przez Zamawiającego

pisemnego żądania (oświadczenia woli) w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie. - usunięto
Ogłoszenie o zamówieniu II.2.11) Informacje o opcjach było: Opcje: tak Opis opcji: Prawo opcji: 1) Zamawiający zgodnie z zapisem art. 34 ust. 5 ustawy Pzp przewiduje możliwość zastosowania prawa opcji. Szczegółowy opis opcji zawarty jest w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. 2) Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji w przypadku zwiększenia potrzeb Zamawiającego. Zamawiający oświadcza, iż z prawa opcji skorzysta nie później niż na 60 dni przed zakończeniem Umowy. 3) Prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji umowy. W przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie z tego tytułu. Warunkiem uruchomienia prawa opcji jest złożenie przez Zamawiającego pisemnego żądania (oświadczenia woli) w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie. 4) Maksymalne wynagrodzenie w ramach prawa opcji wyniesie 31 432 133,40 PLN netto, tj. 38 661 524,08 PLN brutto
Jest: Opcje: nie Opis opcji: -
Pytanie 18. OPZ Czy Zamawiający mógłby doprecyzować, czy do realizacji zamówienia niezbędny i wymagany jest nowy sprzęt? Czy może być to sprzęt odnowiony, wcześniej wykorzystywany? Czy może być również sprzęt fizycznie agregujący inne projekty, natomiast odseparowany na poziomie konfiguracji?
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza użycie sprzętu umożliwiającego świadczenie usługi na poziomie wskazanym w SIWZ. Zamawiający wymaga, aby sprzęt wykorzystywany do realizacji przedmiotu zamówienia był wykorzystywany tylko i wyłącznie na potrzeby przedmiotowego zamówienia.
Pytanie 19. OPZ Czy Zamawiający daje pełną dowolność w wyborze technologii, topologii, routingu i protokołów sieciowych, przyjmując, że najważniejszym czynnikiem jest spełnienie postawionych wymagań?
Odpowiedź: Zamawiający uważa, że Wykonawca posiada przygotowanie techniczne oraz doświadczenie w zakresie projektowania systemów transmisji danych oraz jest uważany za profesjonalistę w zakresie Przedmiotu Umowy dlatego potwierdza, że najważniejszym czynnikiem jest spełnienie postawionych wymagań
Jednocześnie zamawiający nie zmodyfikował części II SIWZ lit. C pkt. 1.1 i wymagał wadium w wysokości 2 000 000zł.
Z powyższego wynika, że zamawiający usunął opcję z dniem 31 lipca 2020r. przewidując jednocześnie zamówienia uzupełniające na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy do 50% wartości zamówienia przy niezmienionej wysokości wadium tj. 2 mln zł. Wykonawcy przed upływem terminu składania ofert nie wnosili o obniżenie wysokości wadium.
Jednocześnie zamawiający nie wykluczył możliwości wykorzystania istniejącej infrastruktury i dopuścił możliwość użycia urządzeń używanych, a także pozostawił wykonawcom swobodę w zakresie doboru technologii, topologii routingu i protokołów sieciowych.
W ocenie Izby te okoliczności powodują, że w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią siwz nie można ustalić treści siwz, z którą nawet brak zaoferowania urządzeń zapasowych/awaryjnych byłby niezgodny.
Izba zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.
Izba nie dopatrzyła się przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy. W szczególności Izba uznała, że kwestia nieważności postępowania jest okolicznością, która podlega badaniu na każdym etapie postępowania. Sam fakt, że zamawiający usunął prawo opcji w dniu 31 lipca 2020r. i jednocześnie nie dokonał zmiany treści części II siwz w zakresie wysokości wadium, w ocenie Izby nie powoduje, że termin na wniesienie odwołania na zaniechanie unieważnienia postępowania dotkniętego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy upłynął w dniu 10 sierpnia 2020r. Zdaniem Izby prawo do wnoszenia odwołania na takie zaniechanie zamawiającego należy ocenić przez pryzmat celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Celem tym zaś jest zawarcie ważnej umowy, która doprowadzi do wykonania zamówienia leżącego w interesie publicznym. Tym samym zarzut nieważności postępowania może być w ocenie Izby podniesiony przez wykonawców w każdym momencie tego postępowania, oczywiście przed zawarciem umowy, tak aby nie dopuścić do zawarcia umowy dotkniętej nieważnością. Z tego względu Izba nie uznała zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jako spóźnionego i oddaliła w tym zakresie wniosek przystępującego T-Mobile.
Izba oceniła, że odwołujący wykazali przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego T-Mobile, co do braku wykazania przez odwołującego Integrated Solutions możliwości poniesienia szkody przez zaniechanie zamawiającego polegające na nieunieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, że przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy odnosi się do odwołania jako całości, a nie jego poszczególnych zarzutów, czy żądań, co więcej musi istnieć na datę wnoszenia odwołania i może odpaść w toku postępowania odwoławczego nie powodując niedopuszczalności odwołania. Choćby zatem z tego względu wniosek o oddalenie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z braku szkody odwołującego Integrated Solutions należało oddalić. Jednakże nawet gdyby rozważyć możliwość oceny istnienia przesłanki dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy w konkretnym zarzucie, to również wniosek nie zasługiwałby na uwzględnienie. Przede wszystkim w orzecznictwie TSUE z: 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 (*Fastweb)*, 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligenica Facility Esco (PFE)* 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (*Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich*) i 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (*Archus et Gama)*.
W powołanych orzeczeniach TSUE wskazywał, że każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty (pkt 33 wyroku w sprawie C-100/12). Trybunał uznał również, że w sytuacji, gdy skarżone są jednocześnie wybór najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy kwestionującego ten wybór, każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Wywiódł, że, po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałoby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie (pkt 27 wyroku w sprawie C-689/13). Z powołanych orzeczeń wprost wynika, iż odwołujący może legitymować się interesem polegającym na dążeniu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jednak z zastrzeżeniem, że nie został ostatecznie wykluczony z danego postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 36 wyroku w sprawie C-355/15).
Do znaczenia pojęcia „dane zamówienie", którym posłużył się w art. 179 ust. 1 Pzp polski ustawodawca, a które we wskazanym na wstępie orzecznictwie Izby rozumiane było wyłącznie w powiązaniu z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w związku z którym było wniesione odwołanie, TSUE odniósł się w wyroku w sprawie C-131/16. W

orzeczeniu tym Trybunał stwierdził, że pojęcie „danego zamówienia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, w sytuacji gdy wykonawca kwestionuje jednocześnie odrzucenie własnej oferty i wybór oferty najkorzystniejszej, może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie wskazywano, że pojęcie „danego zamówienia" powinno być wykładane z uwzględnieniem definicji „zamówienia publicznego" zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy, a więc rozumiane jako odpłatna umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, na roboty budowlane, dostawy czy usługi. Oznacza to, że dane zamówienia to dana umowa, a więc nie konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale zawarcie umowy na realizację określonego przedmiotu zamówienia. Izba wskazywała, że dopóki umowa na określony przedmiot zamówienia nie została zawarta, a przedmiot tego zamówienia i warunki uzyskania zamówienia w sposób istotny nie zostały zmienione, to wykonawca może mieć interes w uzyskaniu zamówienia niezależnie od tego, czy do zawarcia tej umowy doszło w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, czy też kilku. Pogląd, że wykonawca może dążyć do wyeliminowania innych wykonawców i unieważnienia postępowania w celu umożliwienia sobie startu w kolejnym postępowaniu, wyrażono w orzeczeniach z: 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 18/18, 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 74/18, 1 marca 2018 r., sygn. akt KIO 171/18, 5 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1227/18. Z powyższego wynika, że sam fakt wskazania, że przyszłe postępowanie jest niepewne i hipotetyczne nie pozbawia jeszcze wykonawcy interesu w uzyskaniu danego zamówienia, a szkodą w tym przypadku będzie brak możliwości wzięcia udziału w kolejnym zamówienia i brak możliwości uzyskania zysku w przypadku wyboru oferty jako najkorzystniejszej. Niewątpliwie w niniejszej sprawie odwołujący Integrated Solutions złożył ofertę, której zamawiający nie odrzucił, a więc dążąc do unieważnienia postępowania, stwarza on sobie szansę na ponowne złożenie swojej oferty i zawarcie umowy z zamawiającym. Z tego względu Izba wniosek przystępującego T-Mobile oddaliła.

Sygn. akt KIO 3303/20

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami dotyczących wyliczenia ceny w postępowaniu przez T-Mobile S.A. tj. pisma T-Mobile S.A. z dnia 13 listopada 2020 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. la ustawy, z dnia 6 listopada 2020 r.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2020 r. nr 19130 („UZNK") przez uznanie, że informacje zawarte we wskazanych w pkt 1 oświadczeniach i dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa T-Mobile S.A., pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. .1 i- ust. 3 ustawy w zw. z art, 91 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą jawności i przejrzystości oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać zweryfikowana przez odwołującego pod kątem wykazania przez T-Mobile S.A., że nie zaoferował rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, z uwagi na nieujawnienie i nieudostępnienie odwołującemu w całości treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny złożonych w postępowaniu, tj. pisma T-Mobile S.A. z dnia 13 listopada 2020 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy, z dnia 6 listopada 2020 r., pomimo, że T-Mobile S.A. nie wykazał, ze zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa wykonawcy, co stanowi również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile S.A. z uwagi na fakt, iż oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

a ponadto z ostrożności procesowej, w przypadku gdy Krajowa Izba Odwoławcza uzna, że termin wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniej biegnie od dnia zawiadomienia przez zamawiającego o dokonaniu tej czynności, bez względu na fakt nieujawnienia i nieudostępniania odwołującemu pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny złożonych w postępowaniu przez T-Mobile S.A., niezbędnych do zbadania i oceny oferty T-Mobile S.A pod kątem zaistnienia podstaw odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy

Izba łącznie rozpozna przedmiotowe zarzuty, gdyż dotyczą one tego samego stanu faktycznego tj. zaniechania przez zamawiającego odtajnienia wyjaśnień przystępującego T-Mobile z dnia 13 listopada 2020r. mimo tego, że w ocenie odwołującego TK Telekom przystępujący nie złożył wyjaśnień uzasadniających skuteczność zastrzeżenia tajemnicy, nie wykazał istnienia wszystkich przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk, w szczególności wartości gospodarczej zastrzeganych informacji i związku przyczynowo-skutkowego miedzy czynnością zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a szkodą, która wyniknęłaby z jej ujawnienia, naruszenia zasady jawności postępowania, przez ograniczenie wykonawcom możliwości weryfikacji przedstawionych wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Zarzuty w ocenie Izby nie zasługują na uwzględnienie. Izba przy ocenie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wzięła pod uwagę charakter przedmiotowego zamówienia. Izba w ustaleniach stanu faktycznego ustaliła, że zamawiający dopuścił dowolność technologiczną, topologii routingu oraz protokołów sieciowych, co oznacza, że wykonawcy mogli w sposób swobodny ukształtować zaoferowany przedmiot, byle spełniał on wymagania postawione przez zamawiającego, mieli też swobodę w doborze urządzeń z jakich zamierzają skorzystać nowych lub używanych. Tym samym wyjaśnienia ceny rażąco niskiej musiały wskazywać na pewne określone rozwiązania własne, charakterystyczne dla danego wykonawcy i na przyjęte przez niego założenia, co do sposobu realizacji zamówienia. Na takie też okoliczności powołuje się w swoim uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przystępujący T-mobile wskazując na charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny zastrzeganych informacji. W ocenie Izby nie sposób również uznać, że wykonawca nie wykazał, choć nie wprost wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Nie można bowiem analizować uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia informacji w oderwaniu od dokumentów zawierających tą informację. Biorąc choćby do analizy ofertę na sprzęt złożoną przez przystępującego T-Mobile, z której wprost wykona, że podane w tym dokumencie dane jego wystawca traktuje jako poufne i dla ich upublicznienia przez T-Mobile wymagane jest uzyskanie zgody wystawcy, to Izba ustaliła, że dokument wskazuje na ceny katalogowe sprzętu i na cenę zaoferowaną przystępującemu T-Mobile. Na tej podstawie można ustalić wysokość rabatu przyznanego T-Mobile przez wystawcę. Utrata zaufania wystawcy przez nieuprawnione ujawnienie tej informacji, może pozbawić przystępującego konkretnej korzyści majątkowej wyrażającej się wysokością opustu. Również część dowodów to korespondencja elektroniczna pomiędzy T-Mobile a podmiotami z nim współpracującymi, a zatem nie są to dane podawane do publicznej wiadomości i także zawierają informacje o proponowanych opustach np. dokument dotyczący łącza H. Zatem w ocenie Izby zamawiający analizując uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa łącznie ze złożonymi przez przystępującego T-Mobile dokumentami zawierającymi informacje zastrzeżone mógł ustalić prawdopodobną wartość gospodarczą. Możliwe to było także dla zamawiającego przez porównanie wyjaśnień pozostałych wykonawców i

złożonych przez nich dowodów. Choćby porównując ceny routerów zaoferowanych przez wykonawców TK Telekom i T-Mobile zamawiający był w stanie ustalić tak wysokość przysługujących im rabatów, jak i wartość gospodarczą takiej informacji w odniesieniu do możliwości uzyskania przewagi konkurencyjnej. Tym samym w ocenie Izby zastrzeżone informacje mają dla T-Mobile wartość gospodarczą i należą do katalogu informacji objętych art. 11 ust. 2 uznk. W ocenie Izby ścisłe dowodzenie wartości gospodarczej informacji bez jej ujawnienia i oceny skutków tego ujawnienia nie jest możliwe. Szkoda jaka może powstać w wyniku ujawnienia informacji może być różna w zależności od konsekwencji jakie nastąpią w wyniku jej ujawnienia np. kontrahent może całkowicie zerwać współpracę powodując konieczność budowania na nowo relacji z innymi podmiotami, albo jedynie zmniejszyć przyznany rabat. Zatem ocenia taka jakiej domaga się odwołujący TK Telekom nie jest w ocenie Izby możliwa w sposób precyzyjny. Przystępujący T-Mobile w ocenie Izby wykazał przedłożonymi dowodami, że zachowuje poufność informacji tak w relacjach z pracownikami, jak i kontrahentami. Przystępujący przedstawił tak oferty, w których zawarto klauzule poufności, jak i wprowadzone w firmie przystępującego polityki ochrony informacji, co w ocenie Izby jest wystarczające do uznania, że informacje nie zostały przed przekazaniem ich zamawiającemu podane do publicznej wiadomości. Izba zwraca uwagę, że zasada jawności z art. 8 ust. 1 ustawy doznaje wyjątku w art. 8 ust. 3 ustawy, tym samym fakt skorzystania z prawa do zastrzeżenia informacji sam w sobie nie może być oceniony jako czyn nieuczciwej konkurencji, ani czynność niezgodna z ustawą. Fakt ten potwierdził swoim autorytetem Sąd Najwyższy – vide Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 21 października 2005 r. III CZP 74/05 „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.”. Z tych wszystkich względów Izba uznała, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, a zgłoszony przez przystępującego T-Mobile sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w tej części zarzutów jest zasadny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez:

a) Niewłaściwą ocenę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, udzielonych przez T- Mobile S.A. i uznanie, że wyjaśnienia te wraz ze złożonymi dowodami są wystarczające do wykazania, że wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile S.A. z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

b) zaniechania odrzucenia oferty T-Mobile S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a to z powodu nieuwzględnienia bądź zaniżenia niezbędnych kosztów świadczenia usług dotyczących zakupu urządzeń dedykowanych do tego projektu, zapewnienia medium, a nadto nieuwzględnienia kwot kar umownych związanych z awariami łączy.

Zarzut został cofnięty przez odwołującego TK Telecom na rozprawie i nie podlegał rozpoznaniu. W tym zakresie Izba w sentencji wyroku wydała postanowienie o umorzeniu postępowania na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy, albowiem skoro odwołujący do zamknięcia rozprawy może wycofać całe odwołanie, to tym bardziej wolno mu podjąć czynność dyspozytywną cofnięcia części odwołania, co w niniejszej sprawie miało miejsce. Skoro konsekwencją cofnięcia odwołania jest umorzenie postępowania przez Izbę, to w sytuacji wycofania zarzutu odwołania, skutkiem tej czynności powinno być częściowe umorzenie postępowania. Wydanie postanowienia o częściowym umorzeniu postępowania stanowi bowiem rozstrzygnięcie Izby w części. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może rozstrzygać ponad zarzuty zawarte w odwołaniu, a contrario zobowiązana jest zatem rozstrzygnąć o wszystkich zarzutach podniesionych w odwołaniu, co oznacza, że nie może pozostawić wycofanego zarzutu bez rozstrzygnięcia, a jedynym możliwym rozstrzygnięciem w tym przypadku jest umorzenie postępowania z powodu braku przedmiotu sporu objętego zarzutem.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

Sygn. akt KIO 3336/20

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty TMobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1-3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez uznanie za wystarczające wyjaśnienia złożone przez T-Mobile Polska S.A., że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny

Izba rozpozna zarzuty łącznie. Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Odwołanie koncentruje się na tym, że wykonawca T-Mobile nie przewidział kosztów sprzętu awaryjnego w celu zapewnienia osiągnięcia wysokiego poziomu SLA oraz na założeniu, że użycie sprzętu używanego jest droższe niż użycie sprzętu nowego, a także na przekonaniu odwołującego, że sytuacja organizacyjna, technologiczna i zdolności kalkulacji ceny ofertowej są podobne u wszystkich wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. W ocenie Izby żaden z tych argumentów nie ma potwierdzenia w treści złożonych wyjaśnień. W pierwszej kolejności z wyjaśnień wynika, że przystępujący T-Mobile zamierza korzystać ze sprzętu nowego, na okoliczność czego przedstawił dowody, tym samym nie miał potrzeby kalkulowania w ofercie podwyższonych kosztów związanych z awaryjnością sprzętu używanego. Co do kosztów sprzętu awaryjnego, to Izba ustaliła, że wysokość ceny wynikającej z oferty na sprzęt i ceny wynikającej z wyjaśnień pkt. 1b akapit 3 zd. 4 wyjaśnień wskazuje na przewidzenie rezerwy cenowej, która może służyć pokryciu kosztów zakupu sprzętu awaryjnego nadto przystępujący T-Mobile w wyjaśnieniach założył dodatkową rezerwę cenową jako osobną pozycję kalkulacyjną, co w ocenie Izby również świadczy o ostrożnym podejściu przystępującego do wyceny ryzyka związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia pkt. 2d tabela 5 wyjaśnień. Tym samym w ocenie Izby brak było podstaw do uznania, że przystępujący T-Mobile nie przewidział możliwości wystąpienia wydatków związanych z zapewnieniem dodatkowych urządzeń w celu zachowania SLA. Izba ustaliła także, że routery, dla których odwołujący przedstawił ceny producentów przystępujący T-Mobile ma możliwości nabyć na korzystniejszych warunkach. Co do możliwości manipulacji ceną, to w ocenie Izby zarzut ten w rzeczywistości nie jest zarzutem nadającym się do subsumpcji pod przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy czy art. 90 ust. 3 ustawy, jest to raczej zarzut mogący znaleźć oparcie w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, którego naruszenia odwołujący nie zarzuca mimo, że odwołuje się do czynności sprzecznych z prawem i dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 3 uznk i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Ponadto w ocenie Izby zarzut ten nie został konkretyzowany w stanie faktycznym odwołujący nie wskazał jakie elementy zamówienia podstawowego i zamówień uzupełniających są wspólne i w jakim zakresie przystępujący mógłby podnosić cenę zamówień uzupełniających, aby rekompensować niską cenę w zamówieniu podstawowym. Nadto w ocenie Izby przystępujący T-Mobile przedstawił dowody w zakresie kosztów czy to związanych z infrastrukturą czy sprzętem oraz usługami towarzyszącym, które wskazują na możliwość zaoferowania cen na poziomie skalkulowanym przez przystępującego T-Mobile. Izba analizując dowody przystępującego T-Mobile nie

znalazła dowodów świadczących o tym, że przystępujący zawiąże współpracę uzyska usługi, czy urządzenia po cenach wyższych niż skalkulowane w kalkulacji, których nadwyżkę musiałby rekompensować przyszłymi zamówieniami. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w zachowaniu zamawiającego zaniechania prawidłowej oceny wyjaśnień naruszającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 – 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty TK TELEKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1-3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez uznanie za wystarczające wyjaśnienia złożone przez TK TELEKOM Sp. z o.o., że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny
Izba rozpozna zarzuty łącznie. Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Odwołanie koncentruje się na tym, że wykonawca TK Telekom nie przewidział kosztów sprzętu awaryjnego w celu zapewnienia osiągnięcia wysokiego poziomu SLA oraz na założeniu, że użycie sprzętu używanego jest droższe niż użycie sprzętu nowego, a także na przekonaniu odwołującego, że sytuacja organizacyjna, technologiczna i zdolności kalkulacji ceny ofertowej są podobne u wszystkich wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. W ocenie Izby żaden z tych argumentów nie ma potwierdzenia w treści złożonych wyjaśnień. W pierwszej kolejności z wyjaśnień wynika, że przystępujący TK Telekom zamierza korzystać ze sprzętu nowego, na okoliczność czego przedstawił dowody, tym samym nie miał potrzeby kalkulowania w ofercie podwyższonych kosztów związanych z awaryjnością sprzętu używanego. Co do kosztów sprzętu awaryjnego, to Izba ustaliła, że wysokość ceny wynikającej z ofert na sprzęt wskazuje, że wykonawca kalkulował ofertę w oparciu o rzeczywiste koszty, jakie będzie musiał ponieść. Jednocześnie w pkt. 2 d wyjaśnień przystępujący TK Telekom wykazał wysokość oszczędności osiąganej na samym sprzęcie w stosunku do cen katalogowych. Nadto Izba wzięłą pod uwagę następujący fakt, iż rozbieżność pomiędzy ofertami odwołującego, TK-Telekom i T-Mobile w zakresie sprzętu opisanego przez odwołującego w tabela 1 pkt. 1-5 i 9, u TK-Telekom poz. 3 załącznika nr 2 do wyjaśnień i u T-Mobile – 1b akapit 3 są na zbliżonym poziomie, a nawet koszt wskazany przez TK Telekom w tym zakresie jest najwyższy. Tym samym w ocenie Izby brak było podstaw do uznania, że przystępujący TK Telekom nie gwarantuje wykonania zamówienia na wymaganym przez zamawiającego poziomie SLA. Izba ustaliła także, że routery, dla których odwołujący przedstawił ceny producentów przystępujący TK Telekom ma możliwości nabyć na korzystniejszych warunkach. Co do możliwości manipulacji ceną, to w ocenie Izby zarzut ten w rzeczywistości nie jest zarzutem nadającym się do subsumpcji pod przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy czy art. 90 ust. 3 ustawy, jest to raczej zarzut mogący znaleźć oparcie w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, którego naruszenia odwołujący nie zarzuca mimo, że odwołuje się do czynności sprzecznych z prawem i dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 3 uznk i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Ponadto w ocenie Izby zarzut ten nie został konkretyzowany w stanie faktycznym odwołujący nie wskazał jakie elementy zamówienia podstawowego i zamówień uzupełniających są wspólne i w jakim zakresie przystępujący mógłby podnosić cenę zamówień uzupełniających, aby rekompensować niską cenę w zamówieniu podstawowym. Nadto w ocenie Izby przystępujący TK Telekom przedstawił dowody w zakresie kosztów czy to związanych z infrastrukturą czy sprzętem oraz usługami towarzyszącym, które wskazują na możliwość zaoferowania cen na poziomie skalkulowanym przez przystępującego TK Telekom. Izba analizując dowody przystępującego TK Telekom nie znalazła dowodów świadczących o tym, że przystępujący zawiąże współpracę uzyska usługi, czy urządzenia po cenach wyższych niż skalkulowane w kalkulacji, których nadwyżkę musiałby rekompensować przyszłymi zamówieniami. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w zachowaniu zamawiającego zaniechania prawidłowej oceny wyjaśnień naruszającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 – 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A., jako niezgodnej z SIWZ, z uwagi na to, że oferta T-Mobile Polska S.A. nie obejmowała swoim zakresem całości przedmiotu zamówienia; oraz
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty TK TELEKOM Sp. z o.o., jako niezgodnej z SIWZ, z uwagi na to, że oferta TK TELEKOM Sp. z o.o. nie obejmowała swoim zakresem całości przedmiotu zamówienia
Izba zarzuty rozpozna łącznie. Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie przede wszystkim z uwagi na brak ich udowodnienia. Zarzuty oparte są o brak kalkulacji sprzętu awaryjnego, jednakże Izba stwierdza, że w zakresie zarzutu zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy rozkład ciężaru dowodowego obciąża odwołującego, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy. Odwołujący przedstawił jedynie dowód na koszt routerów Cisco i Huawei, dla których Izba jednoznacznie ustaliła na podstawie dowodów nr 7 w ofercie TK-Telekom i oferty na sprzęt w ofercie T-Mobile, że obaj wykonawcy dysponują dowodami na możliwość poniesienia znacząco niższych kosztów zakupu tych urządzeń. Nadto, aby możliwe było stwierdzenie że treść oferty nie odpowiada treści siwz konieczne jest ustalenie jednoznacznego, nie budzącego wątpliwości, konkretnego postanowienia siwz, z którym treść oferty miałaby być sprzeczna. W ocenie Izby zamawiający nie narzucił wykonawcom tak technologii wykonania, jak i topologii routingu i protokołów sieci, tym samym nie można uznać, że zamawiający zakładając określone poziomy SLA, wyraźnie w treści siwz postanowił, że warunkiem odpowiedniej treści oferty w stosunku do siwz jest oparcie tej oferty o urządzenia awaryjne dla zapewnienia niezakłóconego i nieprzerwanego świadczenia usługi. Tym samym wystarczające dla oddalenia tych zarzutów jest ustalenie przez Izbę, że zamawiający nie wymagał przedstawienia oferty skalkulowanej w oparciu także o sprzęt awaryjny. Izba zatem oddaliła zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy T-Mobile Polska S.A., która podlega odrzuceniu
Zarzut nie potwierdził się. Izba stwierdziła analizując zarzuty poprzedzające, że nie można przypisać zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty wybranej na podstawach prawnych wskazanych przez odwołującego Integrated. Skoro zatem zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wybranej nie potwierdziły się, to należało uznać, że zamawiający prawidłowo dopuścił ofertę przystępującego T-Mobile do oceny ofert. Odwołujący nie podnosił zarzutów związanych z czynnością oceny ofert, a zatem Izba uznała tę czynność za prawidłową. W konsekwencji uznała, że skoro oferta T-Mobile uzyskała najwyższą ilość punktów w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, to zamawiający prawidłowo uznał ją za najkorzystniejszą i dokonał jej wyboru. W ocenie Izby nie stanowiło to naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Skutkiem tego zarzut należało oddalić.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i jednocześnie wnoszę o unieważnienie dokonanych do tej pory czynności zamawiającego związanych z dokonanym wyborem oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie

zamawiającemu unieważnienia postępowania
Zarzut ten został podniesiony jako zarzut ewentualny. Izba oddaliła zarzuty podstawowe, a zatem była zobligowana do rozpoznania zarzutu ewentualnego. Izba uznała zarzut za niezasadny i nieudowodniony. W pierwszej kolejności Izba wskazała, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy stanowi, że zamawiający może unieważnić postępowanie, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dla zastosowania tego przepisu konieczne jest sięgnięcie do art. 146 ustawy, który wskazuje na podstawy nieważności umowy i tak z mocy art. 146 ust. 1 ustawy umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:
1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;
5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;
6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;
7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.
W ocenie Izby żadna z tych przesłanek nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie. Zatem konieczne jest zbadanie czy ma zastosowanie przesłanka z art. 146 ust. 6 ustawy zgodnie z którym Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym dla zaistnienia tej postawy prawnej konieczne jest wykazanie, że zaniechanie zmiany wysokości wadium w sytuacji rezygnacji przez zamawiającego z realizacji prawa opcji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Pomijając nawet fakt, że odwołujący poza gołosłownym twierdzeniem, że wysokość dwumilionowego wadium mogła odstraszyć ewentualnych wykonawców, nawet nie podjął próby wykazania, że poza odwołującym i przystępującymi istnieją inne podmioty w branży zdolne wykonać przedmiotowe zamówienie, to i tak zarzut nie byłby zasadny. Trzeba bowiem zauważyć, że odwołujący dostrzegł konieczność odjęcia kwoty wyszacowanej opcji, ale pominął treść art. 32 ust. 3 ustawy, który stanowi, że jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość tych zamówień. Niewątpliwie zamawiający w wyniku modyfikacji siwz z dnia 31 lipca 2020r. przewidział możliwość udzielenia zamówień w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy do wysokości 50% wartości zamówienia, czyli jeśli przyjąć, że wartość zamówienia podstawowego bez opcji to 31 432 133,40zł., to wartość zamówień uzupełniających to 15 716 066, 20zł. łącznie 47 148 199, 60zł., co powoduje, że 3% tej wartości to kwota ok. 1 414 446zł. , a więc nie jest to kwota poniżej 1 mln złotych jak wskazywał na to odwołujący. Ponadto wszyscy wykonawcy w niniejszym postępowaniu złożyli wadium w formie gwarancji bankowych, ale odwołujący nie wykazał, że koszt uzyskania tych gwarancji jest rzeczywiście na tyle wysoki aby stanowił barierę dostępu do zamówienia. Tym samym odwołujący musiałby wykazać, że koszt uzyskania takiej gwarancji nie jest możliwy dla osiągnięcia przez innych wykonawców, niż ci którzy wzięli udział w przedmiotowym zamówieniu. Takie wykazanie nie nastąpiło. Tym samym w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się i należało go oddalić.
Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.
Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 1843 oraz 2020r. poz. 1086) z mocy art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych, z tym zastrzeżeniem, że na mocy art. 92 ust. 1 ustawy Izba ustaliła, że właściwym dla rozpoznania skargi na przedmiotowe orzeczenie będzie Sąd Okręgowy w Warszawie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt. 1 i 2 rozporządzenia zasądzając zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego jako kosztów postępowania wpisy uiszczone przez obu odwołujących oraz zasądzając od odwołującego TK Telecom na rzecz przystępującego T-Mobile zwrot kosztów zastępstwa prawnego w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez rozporządzenie tj. w kwocie 3 600zł. Izba wzięła pod uwagę, że przepis par. 5 ust. 3 pkt 2 stanowi o zasądzeniu kosztów na rzecz sprzeciwiającego się. zatem przystępującemu przysługiwał zwrot kosztów postępowania, a biorąc pod uwagę, że odwołujący TK Telecom cofnął na rozprawie zarzut nieuwzględniony przez zamawiającego, to należało uznać, że sprzeciw odnosił się do całości utrzymanych zarzutów odwołania, uwzględnionych przez zamawiającego.

Przewodniczący:……