Sygn. akt:KIO 2193/20

KIO 2196/20 KIO 2198/20

WYROK
z dnia 26 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 22 października 2020 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 września 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2193/20),

B. w dniu 4 września 2020 roku przez wykonawców RTcom spółka cywilna W. . T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie (sygn. akt KIO 2196/20),

C. w dniu 4 września 2020 roku przez wykonawcę E. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2198/20)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie przy udziale:

A) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aksel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku (pełnomocnik) oraz Teletronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2193/20 po stronie Zamawiającego,

B) wykonawcy E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2193/20 po stronie Zamawiającego,

C) wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2193/20 po stronie Zamawiającego,

D) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aksel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku (pełnomocnik) oraz Teletronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2196/20 po stronie Zamawiającego,

E) wykonawcy E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2196/20 po stronie Zamawiającego,

F) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2196/20 po stronie Zamawiającego,

G)wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2198/20 po stronie Zamawiającego,

H)wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2198/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2193/20 wywołane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu łączności standardu DMR w ramach umowy ramowej:*

-w zakresie do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aksel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku (pełnomocnik) oraz Teletronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu - z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego i niewniesienie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aksel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku (pełnomocnik) oraz Teletronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego,

-w zakresie do wszystkich zarzutów podniesionych w dowołaniu w odniesieniu do wykonawcy DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie - z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego.

2.Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2196/20 wywołane w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu łączności standardu DMR w ramach umowy ramowej:*

-w zakresie do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu w odniesieniu do wykonawcy DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie - z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego,

-w zakresie do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aksel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku (pełnomocnik) oraz Teletronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu - z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego i niewniesienie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aksel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku (pełnomocnik) oraz Teletronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego.

3.

A)Uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2193/20).

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 25 sierpnia 2020 roku wyboru ofert do zawarcia umowy ramowej.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferty wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H.,
D.S. z siedzibą w Koszalinie.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

B)Oddala odwołanie wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie (sygn. akt KIO 2196/20).

C)Uwzględnia odwołanie wykonawcy E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2198/20).

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 25 sierpnia 2020 roku wyboru ofert do zawarcia umowy ramowej.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie, a także oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

3.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie i:

3.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2193/20) oraz wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie (sygn. akt KIO 2196/20) oraz wykonawcy E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2198/20) - tytułem wpisów od odwołań,

3.2zasądza, w sprawie sygn. akt KIO 2193/20, od wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę **11 100 gr 00** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika; oraz zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.3zasądza, w sprawie sygn. akt KIO 2196/20, od wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz na rzecz wykonawcy E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie łącznie kwotę **7 200 zł 00 gr** (siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz na rzecz wykonawcy E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

3.4zasądza, w sprawie sygn. akt KIO 2198/20, łączenie od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz od wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie na rzecz wykonawcy E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, w tym od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) oraz od wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt:KIO 2193/20
KIO 2196/20 KIO 2198/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Skarb Państwa - Komenda Główna Policji w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Dostawa sprzętu łączności standardu DMR w ramach umowy ramowej.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 049-115559.

A. Sygn. akt KIO 2193/20

Odwołującym, działając na podstawie art. 180 ust.1 i w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") wniósł odwołanie wobec:

-czynności wyboru ofert do zawarcia umowy ramowej,

-zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: (1) konsorcjum Aksel Sp. z o.o. i Teltronik Sp. z o.o. (dalej jako „Aksel"); (2) RTCOM S.C. W. K., T. S., S. H., D. S. (dalej jako „RTCOM"); (3) Altran E. G. (dalej jak „Altran"); (4) DGT Sp. z o.o. (dalej jako „DGT"),

-zaniechanie wykluczenia wykonawców: (1) Aksel; (2) RTCOM (3) Altran i (4) DGT,

-zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnice przedsiębiorstwa przez wykonawców: (1) Aksel: z pisma z 25 czerwca 20202 r. - załącznika nr 4 wyciąg z oferty Motorola Solutions wraz z tłumaczeniem- STANOWIĄCY TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA; (2) DGT - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 7 lipca 202 oraz z 24 lub 25 czerwca 2020 r.; (3) RTCOM - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 7 lipca 2020 r., wyjaśnienia

rażąco niskiej ceny i ofert z 18 czerwca 2020 r.; (4) Altran: wskazanych w piśmie zastrzegającym jako tajemnice z 27 lipca 2020 r.,

-zaniechanie wypełnienia pkt 27 protokołu Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK') przez nieodtajnienie informacji wadliwie zastrzeżonych, a wskazanych wyżej w tiret 4, albowiem wbrew art. 8 ust. 3 ustawy wykonawcy nie wykazali w świetle wymogów (brak dowodów na poufność), że wskazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nadto nie stanowią tajemnicy w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Co więcej, niekiedy nawet wykonawcy nie przekazali uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicę, a zatem nie może to wywołać określonego skutku, a prowadzi do ograniczenia możliwości powoływania zarzutów wobec ofert tych wykonawców;

2)naruszenie art. 96 ust. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie wypełnienia pkt 27 protokołu postępowania przez podanie kompletnej listy załączników,

3)naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy w zw. z art 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty RTCOM w zakresie związanym z informacjami ujawnionymi, albowiem zaoferowanie cen, szczególnie wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z 2 lipca 2020 r. to ceny obiektywnie nierealne, z zastrzeżeniem, ze brak ujawnienia tych wyjaśnień uniemożliwia konstrukcję precyzyjnych zarzutów poza informacjami dostępnymi teraz aktualnie;

4)naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 UZNK przez zaniechanie odrzucenia oferty RTCOM, podczas gdy przedstawiane ceny, w szczególności ujawnione w wezwaniu Zamawiającego z 2 lipca 2020 r. ceny za szkolenie (8,38 zł) stanowią manipulację cenową i oferowanie usług poniżej rzeczywistych kosztów, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

5)naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2) w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy i dodatkowo art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy przez nieodrzucenie ofert RTCOM, Altran, Aksel i DGT podczas gdy oferty tych wykonawców są niezgodne z SIWZ, a dodatkowo w części sytuacji ww. wykonawcy starają się zmieniać oferty w sposób niedozwolony, jak też że w treści oferty nie podali prawidłowych informacji w zakresie oferowanych produktów. Co więcej, działania ww. wykonawców prowadzą do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, że oferowane produkty są zgodne z SIWZ, szczególnie wynika to z wyjaśnień składanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy;

6)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez zaniechania obligatoryjnych działań przez Zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych zarzutów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru ofert do zawarcia umowy ramowej; nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie ofert wykonawców Aksel, RTCOM, Altran oraz DGT, ewentualnie wykluczenia wykonawców składających ww. oferty; nakazanie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnicę przedsiębiorstwa przez wykonawców wskazanych na wstępie; wypełnienie prawidłowe pkt 27 protokołu Postępowania; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, gdyż złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i ma realną szansę na uzyskanie zamówienia w ramach umów wykonawczych po zawarciu umowy ramowej. Nie zmienia tego faktu okoliczność, że Postępowanie dotyczy zawarcia umowy ramowej, a wszystkie oferty złożone w Postępowaniu zostały zaproszone do jej zawarcia. Odwołującego interesem jest doprowadzenie do odrzucenia ofert, czy wykluczenia wykonawców, którzy nie powinni być zaproszeni do zawarcia umowy ramowej. Skutkiem tego będzie ograniczenie nieprawidłowej i wadliwej konkurencji przy ewentualnym zawieraniu umów wykonawczych. Rozstrzygnięcie odwołania przez jego uwzględnienie, spowoduje prawidłowe przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy w trybie konkurencyjnym i zapewnienie traktowania równego oraz zgodnego z przepisami ustawy wszystkim wykonawcom zdolnym wykonać zamówienie, w tym Odwołującego.

Odwołujący następująco uzasadniał:
Zamawiający prowadzi Postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej z maksimum 8 wykonawcami. W Postępowaniu wpłynęło 5 ofert i wszystkich wykonawców Zamawiający wybrał do zawarcia umów ramowych. Informacja o wyborze została przekazana 25 sierpnia 2020 r.

Ceny oferty zostały skonstruowane w celu dokonanie ich prawidłowych ocen. Zamawiający przewiduje na realizację zamówienia kwotę 169 369 895,46 zł.

Jedna z ofert, to jest oferta RTCOM pod względem zaproponowanej ceny jest rażąco niska. Zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające. Niestety część wyjaśnień została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo że nie spełniono wymogów z art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK. Jednakże z części jawnej wynika nie tylko kwestia rażąco niskiej ceny, ale i potencjalny czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż niektóre ceny jednostkowe są wprost niższe niż koszty realizacji tych usług.
Ceny ofert kształtują się w sposób następujący: Aksel - 563 619,45 zł; DGT - 586 623,90 zł; RTCOM - 299 869,39 zł; Altran - 530 470,71 zł; Odwołujący - 495 798,24 zł.

Dodatkowo, oferty są niezgodne z SIWZ. wykonawcy mieli w ofercie (informacje dodatkowe) podać dane oferowanych produktów i ich ceny. Mieli podać m.in. nazwy producentów i modeli. Niektórzy wykonawcy tego nie uczynili, a próby dokonywania uzupełnień w tym zakresie na skutek wezwań z art. 87 ust. 1 ustawy mogą stanowić niedozwoloną zmianę oferty.

Zarzut - tajemnica przedsiębiorstwa
Zamawiający niezasadnie nie dokonał odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawców, których oferty kwestionuje Odwołujący. Odwołujący nie otrzymał dokumentacji postępowania mimo wniosku o jej przekazanie. Co więcej wadliwie prowadzony protokół Postępowania (brak pkt 27 protokołu) uniemożliwia weryfikację dokumentów znajdujących się w sprawie, jak i tego, czy wszystko zostało przekazane, czy też czy są jeszcze jakieś inne nieprzekazane dokumenty. Przykładowo Odwołujący z pisma DGT z 7 lipca 2020 r. dowiaduje się, że było jeszcze pismo DGT z 24/25 czerwca 2020 r., którego nie przekazano Podobno było tam zastrzeżenie informacji jako tajemnicy, ale uzasadnienia zastrzeżenia wraz z dowodami Zamawiający nie przekazał. Tym samym, wobec lakonicznych stwierdzeń w zakresie uzasadnienia zastrzeżeń, Odwołujący zmuszony kwestionować skuteczność utajnienia informacji podanych przez wykonawców.
Zgodnie z 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. Zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 8 ust. 3 ustawy ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Ww. przepis przewiduje następujące przesłanki: (1) informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, (2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób, a uprawniony do korzystania z informacji

lub rozporządzania musi podjąć przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Informacje zastrzeżone RTCOM, DGT, Aksel i Altran nie mają charakteru technicznego, czy technologicznego, mogą w pewnym zakresie mieć charakter organizacyjny (w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny) oraz inny (w przypadku wszystkich dokumentów), co jednak każdorazowo wymaga wykazania ich wartości gospodarczej. Poza tym ww. wykonawcy zobowiązani muszą wykazać rzeczywiste pozostawanie wszystkich tych informacji w poufności. Tego w ocenie Odwołującego nie wykazano.
Co do kwestii zachowania poufności, to wobec brak jakichkolwiek dowodów na to, a zatem brak możliwości weryfikacji, czy w ogóle jakieś przywoływane dokumenty dotyczą informacji kadrowych oraz czy i w jakim stopniu rzeczywiście skutkują zachowaniem informacji kadrowych w poufności. Tym samym ww. wykonawcy nie udowodnili, że zastrzeżenie informacje zostały dokonane zgodnie z drugą przesłanką zawartą w art. 11 ust. 2 UZNK, dotyczącą zapewnienia poufności.
Wobec w szczególności zastrzeżonych przez RTCOM wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to tam brak jest w jakikolwiek sposób wykazania zachowania poufności. Tym samym zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby zachować niejawność zawartych w nim informacji. Oznacza to, że informacje te nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co do tych wyjaśnień, to brak jest dowodów na to, aby treści tam zawarte stanowiły tajemnicę. W związku z tym nie sposób zweryfikować, czy w ogóle dotyczą one informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz czy i w jakim stopniu rzeczywiście skutkują zachowaniem takich informacji w poufności. Jak wskazano już wyżej, sama deklaracja nie jest wystarczająca w świetle ustawowego wymogu "wykazania" zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W żadnych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, co do kwestionowanych ofert, w tym przede wszystkim RTCOM, nie wykazano, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mają wartość gospodarczą. Nie wskazano, z czego ta wartość wynika, co przesądza o jej istnieniu, jak i też co w rzeczywistości jest tą tajemnicą. Tym samym nie ma podstaw, by stwierdzić, że jakakolwiek wartość gospodarcza została wykazana.
0braku wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji przesądza treść art. 39 ust. 2 lit. b Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (Dz. U. z 1996 r. Nr 32, poz. 143), zwanego: "TRIPS". Zgodnie z tym przepisem informacje mają wartość handlową, dlatego że są poufne, co oznacza, że sam fakt poufności powoduje, że informacje mają wartość gospodarczą. Abstrahując od tego, czy ww. Porozumienie dotyczące ochrony praw własności intelektualnej w ogóle ma zastosowanie do informacji, jakie zostały zastrzeżone przez ww. wykonawców, przede wszystkim należy zauważyć, że uzależnia ono wartość gospodarczą informacji od jej poufności. Tymczasem właśnie poufności wykonawcy nie wykazali w stosunku do wszystkich dokumentów, których treść zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wchodząc zatem w dywagacje co do podstaw zastosowania TRIPS w niniejszej sprawie, należy stwierdzić, że opierając się na przytoczonym przepisie, niemożliwe jest uznanie, że zastrzeżone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mają wartość gospodarczą, skoro nie została wykazana ich poufność. W konsekwencji należy uznać, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Brak jest w zakresie zastrzegania przez wykonawców w kwestionowanym zakresie dokumentów potwierdzających dokonywanie klasyfikacji informacji wewnątrz organizacji, ograniczające dostęp do części informacji określonej grupie swoich pracowników. Jak wskazano powyżej, sama deklaracja co do istnienia procedur ograniczających dostęp do określonych informacji, nie jest wystarczająca wobec wymogu "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.
Odwołujący jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w Postępowaniu. Wykonawca w postępowaniu, w którym złożył ofertę ma prawo kwestionować każdą czynność
1zaniechanie Zamawiającego. Przysługuje mu także prawo do wglądu i porównania złożonych w postępowaniu ofert i dalszych dokumentów. Zastrzeżenie dokumentów złożonych jako tajemnica przedsiębiorstwa uniemożliwia wykonawcy analizę oferty konkurencyjnej celem oceny prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert. Zasadą w postępowaniu jest jego jawność, każdemu z wykonawców, którzy złożyli ofertę przysługuje prawo dokonania wglądu do ofert i dokumentów wykonawców. Z tego względu każdemu z wykonawców przysługuje prawo do złożenia

odwołania w sytuacji, gdy Zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów. Nieodtajnienie przez Zamawiającego dokumentów powoduje, że Odwołujący nie ma możliwości skorzystania z przysługującego mu prawa. Utajnienie wskazanych informacji/dokumentów przez RTCOM i innych wykonawców ma na celu tylko utrudnienie weryfikacji prawdziwości ich przez konkurenta. Wiadomo bowiem m.in.
RTCOM, że Odwołujący znając treść wyjaśnień w prosty sposób by wykazał ich nieprawdziwość. Zamawiający uniemożliwiając wgląd w treść wyjaśnień, uniemożliwia realizację praw Odwołującego. Odwołujący wskazał na stanowisko UZP oraz powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzut naruszenia art. 96 ust. 1 i 3 ustawy:

Zamawiający nie wskazał w protokole z Postępowania (pkt 27) wszystkich dotychczasowych załączników do niego. Uniemożliwia to Odwołującego weryfikację, czy wszystkie załączniki zostały Odwołującemu udostępnione. Odwołujący w tym zakresie wskazuje na wyrok w sprawie KIO 2288/19. W tym orzeczenie stwierdzono, że zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół. Zgodnie z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a samo postępowanie jest jawne. Warunkiem zachowania jawności, przejrzystości, a przede wszystkim uczciwej konkurencji i równego traktowanie jest m.in. zapewnienie wykonawcom
możliwości weryfikacji prawidłowości ..... czynności
zamawiającego przez korzystanie ze środków ochrony prawnej. Aby jednak wykonawca mógł korzystać z tych środków, musi mieć wiedzę o czynnościach podejmowanych przez zamawiającego, również w stosunku do innych wykonawców. Wiedzę taką powinna zapewnić mu m.in. treść protokołu postępowania. Brak wypełniania pkt 27 protokołu w trakcie postępowania skutkuje tym, że musi domniemywać, że Zamawiający podejmował określone czynności. Powyższe utrudnia, a wręcz w niektórych przypadkach uniemożliwia odwołującemu sformułowanie zarzutów odwołania, a zatem utrudnia skorzystanie z tego środka ochrony prawnej i stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę właśnie znaczenie treści protokołu, w tym wykazu załączników do protokołu, dla zapewnienia wykonawcom rzeczywistej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, naruszenie ww. przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 UZNK odnośnie RTCOM.

Odwołujący wskazał, że ww. zarzuty siłą rzeczy z uwagi na wadliwe utajnienie wyjaśnień RTCOM ograniczają się jedynie do informacji jawnych, w tym przede wszystkim tych wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z 2 lipca 2020 r., czyli pozycja 17 formularza „informacje dodatkowe", gdyż RTCOM podał kwotę 112,30 zł za zestaw programowania, w tym przede wszystkim koszt 2-dniowych szkoleń dla 2 osób. w kwocie 8,38 zł. Oczywistym jest, że za taką kwotę nie sposób przeprowadzić przedmiotowych szkoleń. Kwota nie jest w stanie pokryć nawet 1 godziny w zakresie minimalnego wynagrodzenia za godzinę pracę, które wynosi w roku 2020 r. 17 zł. (ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę albo o minimalnej stawce godzinnej i aktów wykonawczych do niej). Odwołujący wskazuje, że ww. stawki RTCOM nie dość, że świadczą o rażąco niskiej cenie jednostkowej, to i są czynem nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 UZNK, gdyż prowadzą do świadczenia usługi poniżej jej kosztów.

W ogólności cena RTCOM w szczególności, co do urządzeń radiokomunikacyjnych jest rażąco niska. Ceny RTCOM są cenami dumpingowymi, a nadto nie sposób uwierzyć, aby zawiera w sobie wszystkie koszty, w tym te dotyczące transportu. Odwołujący podnosi jeszcze, że RTCOM oferuje te same urządzenia również i w innych postępowaniach przetargowych. Jednakże, nigdzie nie określa ceny za nie na tak niskim poziomie, jak w Postępowaniu. Odwołujący stwierdza też, że wobec faktu wzywania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to RTCOM ma w świetle ustawy udowodnić, że jego ceny nie są rażąco niskie. W oparciu o część jawną wyjaśnień, możliwym jest uznanie, że już z tych rzeczy nie da się w żaden sposób tego wykazać. W pozostałym zakresie, o ile będzie taka potrzeba i możliwość, zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący ewentualnie będzie podnosił po ewentualnym nakazaniu przez KIO odtajnieniu

tych wyjaśnień. Przed tym nie jest bowiem możliwe skonstruowanie zrzutów w tym zakresie. Odwołujący nie może przy tym też ich formułować „w ciemno".
Uzasadniając oba ww. zarzuty nie jest możliwym zaproponowanie ceny za przemiennik razem z duplekserem, zasilaczem i okablowaniem bez zaoferowania cen poniżej kosztów produkcji.
Odwołujący wskazał sygn. akt KIO 1600/16 oraz dodał że nie zna m.in. treści dokumentów przedłożonych przez RTCOM z pismem z 18 czerwca 2020 r., ale z racji ponownego wezwania Zamawiającego z 2 lipca 2020 r. oczywistym jest, że nie wykazują one, że nie było rażąco niskiej ceny. Wskazał Odwołujący na wyrok sygn. akt KIO 825/15 oraz sygn. akt KIO 2088/17.

Celem zastosowania art. 15 ust. 1 UZNK w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. W PZP termin "utrudnianie dostępu do rynku" jest rozumiany jako utrudnianie prowadzenia działalności gospodarczej innym przedsiębiorcom (Wyrok KTO z dnia 29 kwietnia 2010 r., KTO/UZP 610/10). Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowanie, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji.
Celem złożenia przez wykonawcę oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia publicznego. Pojęcie "dostęp do rynku zamówień publicznych" należy rozumieć szeroko jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych (wyrok SA w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2013 r., I ACa 1173/12).
Czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust 1 UZNK jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działanie sprawcy popełniającego czyn nieuczciwej konkurencji charakteryzuje sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. W zakresie sprzeczności z prawem nie ulega wątpliwości, że czyny sprzeczne z nakazami prawa cywilnego mogą również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (przy spełnieniu pozostałych przesłanek). Jeżeli zaś rozpatrujemy sprzeczność z dobrymi obyczajami, to należy zauważyć, iż ta klauzula generalna jest interpretowana w orzecznictwie w duchu podejścia ekonomiczno-funkcjonalnego. Tak również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 4 marca 2013 r. sygn. akt I ACa 923/12.

Zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy- Aksel, DGT i Altran.

Odwołujący podał, że w zakresie oferty Aksel, DGT oraz Altran podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione Zamawiającemu w trakcie Postępowania oraz popiera też stanowisko wykonawcy RTCOM z pisma oraz 21 lipca 2020 r. jak i swoje przekazane Zamawiającemu w trakcie Postępowania.
Zamawiający zgodnie ze wzorem formularza „informacje dodatkowe" (oferta) wymagał wskazania przez wykonawcę w zakresie radiotelefonu nasobnego DMR (odpowiednio pkt II OPZ) oraz przewoźnego i stacji retransmisyjnej producenta, typu i modelu. Stosownie do rozdziału XI pkt 11 SIWZ Zamawiający wskazał, iż złożenie oferty następuje m.in. przez wypełnienie na platformie formularza ofert. Zamawiający nadał nazwę formularzowi oferty - informacje dodatkowe (dane oferowanych radiotelefonów oraz ceny jednostkowe oferowanych radiotelefonów i akcesoriów). Wymogiem Zamawiającego było podanie w ofercie producenta (obligatoryjnie) oraz modelu. Wobec trybu realizacji prowadzonego Postępowania Zamawiający nie mógł być jednoznaczne zidentyfikować konkretnego produktu. Żądanie wskazania w ofercie producenta, oraz modelu miało na celu uzyskanie informacji konkretnej. Wymaganie podania w ofercie producenta oraz modelu lub wersji miało na celu wyeliminowanie sytuacji, w której to Wykonawca dopiero po podpisaniu umowy będzie poszukiwał producenta rozwiązania.
Odwołujący podniósł, że w opisie pozycji 1, 9 i 14 formularza „informacje dodatkowe" nie jest wymieniony pełny typ oferowanego sprzętu. Pod symbolami podanymi w tych punktach może występować sprzęt na różne pasma częstotliwości, a niepodanie zakresu częstotliwości lub numeru modelu jednoznacznie identyfikującego oferowany wyrób nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie jaki typ sprzętu został zaoferowany a tym samym czy jest zgodny z SIWZ, co czyni złożoną ofertę niezgodną z treścią SIWZ. Podobna, ale nie taka sama, kwestia była przedmiotem oceny KIO, który w wyroku KIO 999/19 i KIO 1000/19 odrzucił ofertę Motorola z uwagi na identyczny błąd. jest to zatem w sposób ewidentny niezgodność z SIWZ z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.
Odwołujący wskazał, że numery modeli (MODEL NO) tych samych radiotelefonów Motoroli na różne pasma są inne co

jednoznacznie dowodzi, że podanie samego numeru głównego (DM460 1e) bez podania zakresu (pasma) częstotliwości nie umożliwia jednoznacznej identyfikacji zaoferowanego produktu.
Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu łączności standardu DMR TIER II wraz z akcesoriami dopuszczonymi do współpracy z dostarczonymi radiotelefonami przez producenta radiotelefonów, stacjami retransmisyjnymi oraz sprzętem i oprogramowaniem niezbędnym do prawidłowego skonfigurowania dostarczonych radiotelefonów wraz z akcesoriami, a także skonfigurowania dostarczonych stacji retransmisyjnych.

We wskazanych pozycjach oferty żaden z ww. wykonawców nie uzupełnił prawidłowo formularza oferty. Jest to zaś brak nieusuwalny i nieuzupełniany. Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji bowiem jaką częstotliwość oferują ww. wykonawcy. Jedynie pozostałe 2 oferty zawierają wskazanie producenta, typu i modelu oferowanych urządzeń.
Zamawiający wymagał w OPZ zaoferowanie radiotelefonów na pasmo VHF (148- 174MHz).W ofertach złożonych na sprzęcie Motoroli oferenci (ww. wykonawcy) zaproponowali radiotelefony DP4801e (ręczny) oraz DM4601 e (samochodowy) nie wskazując częstotliwości zaoferowanego sprzętu. Zamawiający po samym symbolu radiotelefonów DP4801e i DM460le nie jest w stanie ocenić spełnienia wymagań ponieważ pod tymi symbolami kryje się kilka modeli radiotelefonów. DP4801e występuje w trzech odmianach - 136-174MHz, 300MHz oraz 403-527MHz. Analogiczna sytuacja jest z radiotelefonami samochodowymi DM460le. Skoro wykonawcy nie wyszczególnili co oferują, to nie jest możliwym tego zweryfikowanie przez Zamawiającego.
Odwołujący podał, że nie zostały potwierdzone parametry techniczne wymagane w opisie przedmiotu zamówienia w pozycjach 1, 9 i 14 odpowiadających punktom II, X, XV Załącznika nr 2 do SIWZ. Wskazał wyrok o sygn. akt KIO 2436/19.

Zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy i dodatkowo art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy - Aksel Wskazując na formularz „informacje dodatkowe" tego wykonawcy, to w zakresie dotyczącym zestawu typu P3 to brak jest podania producenta akumulatora o którym mowa w pkt XIII.7 OPZ oraz odgromnika o cechach opisanych w pkt XIII.9 OPZ. Wykonawca wymienił listę wykonawców, ale nie wskazał, który z nich oferuje dane. Żaden z wymienionych w tym punkcie przez Aksel producentów nie ma w swojej ofercie produktów spełniających wymogi SIWZ, co czyni ofertę niezgodną z treścią SIWZ. W pozycji 16 załącznika „Informacje dodatkowe" oferent wymienił producenta akumulatora, który był również na wyposażeniu pozycji 12 załącznika, jednak w pozycji 16 tego producenta nie ma, co oznacza że nie został zaoferowany akumulator, co czyni ofertę niezgodną z treścią SIWZ w tym zakresie (brak akumulatora). Wobec tego Aksel nawet w tym zakresie nie zaoferował akumulatora. Drugim faktem dotyczącym niezaoferowania odgromnika o cechach opisanych w SIWZ jest brak umieszczenia nazwy jedynego producenta na rynku który oferuje taki odgromnik tj. producenta POLYPHASER we wszystkich innych ofertach tego wykonawcy. W wykazie producentów dotyczących zestawu typu R1 (poz 14) brak jest producenta odgromnika o cechach opisanych w pkt XIII.9 OPZ. Tutaj również żaden z wymienionych w tym punkcie przez Aksel producentów nie ma w swojej ofercie produktów spełniających wymogi SIWZ. Jedynym producentem na rynku który oferuje odgromniki o żądanych w OPZ parametrach jest również podmiot POLYPHASER. Jest to producent z siedzibą w USA. Odwołując kwestionował oświadczenie załączone przez Aksel. Odwołujący podał, że nie ma pewności, czy podmiot pod nazwą Atel-Antennas w ogóle istnieje (www.atel- antennas.eu). Na rynku danych produktów jest to podmiot nieznany. Odwołujący uważał, ze w tym przypadku Aksel po prostu nie wskazał nazwy producenta odgromnika. Nie jest teraz możliwym tego uzupełnienie. Wszelkie próby w celu zapewnienia, że ww. wykonawca je produkuje są informacjami wprowadzającymi w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy i również z tego powodu ww. wykonawcy winien być wykluczony. Samo niewpisanie i czy wadliwe wpisanie w formularz oferty, skutkuje jedynie niezgodnością z SIWZ. Jednakże próba wywiedzenia, że coś, co jest błędnie wpisane jest rzekomo zgodne z SIWZ stanowi przedstawienie informacji wprowadzających w błąd. Działanie kwalifikujące się do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy stanowi czyn zabroniony z art. 297 Kodeksu karnego. Sąd Rejonowy dla Warszawy Woli w Warszawie w sprawie IV K 651/18 i Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie IX Ka 783/19 uznały sytuację w której stwierdzono czyn z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy za przestępstwo z art. 297 § 1 Kodeksu karnego. Tak też w ocenie Odwołującego należy rozpatrywać oświadczenie rzekomego producenta, przedstawione przez Aksel. Oświadczenie Atel-Antennas nie wskazuje nawet, że produkują odgromnik. Brak jest też wskazania nazwy, czyjego typu.
Zamawiający wprowadził wyśrubowane wymogi, które spełni na całym świecie tylko jeden model od producenta

PolyPhaser w zakresie wymogu prąd 50 kA i współczynnik VSWR =1,1.

Zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy i dodatkowo art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy - RTCOM oferta RTCOM jest niezgodna z SIWZ. W wykazie producentów dotyczących zestawu typu P3 (poz. 12 zał. „Informacje dodatkowe") brak jest producenta kabla antenowego o cechach wymienionych w pkt XIII. 10 OPZ. Kabel o żądanych w OPZ parametrach (tłumienność <3dB/100m dla 174 MHz) jest produkowany wg powszechnej wiedzy wyłącznie przez producenta COMMSCOPE RTCOM w tym punkcie nie wymienił żadnego producenta kabli antenowych. W wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu RTCOM dokonał de facto uzupełnienia treści formularza ofertowego przez wskazanie iż w przesłanej na żądanie Zamawiającego kalkulacji użył nazwy modelu ww. kabla spełniającego SIWZ, którego nazwy producenta nie podał jednak w formularzu ofertowym. Stanowi to niedozwolone uzupełnienie oferty. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż we wszystkich innych ofertach w tym punkcie wymieniono producenta COMMSCOPE, co jednoznacznie potwierdza zaoferowanie kabla antenowego który ten producent oferuje.
Działanie na wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy RTCOM ma na celu przekazanie jedynie informacji wprowadzających w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.
Argumentacja o rzekomej niejasności co do tego, jakie elementy są „wiodące" a tym samym czy trzeba czy nie trzeba wymieniać ich producentów jest sprzeczna z treścią pkt XIII i XVI OPZ.
Odwołujący podniósł, że analogiczna niezgodność z SIWZ dotyczy też braku podania producenta kabla spełniającego wymóg pkt XVI.3 OPZ, co odnosi się do pozycji 15 załącznika „Informacje dodatkowe". RTCOM nie wymienił bowiem żadnego producenta.

Konsekwencją ww. zarzutów jest ostatni zarzut tj. art. 7 ust. 1 ustawy. Reasumując, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ (tak Izba m.in. w wyroku z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 206/2018).
53. Do przetargu przystąpiło 5 podmiotów, z czego trzy (Aksel, Altran i DGT) to dystrybutorzy Motorola Solutions, RTCOM(dystrybutor Hytera) oraz Odwołujący (dystrybutor Excera).
Wobec powyższego, wnoszę jak w petitum.

Svan. akt KIO 2196/20
Odwołujący - wykonawcy RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie w dniu 4 września 2020 roku wnieśli dowołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:
1.Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum T4B Spółka z o.o oraz Covertech, Spółka, z o.o. pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferowane urządzenie Excera EM8100 nie spełnia warunków określonych treścią SIWZ, w tym w szczególności nie odpowiada Opisowi Przedmiotu Zamówienia. Urządzenie nie odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego w treści SIWZ oraz Opisowi Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający przyjął wyjaśnienia Wykonawcy Konsorcjum T4B Spółka z o.o. oraz Covertech Spółka, z o.o. w zakresie modelu urządzenia będącego przedmiotem oferty co stanowiło czynność niedopuszczalną polegającą na zmianie treści oferty po jej złożeniu.
2.Wybór Wykonawcy Konsorcjum w Warszawie T4B Spółka z o.o. orazCovertech Spółka z o.o. w Warszawie pomimo, że oferta konsorcjum podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.
3.Zaniechanie odrzucenia oferty firmy DGT Spółka z o.o., pomimo, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Oferowane urządzenie nie spełnia warunków określonych treścią SIWZ, w tym w szczególności był niezgodny z Opisem Przedmiotu Zamówienia.

4.Wybór Wykonawcy DGT Spółka z o. o. pomimo, że oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.
5.Zaniechanie odrzucenia oferty firmy Altran E. G., pomimo, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Oferowane urządzenie nie spełnia warunków określonych treścią SIWZ, w tym w szczególności był niezgodny z Opisem Przedmiotu Zamówienia.
6.Wybór Wykonawcy Altran E. G., pomimo, że oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.
7.Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm Aksel Spółka z o.o. oraz Teltronik Spółka z o.o. pomimo, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków
Zamówienia. Oferowane urządzenie nie spełnia warunków określonych treścią SIWZ, w tym w szczególności był niezgodny z Opisem Przedmiotu Zamówienia.
8.Wybór Wykonawcy Konsorcjum firm Aksel Spółka z o.o. oraz Teltronik Spółka, z o. o. pomimo, że oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.
9.Odwołujący podniósł, że w przypadku gdyby nie uznano, że zachodzą przesłanki odrzucenia ofert Zamawiający zaniechał czynności polegających na wezwaniu Wykonawców: DGT Spółka z o.o., Altran E. G., Konsorcjum Aksel Spółka z o.o. oraz Teltronik Spółka z o.o. oferujących radiotelefony DP4801e i DM4601e oraz stację retransmisyjną SLR5500 do złożenia wyjaśnień dotyczących modelu i typu oferowanych urządzeń i produktów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:
1.W zakresie dotyczącym oferty złożonej przez Konsorcjum T4B Spółka z o. o. oraz Covertech Spółka z o.o.
- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") przez nieodrzucenie oferty Konsorcjum Spółek T4B orazCovertech albowiem oferta nie precyzuje przedmiotu świadczenia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Zamawiający oczekiwał podania producenta typu oraz modelu oferowanego urządzenia. W OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ), rozdziale X, pkt 1, lit. ee oczekiwał, iż Wykonawca zaoferuje radiotelefon przewoźny typ DMR mający minimum trzy programowalne przyciski oznaczone alfanumerycznie. Wykonawca zaoferował urządzenie firmy Excera Technology Co. Ltd EM8100VHFnie oznaczając typu urządzenia. W tej sytuacji wybór oferty konsorcjum narusza powołany przepis, gdyż treść oferty nie odpowiada wymogom zamawiającego i nie jest możliwa jednoznaczna identyfikacja przedmiotu świadczenia mające swoje źródło w ofercie,
- art. 91 ust 1 ustawy przez wybór oferty Konsorcjum spółek T4B orazCovertech podlegającej odrzuceniu w oparciu o kryteria opisane w SIWZ. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą w oparciu o kryteria wyboru ofert określone w SIWZ. Tymczasem dokonał wyboru oferty w oderwaniu od warunków określonych w SIWZ uznając, że oferta ta spełnia określone przez niego wymogi
- art. 87 ust 1 ustawy przez niedopuszczalne wezwanie Konsorcjum spółek T4B oraz Covertech do złożenia wyjaśnień w zakresie wyposażenia i funkcjonalności radiotelefonu przewoźnego DMR producentaExcera Technology Co. Ltd EM8100VHFco doprowadziło do zmiany oferty po terminie składania ofert, ewentualnie dokonano niedopuszczalnego uzupełnienia oferty podając typ urządzenia,
- art. 7 ust 3 ustawy i wyboru Wykonawcy niezgodnie z przepisami Ustawy PZP.

2.W zakresie ofert Wykonawców oferujących urządzenia producenta Motorola Solutions Inc. to jest DGT Spółka z o.o., Altran E. G., Konsorcjum firm Aksel Spółka z o.o. i Teltronik Spółka z o.o.
- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez nieodrzucenie ofert wykonawców: DGT Spółka z o.o., Altran E. G., Konsorcjum firm Aksel spółka z o.o. i Teltronik Spółka z o.o pomimo, że oferta tych Wykonawców nie precyzuje przedmiotu świadczenia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Zamawiający oczekiwał podania producenta typu oraz modelu oferowanych radiotelefonów nasobnego i przewoźnego oraz stacji retransmisyjnej. W OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ), rozdziale II, pkt 2 lit a, rozdziale X pkt 2 lit. a oraz rozdziale XV, pkt 2, lit. a. Zamawiający wskazał, że oczekiwał iż Wykonawca zaoferuje radiotelefony i stację retransmisyjną działające w paśmie VHF. Wykonawcy nie wskazali w ofercie, aby radiotelefony funkcjonowały w paśmie VHF. W tej sytuacji wybór ofert narusza powołany przepis, gdyż treść ofert tych podmiotów nie odpowiada wymogom Zamawiającego i nie jest możliwa jednoznaczna identyfikacja przedmiotu świadczenia mającego swoje źródło w ofercie,
- art. 91 ust 1 ustawy przez wybór ofert DGT Spółka z o.o., Altran E. G., Konsorcjum firm Aksel Spółka z o.o. i

Teltronik Spółka z o.o. podlegających odrzuceniu w oparciu o kryteria opisane w SIWZ. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą w oparciu o kryteria wyboru ofert określone w SIWZ. Tymczasem Wykonawca dokonał wyboru ofert w oderwaniu od warunków określonych w SIWZ uznając, że te oferty spełniają określone przez niego wymogi. - Rozdział IV pkt 5. SIWZ Zamawiający nie dopuścił ofert wariantowych. Wykonawcy przedłożyli oferty obejmujące kilka wariantów radiotelefonów.

3.Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania Wykonawców określona w art. 7 ust 1 ustawy. Każdy z Wykonawców wskazywał na niedociągnięcia w ofertach innych Wykonawców. Na niedociągnięcia w ofertach DGT Spółka z o.o., Altran E. G., Konsorcjum firm Aksel spółka z o.o. i Teltronik Spółka z o.o. wskazywało zarówno Konsorcjum firm T4B spółka z o.o. i Covertech spółka z o.o. jak i Odwołujący. Zamawiający wyjaśniał wszelkie wątpliwości dotyczące ofert Konsorcjum Spółek T4B i Covertech oraz RTcom, nie wystąpił natomiast o wyjaśnienie wątpliwości do firm oferujących produktu Motorola (poza zapytaniem o producenta typu akumulatora w zasilaczu do radia przewoźnego oraz odgromnika w ofercie firmy Aksel spółka z o.o.).

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności Zamawiającego w zakresie obejmującym wybór, jako najkorzystniejszych ofert: DGT Spółka z o.o., Altran E. G., Konsorcjum firm Aksel Spółka z o.o. i Teltronik Spółka z o.o oraz Konsorcjum firm T4B Spółka z o.o. i Covertech Spółka z o.o. oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert DGT Spółka z o.o. Altran E. G., Konsorcjum firm Aksel Spółka z o.o. i Teltronik Spółka z o.o oraz Konsorcjum firm T4B Spółka z o.o. i Covertech Spółka z o.o.

Ewentualnie - uchylenie czynności Zamawiającego w zakresie obejmującym wybór, jako najkorzystniejszych ofert DGT Spółka z o.o., Altran E. G., Konsorcjum firm Aksel Spółka z o.o i Teltronik Spółka z o.o oraz Konsorcjum firm T4B Spółka z o.o. i Covertech Spółka z o.o. oraz nakazanie wykonania ponownie czynności oceny ofert.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Odwołujący podał, że Zamawiający prowadzi postępowanie pod nazwą „Dostawa sprzętu łączności standardu DMR w ramach umowy ramowej" o numerze sprawy 6/BŁil/20/RG.

Zamawiający w Części IV pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest wyłonienie Wykonawców do zawarcia umowy ramowej na dostawę sprzętu łączności standardu DMR, wraz z akcesoriami dopuszczonymi do współpracy z dostarczonymi radiotelefonami przez producenta radiotelefonów, stacjami retransmisyjnymi oraz sprzętem i oprogramowaniem niezbędnym do prawidłowego skonfigurowania dostarczonych radiotelefonów wraz z akcesoriami, a także skonfigurowania dostarczonych stacji retransmisyjnych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w Załączniku numer 2 do SIWZ (dalej: OPZ).

Każdy Wykonawca zobowiązany był do złożenia *Informacji dodatkowej* obejmującej opis każdego oferowanego urządzenia. Specyfikacja urządzenia oczekiwana przez Zamawiającego znajdowała się w OPZ. Wykonawca miał wskazać natomiast producenta, typ i model oferowanego urządzenia lub samego producenta, a nadto ceny jednostkowej brutto i netto. Odwołujący podał, że zasadniczo Zamawiający oczekiwał, że przedmiotem oferty będzie urządzenie pracujące w minimalnym zakresie częstotliwości pracy 148-174 MHz, a więc w paśmie VHF.

Analizując oferty Wykonawców oferujących urządzenia producenta Motorola Solutions Inc. tj oferty: (1) DGT Spółka z o.o., (2) Altran E. G., (3) Konsorcjum firm Aksel Spółka z o.o. i Teltronik Spółka z o.o. oferujących radiotelefony DP4801e. Odwołujący się zauważył, że w opisie tych urządzeń Wykonawca wskazał wyłącznie typ urządzenia. Wskazany przez wymienionych wyżej wykonawców opis oferowanego przedmiotu nie zawierał zaś wskazania konkretnego modelu i pasa, w którym to urządzenie pracuje. W konsekwencji na podstawie ofert złożonych przez ww. Wykonawców nie można ustalić jaki konkretnie sprzęt Wykonawca zaoferował oraz w jakim paśmie zaoferowane urządzenie pracuje. Mówiąc inaczej z oferty ww. Wykonawców nie wynika, czy oferowane Zamawiającemu urządzenia pracują w paśmie VHF czy też w paśmie UHF. Nie można także jednoznacznie ustalić jaka jest proponowana przez Wykonawcę kompletacja urządzenia, tj. jaką np. Wykonawca oferuje antenę, baterię itp. Dowód: - cennik Motorola dla Klientów DP 4000 Series Portable Radio Analiza kart katalogowych urządzeń oferowanych przez producenta Motorola Solutions Inc. pozwala stwierdzić, że producent ten pod typem telefonów DP4801e lub DM460le oferuje co najmniej kilka urządzeń pracujących zarówno w zakresie fal VHF, jak i UHF. Ponadto każde z tych urządzeń opisywane jest przez producenta znacznie szerszą i dokładniejszą nazwą charakterystyczną wyłącznie dla konkretnego typu urządzenia i umożliwiającą

identyfikację modelu np. typ DP4801e VHF FKP GNSS BT WIFI PBER302HE albo typ DP4801E UHF GNSS BT W PBER502HE, przy czym pierwsze z nich pracuje w zakresie fal VHF drugie w zakresie fal UHF. Ponadto nawet w obrębie urządzeń pracujących w zakresie fal VHF w ramach tego samego typu odnajdziemy różne modele tych urządzeń np. model MDH56JDN9RA1ANB oraz MDH56JDN9RA1AN charakteryzujące się różną kompletacją (konfiguracj elementów składowych) albo, czego nie wiemy, różnymi parametrami technicznymi.

Analogiczne zastrzeżenia i uwagi odnoszą się do stacji retransmisyjnej SLR5500. Oznacza to, że Wykonawcy oferujący produkty Motorola, w sposób nieprawidłowy opisali przedmiot zamówienie. Opis zamieszczony przez tych Wykonawców w ofertach nie pozwala na identyfikację oferowanego urządzenia i weryfikację zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego.

Zgodnie z zasadami obowiązującymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta Wykonawcy musi być jednoznaczna i nie pozostawiać wątpliwości co do tego, że oferowany przez Wykonawcę produkt jest zgodny z opisem produktu oczekiwanego przez Zamawiającego, tj. zgodny z SIWZ. W niniejszym postępowaniu wymienione wyżej oferty Wykonawców nie dają możliwości ustalenia, czy zaoferowane produkty są parametrami zgodne z opisem zawartym w SIWZ.

Dowód: - cennik Motorola dla Klientów DP 4000 Series Portable Radio - cennik Motorola dla Klientów DM 4000 Series Mobile Radio - cennik Motorola dla Klientów SLR 8000 Series Repeaters.

Opis katalogowy producenta urządzeń oferowanych przez kwestionowanych Wykonawców obejmuje różne elementy ukompletowania, w tym także takie elementy jak np. anteny, które nie pozwalają na pracę urządzeń w żądanej przez Zamawiającego częstotliwości. Zamawiający tymczasem jasno wskazał w załączniku nr 2 - OPZ do SIWZ w rozdziale I pkt 4 lit. b, iż oczekuje, że anteny będą pozwalały na pracę w konkretnych częstotliwościach, analogicznie jak i same urządzenia. Przygotowany przez Wykonawców DGT sp. z o.o., Altran E. G., Aksel Spółka z o.o. i Teltronik Spółka z o.o. opis oferowanych przedmiotów już na obecnym etapie nie pozwala ustalić, jakie urządzenie zostało zaoferowane. Nie pozwala zatem stwierdzić czy oferowane urządzenia spełnia kryteria określone przez Zamawiającego. Na podstawie przedstawionych przez Wykonawców informacji Zamawiający nie miał zatem możliwości oceny, czy urządzenia spełniają kryteria określone w OPZ, czy też ich nie spełniają. Nie miał zatem podstaw prawnych dla wybrania ww. ofert jako spełniających warunki określonej w SIWZ.

Pozostali biorący udział w postępowaniu Wykonawcy opisując przedmiot zamówienia wyraźnie wskazali, że każde z oferowanych przez nich urządzeń pracuje w zakresie częstotliwości fal VHF. Wskazanie pasma w jakim pracuje urządzenie nie jest tylko kwestią opisu urządzenia. Różne pasma częstotliwości uniemożliwiają współpracę urządzeń, które te różne pasam posiadają. Wskazywane zatem w niniejszym odwołaniu kwestie nie odnoszą się wyłącznie do formalnego opisu oferowanego przedmiotu, ale do braku możliwości identyfikacji jego właściwości. To z kolei skutkuje uznaniem zasadności zarzutów odwołującego się do co braku możliwości identyfikacji przedmiotu oferowanego przez kwestionowanych wykonawców.

Odnosząc się do oferty złożonej przez Konsorcjum Spółek T4Bi Covertech - Zamawiający wymagał, aby Wykonawca zaoferował radiotelefon przewoźny DMR który zgodnie z pkt X pkt 1 lit ee OPZ wyposażony będzie w minimum 3 programowalne przyciski (oznaczone alfanumerycznie). Konsorcjum zaoferowało urządzenie producenta Excera Technology Co. Ltd. EM8100 VHF, które co do zasady posiada tylko dwa programowalne przyciski. Dopiero w toku badania ofert na skutek zastrzeżeń zgłoszonych przez firmę Altran, Konsorcjum sprecyzowało, że urządzenie to produkowane jest w dwóch typach EM-KYPD - 01 (wersja 1) oraz EM KYPD 02 (wersja 2). Wyłącznie wersja 2 spełnia wymogi Zamawiającego w zakresie ilości przycisków. Zdaniem Odwołującego, czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a następnie złożenie wyjaśnień niewątpliwie sprawdzała się do tego, że Wykonawca dokonał poprawy oferty. Z dwóch oferowanych bowiem przedmiotów, których dotyczyła oferta wybrał i wskazał jeden. Wyboru i wskazania przy tym Wykonawca ten dokonał po upływie terminu składania ofert. W cenie Odwołującego takie działanie jest niedopuszczalne, w szczególności w świetle art. 7 ust. 1 ustawy. Bezspornym w ocenie Odwołującego było, że opis przedmiotu dostawy zawarty w zestawienia sporządzonym przez Konsorcjum był niezgodny z kryteriami zawartymi przez Zamawiającego w OPZ, a więc oferta tego Wykonawcy nie była zgodna z SIWZ i jako taka winna podlegać odrzuceniu.

W trakcie postępowania Wykonawca RTCOM złożył dwa pisma informujące Zamawiającego o ustalonych

niezgodnościach pomiędzy treścią oferty o opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ oraz OPZ. Oba pisma dotyczyły Wykonawców oferujących urządzenia firmy Motorola. Zamawiający wskutek pism Wykonawcy nie podjął żadnych czynności w stosunku do podmiotów oferujących urządzenia producenta Motorola.
Dowód: - pismo Odwołującego się z dnia 08.06.2020 r. - pismo Odwołującego się z dnia 21.07.2020 r.
Natomiast pismo wykonawcy Altran (oferującego urządzenie Motorola) wskazującego na to, że urządzenie firmy Excera - radiotelefon EM8100 oferowany przez Konsorcjum SpółekCovertech i T4B nie ma wystarczającej liczby przycisków lub pisma konsorcjum Covertech, co do rażąco niskiej ceny oferowanej przez firmę RTCOM podejmowane były działania, a poszczególne zgłaszane zagadnienia były przedmiotem wyjaśnień.
Takie zachowania w ocenie Odwołującego naruszają podstawową zasadę ustawy, o której mowa w art. 7 ust.1 ustawy. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie Wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Bezspornie każdy z Wykonawców przedłożył pisma zawierające zastrzeżenia do ofert pozostałych Wykonawców. Jedynie Wykonawcy oferujący urządzenia firmy Motorola nie wyjaśniali treści swoich ofert w zakresie wszystkich wątpliwości. Wątpliwości te były i są poważne, jednak z zupełnie niewidomych powodów Zamawiający nie podejmował w tej sprawie czynności. Zachowanie takie w ocenie Wykonawcy narusza zasadę równego traktowania Wykonawców w postępowaniu. Zamawiający może, ale nie musi żądać wyjaśnień odnośnie treści złożonych ofert jednak skoro Zamawiający reaguje na wszelkie zgłoszenia Wykonawców, także i w tym wypadku powinien takich wyjaśnień zażądać. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie ma prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź okazywać niechęci jakiemukolwiek Wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jego obowiązkiem jest traktowanie wszystkich Wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób. Zasada ta sprowadza się do „jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji oraz do zakazu jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w odmiennych sytuacjach z zastrzeżeniem, iż nierówne traktowanie jest dopuszczalne jedynie w obiektywnie uzasadnionych przypadkach. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z cennika dla klienta końcowego na Europę firmy Motorola Solutions In. oraz pism wymienionych w niniejszym odwołaniu.
Załączniki: 1) Dowód uiszczenia wpisu 2) Dowód uiszczenia opłaty skarbowej 3) Pełnomocnictwo do działania dla T. S. 4) Pełnomocnictwo do działania dla r.pr. B. B. 5) Potwierdzenie doręczenie odwołania do Zamawiającego 6) Cennik Motorola dla Klientów DP 4000Series Portable Radio 7) Cennik Motorola dla Klientów DM 4000Series Mobile Radio 8) Cennik Motorola dla Klientów SLR 8000Series Repeaters 9) pismo Odwołującego się z dnia 08.06.2020 r. 10) pismo Odwołującego się z dnia 21.07.2020 r.

Sygn. akt KIO 2196/20
Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego.
Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się
0zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum T4B) oraz wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie (dalej: RTCOM) - mimo, że wykonawcy nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania z art. 90 ust. 1-3 ustawy a zaoferowane ceny są rażąco niskie oraz przez ponowne wezwanie do udzielenia wyjaśnień - dopuszczenie uzupełnienia wyjaśnień - w zakresie rażąco niskiej ceny podczas gdy wszystkie okoliczności i dowody powinny zostać przedstawione w odpowiedzi na pierwsze wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie ofert RTCOM i Konsorcjum T4B; odrzucenia ofert RTCOM i Konsorcjum T4B.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu dowołania, bowiem Odwołujący jest wykonawcą, który łożył jedną z ofert najkorzystniejszych. W związku z tym, Odwołujący posiada interes w zapewnieniu, że umowa ramowa

zostanie zawarta tylko z takimi wykonawcami, których oferty są zgodne z przepisami ustawy i nie zawierają cen rażąco niskich. Wobec nieprawidłowej czynności Zamawiającego, do zawarcia umowy ramowej i ubiegania się u udzielenie dalszych zamówień zostaną dopuszczeni Wykonawcy, którzy zaoferowali ceny rażąco niskie, tym samym Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Odwołujący podał, że spośród pięciu złożonych w postępowaniu ofert, dwie z nich złożone przez RTCOM oraz Konsorcjum T4B, na pierwszy rzut oka budzą uzasadnione wątpliwości, co do ich rażąco niskiego charakteru. Wątpliwości dotyczą zaoferowanych cen jednostkowych za *Zestawy do programowania,* co stanowi istotny składnik wynagrodzenia

1znajduje przełożenie na cenę oferty brutto.

Zamawiający wymagał wyceny jednostkowej poszczególnych elementów asortymentu, na których dostawy zawierane będą umowy wykonawcze. Cenę za zestaw do programowania (ZP) należało uwzględnić w poz. 17 Informacji Dodatkowej załączonej do oferty. Zakres podlegający wycenie w tej pozycji określono w pkt XVIII OPZ. Zgodnie z 53 ust. 3 Umowy ramowej, Zamawiający zastrzegł sobie możliwość składania zamówień rozdzielnie i według zapotrzebowani na poszczególny asortyment. Zgodnie z pkt XV SIWZ,

Wykonawca nie może zaoferować wyższej ceny jednostkowej danego asortymentu niż w ofercie złożonej w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej.

Ceny brutto oferowane przez poszczególnych Wykonawców przedstawiały się następująco:

-RTCOM: cena oferty brutto: 299 869,39 zł; cena ZP: 112,30 zł

-Konsorcjum T4B: 495 798,24 zł; cena ZP: 325,95 zł

-Altran E. G.: 530 470, 71 zł, cena ZPv 1 846,23 zł

-Konsorcjum Aksel sp. z o.o. i Teltronik sp. z o.o.: 563 619,45 zł; cena ZP: 652,69 zł

-DGT sp. z o.o.: 586 623, 90 zł, cena ZP: 675,27 zł.

Wskazane różnice uzasadniały wezwanie wykonawców RTCOM oraz Konsorcjum T4B do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Udzielone przez Wykonawców wyjaśnienia okazały się niewystarczające, gdyż każdy z nich został wezwany powtórnie do uzupełnienia raz udzielonych wyjaśnień, mimo spoczywającego na wezwanym wykonawcy ciężaru dowodu do wykazania braku rażąco niskiej ceny.

Ani wykonawca RTCOM ani Konsorcjum T4B, nie sprostało obowiązkowi wykazania braku rażąco niskiej ceny złożonej przez siebie oferty.

W szczególności, dotyczy to ceny za asortyment określony jako zestaw do programowania (ZP) - kwoty zaoferowane przez każdego z wykonawców w żaden sposób nie umożliwiają pokrycia wszystkich kosztów, jakie należało uwzględnić w ramach tej pozycji. Zgodnie z OPZ, w ramach Typ ZP, należało uwzględnić nie tylko sam zestaw do programowania (licencje) oraz aktualizacje/modyfikacje oprogramowania przez okres gwarancji, ale również zestaw okablowania niezbędny dla oferowanego rozwiązania, sporządzenie i przekazanie praw do dokumentacji oraz przeprowadzenie warsztatów zgodnie z wymaganiami opisanym w pkt XVI11. 3 OPZ kosztów zapewnienia realizacji tych elementów nie da się pokryć w ramach zaoferowanej przez Konsorcjum T4B kwoty 326 zł brutto, a tym bardziej - w ramach kwoty 112,30 zł brutto zaoferowanej przez RTCOM.

Niezależnie od pozostałych elementów, których dostarczenie wiąże się z określonymi kosztami, jakkolwiek zróżnicowanymi w zależności od oferowanych rozwiązań, już sama realizacja warsztatów zgodnie z wymaganiami SIWZ wiąże się z obiektywnymi kosztami, których wysokość przewyższa cenę zaoferowaną przez RTCOM i Konsorcjum T4B za realizację całego zakresu usług i dostaw objętych pozycją „zestaw do programowania".

W ramach kosztów, które należało uwzględnić przy wycenie dwudniowych warsztatów (2 x 8 godzin), które mają być przeprowadzone dla 2 przedstawicieli Zamawiającego na każdy dostarczony zestaw do programowania, znajdują się co najmniej:

-koszt wynagrodzenia wykładowcy, który zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, powinien być przyjęty w kwocie nie niższej niż wynikające z przepisów minimalne wynagrodzenie za pracę lub minimalna stawka godzinowa. Wynagrodzenie to, w odniesieniu do przedmiotu tego zamówienia powinno być jednak przyjęte na wyższym poziomie, odpowiadającym rynkowej stawce wynagrodzenia osoby o kwalifikacjach odpowiednich dla przeprowadzenia warsztatów zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ (np. pkt XVIII.3.lit. a, e OPZ) Upraszczając i uśredniając, rynkowa wysokość wynagrodzenia specjalisty posiadającego kwalifikacje dla przeprowadzenia wymaganych warsztatów, to kwota rzędu dwukrotnie przekraczającego poziom wynagrodzenia/stawek minimalnych;

-koszt noclegu, wyżywienia i transportu miejscowego (koszty delegacji) osoby przeprowadzającej warsztaty - o ile warsztaty nie będą przeprowadzane na wniosek Wykonawcy w lokalizacji innej niż siedziby Zamawiającego - wówczas zgodnie z pkt XVIII.3 lit. g OPZ, Wykonawcę obciążają dodatkowe koszty związane z pokryciem kosztów ponoszonych dla uczestników warsztatów - wymagane są dwa dni szkolenia po 8 godzin, co oznacza, iż uwzględnić należałoby nie tylko pobyt w delegacji przez te dwa dni, w których szkolenie będzie prowadzone (1 nocleg), ale nawet 4 dni pobytu (3 noce), włączając w to dzień poprzedzający rozpoczęcie warsztatów oraz kolejny dzień po ich zakończeniu;

-koszty transportu - zgodnie z OPZ, Wykonawcy wyceniając pozycję ZP (jak i pozostałe asortymenty) muszą uwzględnić, że ich dostawa może być wymagana do różnych miast na terenie całego kraju - obiekty KGP/KWP/Szkół Policji (łącznie 23 obiekty na terenie całego kraju, co najmniej po jednym w każdym województwie) - niezależnie zatem od lokalizacji Wykonawcy, konieczne będzie zapewnienie dojazdu osoby prowadzącej szkolenia do miejsca, gdzie mają się odbyć oraz podróży powrotnej. Koszty te mogą się kształtować różnie, jednakże biorąc pod uwagę, iż zawsze należy wycenić konieczność przemieszczenia się do co najmniej jednej odległej lokalizacji na terytorium kraju, będzie to jednorazowo kwota rzędu kilkuset złotych - w rzetelnej wycenie, Wykonawca powinien zapewnić pokrycie kosztu dojazdu do najbardziej odległej lokalizacji (zapewnić pokrycie najwyższego przewidywanego do poniesienia kosztu);

-materiały szkoleniowe (instrukcje, materiały dydaktyczne, tłumaczenia itp.). Niezależnie zatem od konkretnych okoliczności danego Wykonawcy, nie jest możliwe uniknięcie poniesienia kosztów na określonym poziome, uwzględniającym powyższe elementy. Ich rynkowy poziom pokazuje, że nawet przy przyjęciu najbardziej korzystnego dla Wykonawców scenariusza, zaoferowane przez nich kwoty nie pozwalają na pokrycie minimalnego poziomu wymaganych kosztów. W istocie, kalkulacje Odwołującego wskazują, że wyższa zaoferowana przez Konsorcjum T4B kwota 326 zł brutto nie jest wystarczająca nawet dla pokrycia kosztów związanych z samym przeprowadzeniem warsztatów (których rynkowy poziom wynosi rzędu 1 000 zł brutto), nie wspominając o pozostałych elementach, które należało wycenić w asortymencie „ZP" (kable, licencje, aktualizacje, dokumentacja itd.).

Złożone przez Wykonawców RTCOM oraz Konsorcjum T4B wyjaśnienia ceny, mimo ich dalszego uzupełnienia, którego dopuszczalność już sama w sobie budzi istotne wątpliwości, co do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, nie potwierdziły, że zaoferowane ceny nie zostały rażąco zaniżone. Wręcz przeciwnie, podnoszone przez Zamawiającego w powtórnych wezwaniach wątpliwości, wskazują, iż pierwsze z udzielonych wyjaśnień nie byty wystarczające i nie udowodniały, mimo wymogów ustawowych, iż cena pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z należytą realizacją zamówienia.

W odniesieniu do wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum T4B, budzą one szereg wątpliwości, potwierdzając wręcz rażąco niski charakter zaoferowanej przez tego Wykonawcę ceny. Już pierwsze wezwanie do wyjaśnień skierowane do Konsorcjum T4B w dniu 19.06.2020 r. miało konkretny charakter i zobowiązywało Wykonawcę do wyjaśnienia ceny zaoferowanej w poz. 17 formularza „Informacje dodatkowe": „W świetle wymagań OPZ przedstawiona kwota wydaje się być rażąco niska. Wobec tego Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie ceny oferty - zestaw do programowania radiotelefonów". Załączone do wyjaśnień kalkulacja i dowody, w ocenie Odwołującego, nie tylko nie odpowiadają wystarczająco na skierowane wezwanie, ale potwierdzają rażąco niski poziom zaoferowanej przez tego Wykonawcę ceny:

-wynagrodzenie przewidziane za przeprowadzenie 16 godzin szkoleń to 130,24 zł netto, czyli stawka 8, 14 zt.za 1 godzinę warsztatów jest to stawka rażąco niska i znacząco niższa niż przewidują przepisy o wynagrodzeniu minimalnym (nie wspominając o wynagrodzeniu adekwatnym do kwalifikacji osoby przeprowadzającej warsztaty). Minimalne wynagrodzenie za pracę (brutto pracownika na umowę o pracę na pełny etat) to 2 600 zł, zaś minimalna stawka godzinowa (zatrudnienie na umowę zlecenie) - 17 zł,

-z dalszych wyjaśnień wynika, iż Wykonawca korzysta z pomocy publicznej i otrzymuje od PFRON dofinansowanie do wynagrodzeń zatrudnionych osób niepełnosprawnych. Jednak w dalszym ciągu, okoliczność ta nie pozwala na założenie tak niskiej stawki wynagrodzenia, jak przyjęta przez Wykonawcę. Nawet zakładając, że pełna kwota tego dofinansowania - 1200 zł - zostanie przeznaczona na pokrycie wynagrodzenia osoby niepełnosprawnej przeprowadzającej warsztaty, po przeliczeniu wyraźnie widocznym jest, że do kalkulacji ceny uwzględniono wynagrodzenie godzinowe takiego pracownika niższe niż stawka minimalna wymagana na podstawie obowiązujących przepisów, a wielokrotnie niższe niż rynkowa stawka wynagrodzeń. Wskazana przez Wykonawcę okoliczność uzyskiwania dofinansowania z PFRON (bez określenia, w jaki sposób przekłada się ono na przyjętą stawkę wynagrodzenia) nie uzasadnia zatem przyjęcia stawki wynagrodzenia pracownika na rażąco niskim poziomie 8, 14 zł za godzinę, który jest zupełnie nieadekwatny do przedmiotu zamówienia,

- w zakresie kosztów transportu, Wykonawca wskazał, że „szkoleniowiec przyjeżdża wraz z dostawą - koszty ujęte w kosztach dostawy sprzętu" konstrukcja sposobu wyceny oferty i formularza opracowanego przez Zamawiającego wymagała wyceny w ramach danego asortymentu i nie dopuszczała możliwości uwzględnienia kosztów w ramach odrębnych pozycji. Poza tym, w ten sposób, Wykonawca de facto unika wykazywania przedmiotowych kosztów i nie udziela wyjaśnień w tym zakresie, gdyż nie przedstawia z kolei żadnych informacji, co do tego, jak zorganizowane będą dostawy urządzeń i jakie koszty przewidział na ich pokrycie. Wyjaśnienia Wykonawcy ponadto, jedynie pozornie wykazują brak ponoszenia przedmiotowych kosztów - szkolenie ma trwać dwa dni, co za tym idzie, wymagany jest również powrót szkoleniowca, który musiałby w takim przypadku zawsze odbywać „transportem" powrotnym dokonującego dostawy. Udzielona odpowiedź sugeruje, że Wykonawca nie wykonał rzetelnego wyliczenia kosztów tej pozycji i nie uwzględnił konieczności ich pokrycia w zaoferowanej cenie.

Powyższe założenie, co do faktu, iż Wykonawca nie dokonał należytej wyceny asortymentu ZP przed złożeniem oferty potwierdza również załączone „potwierdzenie oferty firmy Quark R". Wykonawca wyjaśnia, iż uzyskał od tego podmiotu ofertę na przeprowadzenie warsztatów za cenę ryczałtową 135 zł/netto. Dowód ten nie tylko nie potwierdza realności zaoferowanej ceny, ale budzi dodatkowe wątpliwości. Firma Quark R nie została wskazana w formularzu JEDZ jako podwykonawca Konsorcjum (ani w zakresie logistyki ani też w zakresie warsztatów), poza tym, sporządzenie przez Wykonawcę odrębnej kalkulacji wskazuje, iż oferta ta nie została uwzględniona przy wycenie. Dodatkowo, sam fakt powołania się na uzyskanie takiej oferty od podwykonawcy nie potwierdza, że koszt ten został przyjęty na poziomie rynkowym i zgodnym z obowiązującymi przepisami - niezależnie od bowiem od pozostałych czynników, cena 135 zł netto za 16 godzin warsztatów (czyli stawka 8,44 zł netto/godzinę), jest istotnie niższa niż stawka minimalnego wynagrodzenia (i to nawet gdyby przyjąć, iż podwykonawca korzysta z pomocy publicznej na tym samym poziomie, co zadeklarowany przez Konsorcjum T4B). Przedmiotowy dowód, zdaje się być przygotowany wyłącznie na potrzeby udzielenia odpowiedzi na wezwanie, tym bardziej, iż nie przekłada się on w żaden sposób na faktycznie oferowaną realizację przedmiotu zamówienia, zaś prawidłowość zadeklarowanej kwoty nie została uzasadniona - nie tylko pod kątem jej rynkowego, realnego charakteru, ale wręcz zgodności z obowiązującymi przepisami.

Ze złożonej kalkulacji wynika ponadto wprost, iż w ramach przedmiotowej ceny, Wykonawca nie uwzględnił w żaden sposób kosztów związanych z opłaceniem pobytu osoby przeprowadzającej warsztaty w miejscu prowadzenia szkoleń, przez 2-4 dni w innym mieście. Są to koszty, których konieczność poniesienia w przypadku wymaganej formuły warsztatów (2x8 godzin) jest oczywista, a ponadto - regulowana przepisami prawa pracy. Wartość wymagana na pokrycie kosztów samej delegacji pracownika (bez wynagrodzenia), wyliczona na podstawie przepisów oraz przyjętych uśrednionych założeń, jest nieznacznie wyższa niż kwota brutto, jaką zaoferowało Konsorcjum za wykonanie całego zakresu świadczenia określonego w rozdziale XVIII OPZ.

Powyższe okoliczności zostały przez Zamawiającego pominięte przy ocenie składanych wyjaśnień, co doprowadziło do

zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum T4B, mimo iż Wykonawca nie tylko nie dopełnił obowiązków wykazania braku rażąco niskiej ceny, ale wręcz przedstawione informacje potwierdzają, iż usługa została wyceniona poniżej realnych (rynkowych i wynikających z obowiązujących przepisów) kosztów jej świadczenia.

Cena zaoferowana przez Wykonawcę RTCOM rażąco odbiega od wszystkich możliwych do przyjęcia wartości referencyjnych zarówno wartości oszacowanych przez Zamawiającego, jak i średniej wartości wszystkich złożonych ofert, czy nawet ceny kolejnej w rankingu ofert. Rażąco niska cena widoczna jest wyraźnie zarówno w odniesieniu do asortymentu ZP, jak i w zakresie ceny oferty brutto. Zatem, udzielając wyjaśnień, Wykonawca powinien mieć na względzie spoczywający na nim ciężar dowodu, jak i znaczące różnice względem ofert pozostałych wykonawców, wymagające wskazania istotnych i indywidualnych (właściwych tylko dla RTCOM) okoliczności pozwalających na uzyskanie tak istotnych oszczędności.

Wyjaśnienia złożone przez RTCOM zostały częściowo utajnione, jednakże dostępne i widoczne informacje wskazują, iż Wykonawca nie sprostał obowiązkowi wykazania braku rażąco niskiej ceny złożonej oferty. Wykonawca wskazał, że nie korzysta z pomocy publicznej, zatem w znanych Odwołującemu warunkach rynkowych nie sposób wskazać innych okoliczności, mieszczących się w granicach uczciwej konkurencji, które uzasadniałyby złożenie oferty na wskazanym poziomie cenowym.

Wynika to również z powtórnego wezwania do wyjaśnień ceny, jakie Zamawiający skierował do RTCOM w dniu 2.07.2020 r. - z treści wezwania wynika przede wszystkim, iż Wykonawca nie udzielił wyjaśnień i nie wykazał realnej wysokości kosztów przyjętych przy wycenie poz.

17 formularza „Informacje dodatkowe", gdyż Zamawiający w rzeczywistości powtórnie skierował wezwanie o tej samej treści, tj. domagające się nie tylko wyjaśnienia okoliczności czy informacji już zawartych w pierwotnie złożonym dokumencie, ale uzupełnienia wyjaśnień o nowe treści wskazania uzasadnienia i dowodów, które nie zostały przedstawione w odpowiedzi udzielonej na pierwsze wezwanie. Powtórne wezwanie z dnia 2.07.2020 r. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostało zatem wystosowane z naruszeniem art. 90 ust. 1-3 Pzp i było niedopuszczalne. Udzielone w odpowiedzi wyjaśnienia RTCOM powinny zostać zatem pominięte przy ocenie oferty, a oferta powinna podlegać odrzuceniu ze względu na to, iż wyjaśnienia z dnia 18.06.2020 r. niezgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp nie wykazały w sposób wyczerpujący i przekonujący, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Niezależnie od powyższego, z treści wezwania wynika, iż w ramach pozycji ZP wycenionej przez RTCOM na kwotę 112,30 zł brutto, koszty związane z organizacją dwudniowych warsztatów szkoleniowych z obsługi ZP dla 2 przedstawicieli Zamawiającego, powiększone o marże, wynoszą 8,38 zł brutto. Jest to zatem kwota jeszcze niższa niż (jak wskazano powyżej) zaoferowana przez Konsorcjum T4B, a tym samym - rażąco zaniżona w stosunku do wysokości kosztów, jakie obiektywnie należy ponieść w związku z organizacją warsztatów.

- niezależnie od braku realności kwoty 112,30 zł przyjętej dla pokrycia kosztów wszystkich elementów wymienionych w rozdziale XVI11 OPZ, kwota 8,38 zł brutto przeznaczona na zrealizowanie dwudniowych warsztatów prowadzonych przez odpowiednio wykwalifikowaną osobę w lokalizacji na terenie Polski (jak wskazano, niezależnie od tego, gdzie „zlokalizowany" jest szkoleniowiec, zawsze należy uwzględnić konieczność dojazdu do odległej lokalizacji w innym mieście, gdyż warsztaty prowadzone mogą być w lokalizacjach rozproszonych na terenie całego kraju) jest rażąco zaniżona i nie pozwala nie tylko na pokrycie kosztów, ale również osiągnięcie w jej ramach jakiekolwiek zysku,
- stawka ta jest niższa niż wymagane przepisami wynagrodzenie minimalne (również przy formach zatrudnienia innych niż umowa o pracę), nie pozwala na zapewnienie zwrotu kosztów (kosztów delegacji) nawet jednodniowego pobytu osoby prowadzącej warsztaty w lokalizacji, gdzie będą przeprowadzane, nie mówiąc już o pozostałych kosztach, takich jak transport, materiały szkoleniowe, itd. Jak wskazywano już powyżej odnosząc się do wartości przedstawianych w kalkulacji złożonej przez Konsorcjum T4B, wysokość obiektywnych, koniecznych do poniesienia kosztów za realizację zakresu „ZP" jest istotnie - tj. prawie 10krotnie wyższa niż cena wskazana przez RTCOM w poz. 17 formularza „Informacje dodatkowe". Przedstawienie różnych scenariuszy kosztowych w żadnym z wariantów nie pozwala na uzasadnienie tak niskiego poziomu kosztów, jak przyjęty przez RTCOM, tym bardziej iż nie znajdują zastosowania okoliczności związane z dofinansowaniem ze środków publicznych,

-nawet okoliczność, iż osoba skierowana do realizacji warsztatów wyraża zgodę na świadczenie usług poniżej kosztów, nie uprawnia Wykonawcy do przyjęcia wysokości kosztów na takim, nierynkowym poziomie. Przepis art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp zobowiązuje Wykonawcę do przyjęcia kosztów wynagrodzenia na poziomie co najmniej minimalnym, natomiast faktyczny sens i cel stosowania przepisów o rażąco niskiej cenie, wymaga weryfikacji ceny zaoferowanej przez Wykonawcę nie tylko w stosunku do poziomu minimalnego, ale do poziomu wynagrodzenia adekwatnego do przedmiotu zamówienia, w tym np. wymaganych kwalifikacji personelu,

-badania pod kątem rażąco niskiej ceny dotyczą także kosztów przyjętych na podstawie ofert podwykonawczych (o ile zakres podwykonawstwa został w ogóle przewidziany w treści oferty), gdyż powoływanie się na nieegzekwowalne i nie poddające się weryfikacji kwoty deklarowane przez podmioty trzecie (w szczególności powiązane z Wykonawcą) nie może stanowić sposobu na obejście obowiązku i ciężaru dowodu spoczywającego na Wykonawcy wezwanego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

-z zakresu odpowiedzi na wezwanie z dnia 2.07.2020 r. (pismo RTCOM z dnia 7 lipca 2020r.) udostępnionego Wykonawcy (niezastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa), nie wynika, aby do wyjaśnień (niecałe 2 strony tekstu podlegające zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa) załączono jakiekolwiek dokumenty w charakterze dowodów potwierdzających rzetelność kosztu wynikającego z kalkulacji załączonej do pierwotnie udzielonych wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2020 r.,

-odwołujący podał, że niezależnie od faktu, iż uzupełnienie poprzez powtórne wezwanie pierwszych, niewystarczających wyjaśnień ceny z dnia 18.06.2020 r. było niedopuszczalne, oferta RTCOM powinna podlegać odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie złożenie wyjaśnień, skutecznie potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny zgodnie z art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy.

W ocenie Odwołującego nie powinno budzić przy tym wątpliwości, że aktualne brzmienie art. 90 Pzp, wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na tym wykonawcy. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r. KIO 2256/17. Zarówno RTCOM, jak i Konsorcjum T4B, zobowiązane były do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które uzasadniają zaniżenie ceny oferty. Każdy z tych Wykonawców powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Obowiązkiem Zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami potwierdzającymi realność wyliczeń w zakresie najistotniejszych z nich. Ponadto, Wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

Udostępniona przez Zamawiającego treść wyjaśnień ceny złożonych przez Konsorcjum T4B oraz w częściowym zakresie przez RTCOM, pozwala na stwierdzenie, że żaden z tych podmiotów nie sprostał obowiązkowi obalenia domniemania o niedoszacowaniu ceny oferty. W ocenie Odwołującego należy uznać, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawców: RTCOM i Konsorcjum T4B nie spełniają wymagań określonych przepisem art. 90 Pzp, a zatem obie te oferty podlegają odrzuceniu (wyrok z dnia 23 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1651/16). Wobec powyższego zdaniem

Odwołującego, nie może budzić wątpliwości fakt, że oferta złożona przez Konsorcjum T4B oraz oferta RTCOM podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 jak również art. 90 ust. 3 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:
W zakresie każdego z odwołań o sygnaturach akt KIO 2193/20 i KIO 2196/20 i KIO 2198/20:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu kopie odwołań, co wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego oraz co na posiedzeniu z udziałem Stron potwierdził Zamawiający.

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania
0udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert
1wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.
2Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą

skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11). Zgodnie z przepisemart. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta spraw odwoławczych, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła następujące dowody zawnioskowane i złożone w sprawie **sygn. akt KIO 2193/20** przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: T4B lub Odwołujący):

- -dowód nr 1 - zestawienie ofert wraz z kopiami ofert składanych przez wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie (dalej RTcom),
- -dowód nr 2 - wyciąg z cennika Motorola w odniesieniu do oferty wykonawcy E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie (dalej: Altran) - dowód ten Izba dopuściła jedynie w części przedstawionej w języku polskim.

Izba dopuściła następujące dowody zawnioskowane i złożone w sprawie sygn. akt KIO 2193/20 wykonawcy E. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie (dalej: Altran):

- -dowód nr 3 - oświadczenie producenta Motorola z 16 września 2020 roku,
- -dowód nr 4 - przykładowe karty katalogowe do radiotelefonów serii DP 4000e i DM 4000e,
- -dowód nr 5 - skany formularzy ofertowych Altran oraz Aksel spółka z o ograniczoną odpowiedzialnością, DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: DGT) w postępowaniu na dostawę radiotelefonów z ukompletowaniem,
- -dowód nr 6 - skan formularza ofertowego Altran i informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na dostawę radiotelefonów nasobnych pracujących w systemie DMR prowadzonym przez Komendę Stołeczną Policji,
- -dowód nr 7 - skan formularzy ofertowych DGT i Perfect P. M. B. T. spółka jawna i informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na dostawę fabrycznie nowych urządzeń radiotelekomunikacyjnych prowadzonym przez KWP w Poznaniu,
- - dowód nr 8 - przykładowe skany protokołów odbioru jakościowego z oznaczeniem modelu urządzeń Motorola jako DP4801E oraz DM4601E.

Izba uwzględniła stanowisko przedstawione przez wykonawcę E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G.z siedzibą w Warszawie (dalej: Altran) w piśmie z dnia 20 października 2020 roku „Pismo uczestnika postępowania" złożonym do sprawy sygn. akt KIO 2193/20.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego w sprawie **sygn. akt KIO 2196/20** dowody zawnioskowane przez wykonawcę E. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie (dalej: Altran) i złożone w sprawie sygn. akt KIO 2193/20 tj. dowody od nr 3 do dowodu numer 8.

Izba nie dopuściła w poczet materiału dowodowego w sprawie sygn. akt KIO 2196/20 dowodu nr 9 złożonego w trakcie rozprawy w postępowaniu dowodowym w sprawie sygn. akt KIO 2196/20 przez wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie (dalej RTcom) z uwagi na to, że dokumenty zostały złożone w jeżyku obcym bez tłumaczenia. Izba nie dopuściła również w poczet materiału dowodowego dokumentów załączonych do odwołania ponieważ dokumenty te zostały złożone w języku obcym bez tłumaczenia. Postępowanie prze Krajową Izbą Odwoławczą prowadzone jest w języku polskim i w takim też języku należy składać dokumenty w postępowaniu. Znajduje to źródło w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2020 poz. 1296) gdzie w § 19 pkt 1 podano, że rozprawa odbywa się w języku polskim. Natomiast w punkcie 3 ww. paragrafu prawodawca jednoznacznie wskazał, że wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Tym samym w toku postępowania odwoławczego Izba może uwzględniać jedynie dokumenty przedstawiane w języku polskim, a jeśli strona postępowania lub jego uczestnik powołuje się na dokument w języku obcym powinien w toku postępowania odwoławczego, w prowadzonym postępowaniu dowodowym, przedstawić jego tłumaczenie na język polski, w innym przypadku Izba nie uwzględni takich dokumentów. Wymaga odnotowania również w tym miejscu, a co znajduje odzwierciedlenie w protokole posiedzenia i rozprawy, że po pierwsze, wykonawcy zostali poinformowania o przebiegu rozprawy oraz zakreśleniu kolejności wypowiedzi w poszczególnych sprawach odwoławczych i prowadzenia dowodzenia w tym zakresie; po drugie w trakcie rozprawy w stanowisku T4B wniósł o niedopuszczenie dowodu nr 9 z uwagi na brak jego tłumaczenia, natomiast Odwołujący, któremu udzielono następnie jeszcze dwukrotnie głosu nie odniósł się do tego wniosku, jak również nie przedstawił w trakcie prowadzonego postępowania dowodowego w sprawie KIO 2196/20 dowodu z tłumaczeniem na język polski.

Izba uwzględniła stanowisko przedstawione przez wykonawcę E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie (dalej: Altran) w piśmie z dnia 20 października 2020 roku „Pismo uczestnika postępowania" złożonym do sprawy sygn. akt KIO 2196/20.

Izba dopuściła następujące dowody zawnioskowane i złożone w sprawie **sygn. akt KIO 2198/20** przez Odwołującego - wykonawcę E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie (dalej: Altran lub Odwołujący):

- dowód nr 10 - kalkulacja własna Odwołującego dotycząca oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: T4B) ze wskazaniem podstaw i założeń przyjętych do wyliczeń prezentująca koszty prowadzenia warsztatów zgodnie z wymaganymi OPZ,
- dowód nr 11 - kalkulacja własna Odwołującego dotycząca oferty wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie (dalej RTcom) ze wskazaniem podstaw i założeń przyjętych do wyliczeń prezentująca koszty prowadzenia warsztatów zgodnie z wymaganymi OPZ,
- dowód nr 12 - wydruk ze strony internetowej PEFRON.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

IV.

Sygn. akt KIO 2193/20

Izba ustaliła, że zostało wykazane przez Odwołującego wypełnienie łącznie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, w skutek oświadczeń złożonych z ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy Izba nie skierowała do rozpoznania na rozprawie i umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2193/20:

-w zakresie do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aksel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku (pełnomocnik) oraz Teletronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu - z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego w całości na posiedzeniu i niewniesienie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aksel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku (pełnomocnik) oraz Teletronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego,

-w zakresie do wszystkich zarzutów podniesionych w dowołaniu w odniesieniu do wykonawcy DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie - z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego w całości na posiedzeniu.

W zakresie zarzutu 1 tj. naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK') przez nieodtajnienie informacji wadliwie zastrzeżonych, a wskazanych wyżej w tiret 4, albowiem wbrew art. 8 ust. 3 ustawy wykonawcy nie wykazali w świetle wymogów (brak dowodów na poufność), że wskazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nadto nie stanowią tajemnicy w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Co więcej, niekiedy nawet wykonawcy nie przekazali uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicę, a zatem nie może to wywołać określonego skutku, a prowadzi do ograniczenia możliwości powoływania zarzutów wobec ofert tych wykonawców - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że w uzasadnieniu podniesionego zarzutu odwołania Odwołującego w zasadzie „grupowo" odnosi się do czynności Zamawiającego odnośnie oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców, „których oferty kwestionuje". Odwołujący wskazał, że kwestionuje czynność zaniechani odtajnienia dokumentów złożonych przez RTcom - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 7 lipca 2020 r., wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i ofert z 18 czerwca 2020 r. oraz Altran wskazanych w piśmie zastrzegającym jako tajemnice z 27 lipca 2020 r.,

W ocenie Izby w zakresie podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy niezbędne jest odniesienie do kwestii konstrukcji zarzutów odwołania.
Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty, które poza wskazaniem podstawy prawnej muszą również odnosić się do faktycznego uzasadnienia. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.
W oparciu o treść art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów,

określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim faktycznej argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na dokonanie oceny kwestionowanych czynności czy zaniechań Zamawiającego oraz uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację oraz treść art. 190 ust. 1 ustaw Odwołujący podnoszący zarzuty w zakresie czynności czy zaniechań Zamawiającego obowiązany jest do zbudowania zarzutów przez wskazanie uzasadnienia faktycznego oraz przedstawienia dowodów na okoliczności przez siebie podnoszone, o ile takie dowodzi (art. 190 ust. 1 ustawy w zw. z art. 1 KC w zw. z art. 6 KC). Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, dla których twierdzi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę, a w określonych przypadkach, w których sam Odwołujący referuje do dostępności, oczywistości informacji również argumentacja winna zostać wsparta dowodami.

Mając na uwadze, że o treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść.
Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09 podał, że „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...)”. Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03 niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej

(por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa.
W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu.
W zakresie stanowiska zaprezentowanego w uzasadnieniu odwołania Izba dostrzegła, że Odwołujący przedstawił argumentacje prawną referującą zarówno do wykładni poszczególnych przepisów jak i orzecznictwa, a także elementów doktryny. Jednakże odwoływanie się do tych elementów nie zastępuje faktycznego uzasadnienia naruszenia wskazanych przepisów oraz nie stanowi uzasadnienia dla faktycznego zaistnienia poszczególnych przesłanek określonych przepisami obowiązującego prawa.

Izba dostrzegła również, że stanowisko Odwołującego prezentowane jest w odniesieniu do wszystkich wykonawców z ewentualnym uzupełnieniem stanowiska do poszczególnych wskazanych z nazwy wykonawców, które zawiera argumentację polegającą na powielaniu tych samych niedookreślonych okoliczności, przesłanek.

Wymaga w ocenie Izby odnotowania w tym miejscu, że art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) - 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 odniesieniu do przesłanki dotyczącej informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą - w ocenie Izby Odwołujący zarówno w odniesieniu do wykonawcy RTcom jak i Altran nie przedstawił w zasadzie żaden argumentacji , która prowadziłaby do wniosku, że zastrzeżone przez te podmioty informacje nie mają właśnie takiego charakteru oraz, że nie zostało to podniesione w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zarzutu odwołania stanowi zebranie poszczególnych, czasami powtarzających się sformułowań w żaden sposób nie uzasadniających, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów nastąpiło z naruszeniem przepisów.
W odniesieniu do dokumentów przedstawionych przez Altran Odwołujący nie buduje żadnej argumentacji faktycznej odnoszącej się jedynie w zakresie tego podmiotu, natomiast poszukiwanie argumentacji, jej selekcjonowanie i przypisywanie do danego podmiotu przez Izbę jest niedopuszczalne. Ogólnikowe hasła i odwołania do doktryny i orzecznictwa nie są uzasadnieniem zarzutu.
Natomiast w odniesieniu do dokumentów przedstawianych przez RTcom Odwołujący kieruje argumenty jednakże w ocenie Izby również ogólnikowe. Odwołujący nie odnosi się do faktycznie wskazanych informacji odnoszących się do elementów posiadających wartość gospodarczą, a na które w wyjaśnieniach wskazuje RTcom lecz jedynie w jedynym zdaniu podaje czego wykonawca nie ujął w swoich wyjaśnieniach. Odwołujący pomija w uzasadnieniu odniesienie się do treści podanych przez RTcom w dokumentach z dnia 18 czerwca i 7 lipca 2020 roku.

Izba wskazuje, że art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) - nie

precyzuje jakie konkretnie działania musiał podjąć dany podmiot w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, aby można było te informacje uznać jako poufne. Dlatego tak ważne na etapie budowania zarzutu odwołania jest wykazanie, że konkretne działania jakich podjęcie czy istnienia zakłada wykonawca konstruujący zarzuty odwołania, a które podjęte zostały dla utrzymania poufności danych gwarantują bądź nie gwarantują utrzymanie tej poufności. Wymaga również dostrzeżenia, że wykonawcy składający oferty w postępowaniach są profesjonalistami, od których wymaga się postępowania z należytą starannością co dostrzegalne jest również w podnoszeniu argumentacji dotyczącej naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy. Wykonawcy nie działają w próżni, a obowiązujące regulacje prawne mają również zastosowanie do ich działania. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania ponownie bardzo ogólnie odnosi się w tym zakresie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez Altran, w zasadzie nie budując żadnej faktycznej argumentacji.
W odniesieniu do dokumentów zastrzeżonych przez RTcom jako tajemnica przedsiębiorstwa podaje, że brak jest w jakikolwiek sposób wykazania poufności tych dokumentów, jednakże w tym zakresie - podobnie jak powyżej - pomija Odwołujący stanowisko wyrażone w pismakach przez RTcom, ponieważ RTcom podał jakie ograniczenia wprowadził w swojej firmie, natomiast wskazuje na brak dokumentów w tym zakresie. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że takie ograniczenia muszą przyjąć postać dokumentu oraz nie wykazał, nawet nie podjął takiej próby, że stanowisko RTcom nie znajduje uzasadnienia w rzeczywistości.

Izba wskazuje, że podnoszone orzecznictwo nie zastępuje faktycznych uzasadnień podnoszonych zarzutów odwołania. W kontekście przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz konstrukcji zarzutu odwołania Odwołujący nie podał w uzasadnieniu podniesionego naruszenia prawa żadnej faktycznej argumentacji. Stanowisko Odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania pozwala na stwierdzenie, że zarzut ten - chaotyczny i ogólny w argumentacji - podnoszony jest bowiem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwia Odwołującemu dokonanie oceny dokumentów konkurencyjnych wykonawców i sprawdzenia zasadności czynności podjętych przez Zamawiającego, a samo objecie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów ma na celu utrudnienie weryfikacji przez Odwołującego. Izba w tym zakresie wskazuje, że po pierwsze taka argumentacja nie stanowi uzasadnienia podnoszonego zarzutu, które to wykazywałoby podstawy naruszenia określonych przepisami przesłanek; po drugie ta argumentacja również nie została w żaden sposób wykazana. Prawem każdego podmiotu składającego dokumenty w postępowaniu jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w nich zawartych, a obowiązkiem wykazanie przesłanek uprawniających do skutecznego zastrzeżenia. Nie istnieje jeden określony sposób wykazywania przesłanek, jeden utarty sposób uzasadniania stanowiska - każda sprawa w takich okolicznościach rozpatrywana jest indywidualnie i indywidualnie musi być oceniana. Izba wskazuje, że fakt, że zarzut dotyczy naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zwalnia w żaden sposób Odwołującego od budowania zarzutów odwołania z zachowaniem wszystkich prawidłowości niezbędnych do stwierdzenia faktycznego podniesienie zarzutu. Odwołujący nie może przerzucać na Izbę konieczności poszukiwania argumentacji w odniesieniu do wskazanego naruszenia prawa. Odwołujący będący profesjonalistą poruszający się w meandrach zamówień publicznych sam jest również podmiotem zastrzegającym informacje objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba nie może poszukiwać za wykonawcę argumentacji jak również nie może go zastępować w konstruowaniu argumentacji faktycznej i jednocześnie poddawać jej ocenie. Wymaga przypomnienia, że to czynność lub zaniechanie Zamawiającego podlega ocenie Izby w kontekście podniesionego zarzutu odwołania i tylko w tym zakresie może być oceniona.

W zakresie zarzutu 2 - tj. naruszenia art. 96 ust. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie wypełnienia pkt 27 protokołu postępowania przez podanie kompletnej listy załączników - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Oczywistym jest, że Zamawiający w trakcie prowadzenia procedury o udzielnie zamówienia publicznego obowiązany jest prowadzić protokół postepowania o udzielnie zamówienia publicznego. Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zaniechania uzupełnienia punktu 27 Protokołu postępowania.

Izba nie uwzględniła tego zarzutu odwołania ponieważ w dokumentacji złożonej do Izby Protokół postępowania w punkcie

27 jest uzupełniony, a Zamawiający wymienił w nim załączniki do protokołu. Odwołujący podaje, że Zamawiający nie ujął w protokole wszystkich załączników natomiast nie wskazuje jakich załączników nie ujął Zamawiający. Wymaga odnotowania, że skoro Odwołujący twierdzi, że jakieś załączniki nie były wskazane to powinien był je podać. W uzasadnieniu tego zarzutu brak jest jakiejkolwiek argumentacji, która pozwalałaby na uznanie, że Protokół postępowania nie został wypełniony lub że nie został wypełniony prawidłowo. Samo to już pokazuje jak nieprecyzyjna jest konstrukcja tego zarzutu, bowiem raz mówi Odwołujący o niewypełnieniu Protokołu postepowania w punkcie 27, a kolejnym razem mówi o niewskazaniu wszystkich dotychczasowych załączników do Protokołu.

W zakresie zarzutu 3 i 4 - tj. (3) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty RTCOM w zakresie związanym z informacjami ujawnionymi, albowiem zaoferowanie cen, szczególnie wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z 2 lipca 2020 r. to ceny obiektywnie nierealne, z zastrzeżeniem, że brak ujawnienia tych wyjaśnień uniemożliwia konstrukcję precyzyjnych zarzutów poza informacjami dostępnymi teraz aktualnie oraz (4) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 UZNK przez zaniechanie odrzucenia oferty RTCOM, podczas gdy przedstawiane ceny, w szczególności ujawnione w wezwaniu Zamawiającego z 2 lipca 2020 r. ceny za szkolenie (8,38 zł) stanowią manipulację cenową i oferowanie usług poniżej rzeczywistych kosztów, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - Izba zarzuty uznała za zasadne.

W zakresie zarzutu Izba ustaliła, że zgodnie z formularzem „Informacje dodatkowe" w pozycji 17, Typ - ZP, *Przedmiotu zamówienia - Zestaw/zestawy do programowania (producent)* wykonawcy mieli podać ceny obejmujące wymagania wskazane w Opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) Załącznik nr 2 do SIWZ sprawa nr 6/BŁiI/20/RG w rozdziale XVIII -*Typ ZP, Przedmiotu zamówienia - Zestaw/zestawy do programowania (producent)*. W ramach tego rozdziału wskazane były wymagania co ukompletowania pojedynczego zestawu do programowania, warsztatów oraz dokumentacji, a także pozostałe wymagania odnoszące się do gwarancji.

W odniesieniu do *Warsztatów* Zamawiający określił wymagania:

a.Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia na rzecz Zamawiającego dwudniowych (2 x 8 godzin) warsztatów w zakresie konfigurowania wszystkich typów stacji retransmisyjnych, duplexerów, radiotelefonów i oprogramowania, w wersjach oprogramowania takich samych, jak dostarczone. Celem warsztatów jest uzyskanie przez przedstawicieli Zamawiającego umiejętności samodzielnego programowania konfiguracji i kluczy.

b.Wymaga się przeprowadzenia warsztatów dla 2 przedstawicieli Zamawiającego na każdy dostarczony zestaw do programowania.

c.Wykonawca może przystąpić do realizacji warsztatów po podpisaniu bez uwag protokołu odbioru jakościowego, jednak nie później niż przed podpisaniem końcowego protokołu odbioru produktu.

d.Urządzenia ..... oraz oprogramowanie do ... przeprowadzenia warsztatów zapewni Wykonawca.

e.Wykonawca ..... przeprowadzi warsztaty w .. formie zajęć praktycznych. Językiem warsztatów będzie język polski. Zajęcia będzie prowadziła osoba posiadająca odpowiednią wiedzę i doświadczenie.

f.Wykonawca dostarczy i przekaże wszystkim osobom biorącym udział w warsztatach materiały dydaktyczne, instrukcje i inne powiązane materiały. Materiały dydaktyczne będą sporządzone w języku polskim. W przypadku opracowań występujących w oryginale w innym języku niż polski Zamawiający załączy tłumaczenie ich fragmentów, istotnych z punktu widzenia zakresu warsztatów.

g.Warsztaty ..... będą prowadzone w .... siedzibach Zamawiającego(obiekty KGP/KWP/KSP/Szkół Policji na terenie RP). Zamawiający dopuszcza przeprowadzenie warsztatów w innej lokalizacji na wniosek Wykonawcy. W takiej sytuacji Wykonawca pokrywa koszty sali szkoleniowej, a także dojazdu i powrotu oraz wyżywienia i zakwaterowania uczestników od dnia poprzedzającego rozpoczęcie warsztatów do dnia kolejnego po

zakończeniu warsztatów

Wykonawca RTcom podał dla pozycji 17 Informacji dodatkowych cenę 112,30 zł brutto. Odnośnie wyceny kosztu warsztatów wykonawca RTcom przedstawił uzasadnienie w piśmie z dnia 7 lipca 2020 roku dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba odnotowuje w tym miejscu, że Zamawiający zarzuty odwołania uwzględnił w całości. Wykonawca RTcom wniósł sprzeciw w zakresie uwzględnienia zarzutów odwołania, w odniesieniu do zarzutów dotyczących RTcom.

Izba uznała zarzut za zasadny w odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy w zakresie zaoferowanej ceny oferty z uwagi na cenę istotnej części składowej jaką zaoferował RTcom. Zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. To oznacza, że ciężar dowodu w postępowaniu odnoszący się do zaoferowanej przez RTcom ceny spoczywał na RTcom. Wykonawca RTcom w trakcie rozprawy oświadczył, że *Dodaje, że nie będzie działał samodzielnie, nie będzie przedmiotem odrębnej dostawy. Dodaje, że zestaw do programowania to jest kabel i nic więcej. Świadczenie to jest zawsze wykonywane przez pracowników RTcom, dywagacje na temat tego ile kosztuje godzina pracy fachowca nie ma znaczenia, koszty związane z transportem oraz koszty związane z ewentualnymi noclegami zaliczane są do kosztów ogólnozakładowych i niezwykle trudno je wydzielić przy konstruowaniu tego typu elementu oferty.*
Dodaje, że wykonawca dysponuje materiałami szkoleniowymi bo one istnieją na co dzień, dysponuje nośnikami, na których zapisane są te materiały szkoleniowe. Koszty transportu połączone są z kosztem dostawy.

Powyższe stanowisko RTcom potwierdza w ocenie Izby w sposób jednoznaczny, że RTcom w cenie oferty, w istotnej jego części tj. ZP w zakresie warsztatów nie uwzględnił składowych ceny niezbędnych do jej rzetelnego skalkulowania. Wykonawca RTcom oświadczył bowiem, ze pominął w wycenie koszty transportu i koszty ewentualnego noclegu, jak również podał, że posiada materiały szkoleniowe i nośniki na których zapisane są materiały szkoleniowe. Mając na uwadze, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień - temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wyjaśnienia wykonawcy - informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. W rozpoznawanym przypadku w ocenie Izby Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny złożonych wyjaśnień co do wyceny pozycji 17 Informacji dodatkowych, natomiast RTcom w trakcie rozprawy dowiódł, że nie uwzględnił wszystkich wymaganych kosztów, które generują wymagania wskazane w OPZ. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że przedstawiając wyjaśnienia odnośnie elementów ceny wykonawca musi ująć w cenie wszystkie wymagane elementy zamówienia, a nie może uzależniać tych wyjaśnień od sposobu prowadzenia księgowości w firmie czy innych okoliczności np. odnoszących się do trudności wyodrębnienia danych kosztów z ogólnych pozycji finansowych firmy. Niedopuszczalnym jest również finansowanie, choćby niewielkich kosztów, zamówienia z innych dochodów bądź nieuwzględnianie w wycenie kosztów, które wykonawca już poniósł tak jak w tym przypadku wskazywał RTcom materiały szkoleniowe będące w posiadaniu. Fakt, że wykonawca posiada jakieś materiały nie powoduje, ze jest zwolniony z ich wyceny w ofercie. Wykonawca dla prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia musi ująć w cenie ofertowej wszystkie koszty danego zamówienia, tak jak wynika to z OPZ i zakresu jaki został przez Zamawiającego tym opisem określony. Irrelewantna natomiast jest dla kalkulacji kosztów danego zamówienia praktyka księgowania kosztów czy też trudności z wyliczeniem danego kosztu (tak też Izba w wyroku sygn. akt KIO 2389/20).

W doniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Izba wskazuje, że oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej

złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, powyżej wskazany przepis zawiera odesłanie do konstrukcji czynu nieuczciwej konkurencji określonego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku poz. 1010 ze zm, dalej „ustawa z.n.k."), która to ustawa zawiera definicję legalną czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 stanowiąc, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, natomiast na podstawie punktu 5 działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Izba mając na uwadze całą wyżej przedstawioną argumentację odnoszącą się do rozpoznania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy stwierdziła, że złożenie oferty przez RTcom w przedmiotowym postepowaniu o udzielnie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wymaga podkreślenia, że w trakcie rozprawy RTcom dowodził, że nie będzie ujmował określonych kosztów w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, bowiem są one np. trudne do wyliczenia albo dlatego, że dane elementy już posiada. W ocenie Izby, mając również na uwadze niejawną treść złożonych wyjaśnień działanie RTcom wydaje się być działaniem zamierzonym, a co najważniejsze jest działaniem powtarzalnym w kilku różnych elementach na co wskazał sam RTcom w trakcie rozprawy podając stanowisko do protokołu. Nieuwzględnienie w cenie oferty wszystkich faktycznych kosztów, takich jak np. koszty noclegów, diety dla prowadzących dwudniowe warsztaty powoduje, że wykonawca zaniżył cenę oferty, a mając na uwadze profesjonalny charakter podmiotu, uprawdopodobnia w ocenie Izby, że działanie wykonawcy RTcom miało na celu uzyskanie zamówienia i w tym celu eliminację innych wykonawców z postępowania. RTcom jednoznacznie potwierdzał na rozprawie odnoszących się do wyliczenia ceny oferty, że będzie ujmował je w kosztach ogólnozakładowych. Takie działanie wykonawcy można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży danego świadczenia poniżej kosztów jego świadczenia.
Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia zasad opisanych w art. 7 ust. 1 ustaw.

Izba uznała za niezasadną tą część zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy, która odnosi się do urządzeń radiokomunikacyjnych oraz przemiennika z duplekserem, zasilaczem i okablowaniem - w tym zakresie brak jest faktycznej argumentacji jaką można byłoby poddać ocenie w zakresie wskazanego naruszenia przepisów ustawy. Złożenie na rozprawie dowodu (dowód nr 1) nie zastępuje argumentacja jak musi zostać podniesiona w zarzutach odwołania i jego uzasadnieniu, a która stanowi podstawę późniejszego dowodzenia jak również oceny przez Izbę. W tym zakresie Izba przywołuje uzasadnienie z rozstrzygnięcia zarzutu nr 1 co do konstrukcji zarzutów odwołania i argumentacji faktycznej jaka musi zostać podniesiona w odwołaniu.

Izba stwierdziła, mając na uwadze treść odwołania, że mimo twierdzeniom pojawiającym się w trakcie rozprawy w odwołaniu nie podniesiono zarzutu powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień elementów ceny oferty. W uzasadnieniu jedynie Odwołujący referuje do tej okoliczności uzasadniając brak precyzyjności pierwotnie złożonych wyjaśnień ale nie stawia w zakresie ponownego wezwania jakiegokolwiek zarzutu.

W zakresie zarzutu 5 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy dodatkowo art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez nieodrzucenie oferty RTcom, która jest niezgodna z SIWZ, oraz wykonawca stara się zmienić treść oferty - Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba uznała zarzut za zasadny w odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy ponieważ Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, która była niezgodna z wymaganymi SIWZ jakie sam określił Zamawiający, a do tego została poprawiona w sposób niedopuszczalny tj. przez uwzględnienie wyjaśnień. Izba

wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Dodatkowo wymaga również przypomnienia, że wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji Zamawiający określa w SIWZ jak również może tego dokonać w załącznikach, jak Opis przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Dla pozycji 12 i 15 Informacji dodatkowych RTcom nie podał producenta kabla antenowego, która to informacja była przez Zamawiającego wymagana.

W wyjaśnieniach poczynionych w dniu 25 czerwca 2020 roku RTcom wskazał, odpowiadając na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, że:
1)producentem (spośród wymienionych w pkt 12 formularza „Informacje dodatkowe" kabla antenowego, wymaganego zgodnie z treścią Rozdział XIII ust. 10 Załącznika nr 2 do SIWZ (OPZ) - jest CommScope;
2)producentem (spośród wymienionych w pkt 15 formularza „Informacje dodatkowe" kabla antenowego, wymaganego zgodnie z treścią Rozdział XVI ust. 3 Załącznika nr 2 do SIWZ (OPZ) - jest CommScope;

W ocenie Izby zasadnie Odwołujący podniósł zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W ocenie Izby określona OPZ ilość skończona akcesoriów biurowych do radiotelefonu typu P czy też akcesoriów do układu antenowego do stacji retransmisyjnej typu R wymagała od wykonawcy podania wszystkich producentów tychże akcesoriów. Wymaga podkreślenia, że właśnie owe akcesoria są przedmiotem OPZ w tych poszczególnych wymienionych wyżej pozycjach. Tym samym, skoro przedmiotem zamówienia są akcesoria oraz jest ich skończona ilość to wykonawca miał podać producenta dla każdego z akcesoriów. Brak podania producenta kabla antenowego - w obu pozycjach - oraz uzupełnienie tej informacji na późniejszym etapie w wyniku złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy jednoznacznie potwierdza, że w ofercie wykonawca nie wskazał producenta kabla antenowego, a to oznacza, że nie złożył oferty w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Wymaga odnotowania, że wezwanie do złożenia wyjaśnień jakie skierował w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Zamawiający do RTcom w odniesieniu do pozy 12 i 15 kierowało pytanie „Kto jest producentem kabla (...) antenowego". Odpowiedź nie stanowiła wyjaśnienia treści złożonej oferty lecz jej nieuprawnione uzupełnienie. Uzupełnienie oferty po terminie składania ofert jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów ustawy. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia do wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - czyli treść oferty. Wyjaśnieniu zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem sądów powszechnych podlega to co jest w ofercie podane, natomiast każde przedstawienie nowych, niezawartych w ofercie informacji na temat producenta kabla antenowego należy uznać za potwierdzenie nieprzedstawienia takiej informacji w ofercie. Izba dostrzegła również w wyjaśnieniach RTcom argumentację zmierzającą do wykazania w ofercie producentów wiodących akcesoriów, a nie wszystkich - takie stanowisko również nie może spotkać się z aprobatą. Nie zostało bowiem określone w dokumentacji postępowania wskazanie na wiodące akcesoria, Zamawiający równo traktował wszystkie akcesoria i żadnemu, czy ich grupie, nie nadał prymatu.

Mając na uwadze powyższe, oferta RTcom nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy), a uwzględnienie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy przez Zamawiającego było niewłaściwe - oferta tego wykonawcy powinna była zostać odrzucona z postępowania. Izba za niezasadne również uznaje stanowisko RTcom z rozprawy, *że wszyscy w ofertach podali nazwę tego producenta i poczynione wyjaśnienia przez RTcom należy potraktować jako poprawienie omyłki.* Fakt, że inni wykonawcy podali nazwę producenta kabla antenowego potwierdza, że w jednakowy sposób zrozumieli, że należy podać producenta każdego z akcesoriów, czego RTcom nie uczynił. natomiast w odniesieniu do RTcom nie dowodzi niczego więcej. Nie można uznać w świetle obowiązującego przepisu art. 87 ustawy, ze doszło do poprawienia omyłki, co najważniejsze nie wynika aby Zamawiający dokonał poprawienia omyłki w tym zakresie, bowiem nie jest to niezgodność treści oferty z dokumentacją postępowania, którą można poprawić jak omyłkę.
Izba nie uwzględniła zarzutu w zakresie wskazanego naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy - brak w tym zakresie argumentacji faktycznej i nie sposób ocenić jak RTcom miałby wprowadzić Zamawiającego w błąd. W zakresie tej części zarzut pozostaje aktualna argumentacja prawna odnosząca się do konstrukcji zarzutu odwołania zawarta przez Izbę w uzasadnieniu rozstrzygnięcia zarzutu 1.

W zakresie zarzutu 5 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy przez nieodrzucenie oferty Altran, która jest niezgodna z SIWZ, oraz wykonawca stara się zmienić treść oferty -Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący w zakresie zarzutu odwołania podniósł brak podania w sposób prawidłowy przez Altran w pozycjach 1, 9 i 14 formularz - Informacje dodatkowe danych identyfikujących zaoferowany przez Altran sprzęt.

Izba ustaliła, że zgodnie z wymaganiami Zamawiajacego wynikającymi z dokumentacji postępowania wykonawca w Informacjach dodatkowych dla poszczególnych pozycji jakie są przedmiotem rozpoznania w tym zarzucie tj. *radiotelefony nasobny DMR, radiotelefon przewoźny DMR, stacja retransmisyjna DMR*wymagał podania: *(producent, typ, model).* Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł w Opisie przedmiotu zamówienia.
W ocenie Izby z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający określił jednoznacznie jakich informacji wymaga od wykonawców składających ofertę. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego zawarta w uzasadnieniu odwołania oparta jest na poczynionych przez tego wykonawcę dodatkowych argumentacjach, założeniach nie znajdujących uzasadnienia w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący stawiając zarzut zmienia treść wymagania Zamawiającego bowiem podaje w uzasadnieniu zupełnie inne wymagania od tych jakie ukształtował Zamawiający w dokumentacji. Odwołujący posługuje się zwrotami „pełny typ oferowanego sprzętu", „numer modelu", „numer główny", „symbole" - są to określenia, których w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia nie używa Zamawiający. W ocenie Izby budowanie takich nowych określeń wskazuje na to, że z treści określonych przez Zamawiajacego w dokumentacji postępowania nie można było w żaden sposób wywieść, że Zamawiający żądał podania takich danych, do których referuje Odwołujący. W zasadzie argumentacja Odwołującego przeczy jego twierdzeniom, a w konsekwencji potwierdza prawidłowość czynności Zamawiajacego co do oceny oferty Altran oraz prawidłowość zakresu podanych przez Altran informacji co do typu i modelu oferowanych urządzeń tj.
radiotelefonów nasobnych DMR, radiotelefonów przewoźnych DMR oraz stacji retransmisji DMR.

Zakres informacji jaki ma identyfikować oferowany przedmiot zamówienia określa sam Zamawiający, w tym wypadku uczynił to przez określenie wymagania podania typu i modelu. W żaden sposób nie dookreślał Zamawiający i w żaden sposób nie wskazał jak definiuje oba te określenia. Brak wskazania sposobu rozumienia tych określeń przez Zamawiajacego w dokumentacji postępowania nie może być dookreślany na etapie po złożeniu ofert, jak również nie może być zmieniany na tym etapie postepowania. Nie może być również jednostronnie wykładany przez Odwołującego. W argumentacji prezentowanej w odwołania w sposób jednoznaczny Odwołujący stara się narzucić własną interpretację dokumentacji postępowania zakładają, że jedynie podanie informacji jakie on uważa za słuszne będzie stanowiło zadość „uzyskania informacji konkretnej".

Odwołujący wskazał, że w pozycjach 1, 9 i 14 formularz Informacje dodatkowe „nie jest wymieniony pełny typ oferowanego sprzętu". Izba dostrzega, że Odwołujący nie podał w sposób jednoznaczny jaki to typ w jego ocenie powinien był zostać podany dla każdej z tych pozycji. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnia w oparciu o jakie postanowienia SIWZ miałby wykonawca podawać w dla tych pozycji zakres częstotliwości pracy urządzeń, nadmienić natomiast należy, że zakres częstotliwości został przez Zamawiajacego opisany i wskazany w OPZ. Zamawiający nie wymagał natomiast podania zakresu częstotliwości pracy danego urządzenia w formularzu Informacje dodatkowe, tym samym na etapie oceny ofert ten element nie może być weryfikowany w taki sposób jakby chciał tego Odwołujący. Zamawiajacy nie wymagał również podania „numeru modelu" - choć sam Odwołujący również nie zdefiniował tego określania - wydaje się, że chodziło Odwołującemu o takie uszczegółowienie, które prowadzi do podania wersji danego modelu. Stanowisko to Odwołujący uzasadnił w trakcie rozprawy podając, że *urządzenie to* (radiotelefon) *występuje w wersjach VHF, w wersji 301 oraz w wersji UHF.* W przedmiotowym postępowaniu Zamawiajacy nie wymagał podania wersji urządzenia, a jedynie typ i model. Izba podkreśla w tym miejscu, że co do zasady Odwołujący nie zakwestionował faktu, ze dany model urządzenia nie istnieje czy też nie spełnia wymagań Zamawiajacego - kwestionował, że jest niedookreślony podając, że *niezbędne jest podanie częstotliwości dla precyzyjnego określenia konkretnego modelu.*

Punktem odniesienia oceny oferty są wymagania określone przez Zamawiajacego, a Zamawiający wymagał podania typu i modelu jednocześnie nie definiując tych parametrów, do tego nie wymagał podawania wersji, a tym bardziej wskazywania częstotliwości pracy danych urządzeń. Izba uznała za zasadną argumentację Altran dotyczącą tego, że *oznaczenie „DP4801E", „DM4601E" oraz SLR5500" to oznaczenia modeli, zgodnie z przyjętą u producenta Motorola klasyfikacją.* Wymaga również odnotowania, że w ramach modelu danego urządzenia, oferowane mogą być różne wersje czy konfiguracje (funkcjonalności). Natomiast Zamawiający nie wymagał w dokumentacji postępowania podawania jakichkolwiek dodatkowych informacji.

W ocenie Izby z dowodu nr 2 przedstawionego przez Odwołującego wynikają przeciwne wnioski niż podnosił Odwołujący. Z karty katalogowej Mototrbo seria DM4000e wynika jednoznacznie jak oznaczona została przez producenta seria, natomiast w karcie tej podano „symbol modelu" - DM4601e, gdzie w dalszej części tabeli podano dla tego modelu ogólne dane techniczne, w tym wskazano pasam i zakres częstotliwości pracy urządzenia o określonym symbolu modelu. Taka samo okoliczność dotyczy przedstawionej karty katalogowej Mototrbo seria DP4000e, gdzie w tabeli wskazano „symbol modelu" - DP4801e, a poniżej podano pasam i zakres częstotliwości dla tego modelu. W zasadzie prezentowane przez Odwołującego przy pomocy dowodów stanowisko zaprzecza jego twierdzeniom z odwołania. Do tego Izba wskazuje, że Odwołujący sam podał w odwołaniu, że wszyscy wykonawcy składający oferty ze sprzętem Motorola w taki sam sposób oznaczyli modele oferowanych urządzeń. Prawidłowość czynności Zamawiajacego w pierwotnej ocenie oferty Altran, jak również prawidłowość złożenia przez Altrean formularza Informacje dodatkowe potwierdzają w ocenie Izby dowody przedstawione przez Altran. Oświadczenie producenta Motorola dowód nr 3 potwierdza okoliczności jakie wynikają z dowodu przedstawionego przez Odwołującego (dowód nr 2) oraz potwierdzają, że podane w formularzu Informacje dodatkowe oznaczenia sprzętu to modele. Wymaga w tym miejscu odnotowania, że te same karty katalogowe przedstawił Altran (dowód nr 4) tylko że na okoliczność wykazania poprawności przedstawienia w ofercie oznaczenia modelu oferowanego urządzenia. Dowód nr 3 w sposób jednoznaczny i przejrzysty wyjaśnia hierarchizację określeń symbolu, modelu oraz wersji danego urządzenia. W oceni Izby dowód ten ma kluczowe znaczenie, bowiem pochodzi on od producenta sprzętu i dotyczy okoliczności związanych z katalogowaniem produkowanych urządzeń. Stanowisko Odwołującego z rozprawy w odniesieniu do tego dowodu Izba uznała za niezasadne, bowiem wartość dowodowa dokumentu nie zależy od spójności podawanych informacji. W odniesieniu do „typu", który nie został określony w dowodzie nr 3. Odwołujący uznaje *za tożsame słowo „model" w formularzu informacje dodatkowe i w dowodzie D3 to słowo „typ" nie jest w ogóle uwzględnione w dowodzie D3* - przy czym Izba dostrzegła, że uzasadnienie zarzutu odwołania nakierowane jest na brak podania prawidłowo modelu oferowanych urządzeń, a nie typu przy czym jednocześnie Odwołujący w ogóle pomija Serie urządzenia wskazaną w dowodzie nr 3. Potwierdza to w ocenie Izby jedynie wybiórczy charakter podawanej argumentacji oraz brak odniesienia w pełni do przedstawionego dowodu. Do tego cały czas Odwołujący stara się wykazywać, że podanie pełnego typu i pełnego modelu - choć nie definiuje co też oznacza podanie pełnego typu i pełnego modelu - pozwoli na jednoznaczną identyfikację konkretnego

urządzeń. Przy czym pomija kolejny raz, że Zamawiający nie określił tak szczegółowo wymagań co do podania wersji danego urządzenia. Odwołujący stara się w swojej argumentacji doprowadzić do zmiany wymagań określonych w dokumentacji postępowania przez dokonanie jej odmiennej od stanu rzeczywistego interpretacji.
Dowody (od 5 do 8) przedstawione przez Altran tj. formularze ofert z innych postępowań w przedmiocie dostawy spójnym z przedmiotowym zamówieniem, w tym dla Zamawiajacego, oraz protokołu odbiorów potwierdzają, że każdy z wykonawców - bowiem nie tylko Altran - używa tych samych oznaczeń modelu oferowanych urządzeń w różnych postępowaniach o udzielnie zamówienia publicznego. To natomiast w ocenie Izby pozostaje w zgodzie z oświadczeniem (dowód nr 3) producenta urządzeń i pokazuje, że dane oznaczenia modeli oferowanych urządzeń nie są określane na potrzeby jednej oferty ale są powszechnie używane. Tym samym skoro Zamawiający nie zdefiniował inaczej modelu (nie podał jego własnej definicji), jak również nie wymagał od wykonawcy podania w formularzu Informacje dodatkowe informacji odnośnie częstotliwości, to za niezasadne Izba uznała twierdzenia Odwołującego. W ocenie Izby dane podane w formularzy Informacje dodatkowe są wystarczające i prawidłowe, zgodne z przyjętym u producenta sprzętu systemem katalogowania, a to oznacza, że identyfikowalne. Izba wskazuje, że sam Odwołujący w dowodzie nr 2 przedstawił informację o oznaczeniach modeli spójnych z oznaczeniami modeli wskazanymi przez Altran w ofercie w formularzu Informacje dodatkowe, a także spójne z oświadczeniem producenta (dowód nr 3).

W zakresie zarzutu 6 - naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez zaniechania obligatoryjnych działań przez Zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych zarzutów - Izba zarzut uznała za zasadny.

W ocenie Izby, w odniesieniu do uwzględnionych przez Izbę zarzutów odwołania, Izba stwierdza również naruszenie zasad określonych w ustawie w art. 7 ust. 1.
Natomiast zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad w art. 7 ust. 1 ustawy oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania
Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, dlatego też w ocenie Izby zasad z art. 7 ust. 3 ustawy nie została naruszona przez Zamawiajacego.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Sygn. akt KIO 2193/20

Izba w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, w skutek oświadczeń złożonych z ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy Izba nie skierowała do rozpoznania na rozprawie i umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2196/20:

- w zakresie do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu w odniesieniu do wykonawcy DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie - z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego,
- w zakresie do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aksel spółka z ograniczoną odpowiedzialnościąz . siedzibą ..... w .. Rybniku ..... (pełnomocnik) ..... oraz

Teletronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu - z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego i niewniesienie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aksel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z . siedzibą ..... w .. Rybniku ..... (pełnomocnik) ..... oraz
Teletronik spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że nie zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy -*
Odwołujący nie wskazała na posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W odwołaniu z dnia 4 września 2020 roku Odwołujący - wykonawcy RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie (sygn. akt KIO 2196/20), nie wykazali materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania, bowiem w ogóle ich nie wskazali tj. posiadanego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu. W przedmiotowej sprawie odwoławczej wykonawca Odwołujący nie odniósł się w ogóle do przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia bądź możliwości podniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiajacego.

Przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy muszą obligatoryjnie zostać wykazane w złożony odwołaniu. Wymaga odnotowania, że posiadanie statusu wykonawcy - podmiotu który złożył ofertę w postępowaniu - nie jest wystraczające do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi skutków procesowych. Obligatoryjny charakter przesłanek i konieczność ich wykazania w postępowaniu przez składającego odwołanie wykonawcę potwierdza również art. 179 ust. 2 ustawy, który określa organizacje uprawnione do wnoszenia odwołania, które z natury rzeczy nie wykazują przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy.

W orzecznictwie, zarówno Izby jak i sądów powszechnych, ugruntowane jest stanowisko, że wykonawca składający odwołanie musi wykazać przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego. Zgodnie z wykładnią językową i systemową stanowią stanowi to obowiązek Odwołującego i warunkuje skuteczność wniesienia odwołania i prawa korzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej. Izba nie może się domyślać czy wykonawca posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, te okoliczności wykonawca musi zawrzeć w odwołaniu, a Izba - jak również na dalszych etapach korzystania ze środków ochrony prawnej sąd powszechny - poddaje informacje przedstawione przez wykonawcę ocenie. Pamiętać bowiem należy, że przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy stanowią materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania. Brak podania argumentacji przez Odwołującego w odniesieniu do interesu w uzyskaniu zamówienia, tak jak ma to miejsce w tych okolicznościach sprawy, uniemożliwia ocenę tej przesłanki. Co za tym idzie Odwołujący nie wykazał, że spełnia jedna z przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania i jego rozpoznania. Również w odniesieniu do drugiej z przesłanek, która musi zostać przez wykonawcę wykazana dla oceny skuteczności wykazania materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania tj. poniesienie lub możliwość poniesienia szkody Odwołujący w odwołaniu nie poczynił żadnej argumentacji. To oznacza, że nie wykazał zaistnienia również drugiej z przesłanek z art. 179 ust.1 ustawy, których kumulatywne spełnienie niezbędne jest do skutecznego wykazania dopuszczalności odwołania.
Za spóźnione należy uznać stanowisko Odwołującego z rozprawy, gdzie podniósł, *że wykonawca złożył ofertę najkorzystniejszą i posiada interes w kwestionowaniu dopuszczenia do umowy ramowej innych wykonawców. Ten interes jest oczywisty.* Po pierwsze składanie takiego oświadczenia po upływie terminu na wniesienie odwołania powoduje, że

jest ono spóźnione. Po drugie, to czy coś jest oczywiste czy nie jest oczywiste nie ma znaczenia w obliczu obowiązku wykazania spełnienia przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania w odwołaniu. Izba nie dokonuje oceny przesłanek w odniesieniu do ich „oczywistości" tylko w odniesieniu do ich wykazania w odwołaniu, a brak ich wykazania w odwołaniu jednoznacznie powoduje, ze Izba ich nie może ocenić i nie ocenia, bowiem ich nie ma - nie zostały w ogóle wykazane.

W okolicznościach tej sprawy Izba powołuje wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 roku sygn. akt IX Ga 44/08, który mimo wydania w obowiązującym wtedy stanie prawnym pozostaje aktualny również obecnie - co potwierdzają odwołania do tego orzeczenia - a który w sposób jednoznaczny potwierdza, że przesłanki materialnoprawne dopuszczenia dowołania muszą być wykazane w odwołaniu. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych z art. 179 ust. 1 ustawy uzasadnia oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania - w tym przypadku w ogóle brak podania - przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania uzasadnia niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego dowołania. Potwierdza to również wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 października 2008 roku sygn. akt XII Ga 308/08 wskazujący na konieczność w pierwszej kolejności oceny przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności wniesienia odwołania (skargi) aby uznać, że w konkretnej sprawie określonemu podmiotowi wnoszącemu środek ochrony prawnej w ogóle przysługuje.

Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła odwołalnie z uwagi na brak wykazania spełnienia materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania, który to brak w tej konkretnej sprawie polegał na tym, że wykonawca w ogóle nie przedstawił argumentacji w odniesieniu do przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy.

Svan. akt KIO 2198/20

Izba ustaliła, że zostało wykazane przez Odwołującego wypełnienie łącznie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Altran E. G. z siedzibą w Warszawie (dalej: Altran) i nakazała Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawców RTcom spółka cywilna W. K., T. S., S. H., D. S. z siedzibą w Koszalinie (dalej: RTcom), a także oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: T4B).

W zakresie zarzutu Izba ustaliła, że zgodnie z formularzem „Informacje dodatkowe" w pozycji 17, Typ - ZP, Przedmiotu zamówienia - Zestaw/zestawy do programowania (producent) wykonawcy mieli podać ceny obejmujące wymagania wskazane w Opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) Załącznik nr 2 do SIWZ sprawa nr 6/BŁiI/20/RG w rozdziale XVIII -*Typ ZP, Przedmiotu zamówienia - Zestaw/zestawy do programowania (producent)*. W ramach tego rozdziału wskazane były wymagania co ukompletowania pojedynczego zestawu do programowania, warsztatów oraz dokumentacji, a także pozostałe wymagania odnoszące się do gwarancji.

W odniesieniu do *Warsztatów* Zamawiający określił wymagania w OPZ:

a.Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia na rzecz Zamawiającego dwudniowych (2 x 8 godzin) warsztatów w zakresie konfigurowania wszystkich typów stacji retransmisyjnych, duplexerów, radiotelefonów i oprogramowania, w wersjach oprogramowania takich samych, jak dostarczone. Celem warsztatów jest uzyskanie przez przedstawicieli Zamawiającego umiejętności samodzielnego programowania konfiguracji i kluczy.

b.Wymaga się przeprowadzenia warsztatów dla 2 przedstawicieli Zamawiającego na każdy dostarczony zestaw do programowania.
c.Wykonawca może przystąpić do realizacji warsztatów po podpisaniu bez uwag protokołu odbioru jakościowego, jednak nie później niż przed podpisaniem końcowego protokołu odbioru produktu.
d.Urządzenia ..... oraz oprogramowanie do ... przeprowadzenia warsztatów zapewni Wykonawca.
e.Wykonawca ..... przeprowadzi warsztaty w .. formie zajęć praktycznych. Językiem warsztatów będzie język polski. Zajęcia będzie prowadziła osoba posiadająca odpowiednią wiedzę i doświadczenie.
f.Wykonawca dostarczy i przekaże wszystkim osobom biorącym udział w warsztatach materiały dydaktyczne, instrukcje i inne powiązane materiały. Materiały dydaktyczne będą sporządzone w języku polskim. W przypadku opracowań występujących w oryginale w innym języku niż polski Zamawiający załączy tłumaczenie ich fragmentów, istotnych z punktu widzenia zakresu warsztatów.
g.Warsztaty ..... będą prowadzone w .... siedzibach Zamawiającego(obiekty KGP/KWP/KSP/Szkół Policji na terenie RP). Zamawiający dopuszcza przeprowadzenie warsztatów w innej lokalizacji na wniosek Wykonawcy. W takiej sytuacji Wykonawca pokrywa koszty sali szkoleniowej, a także dojazdu i powrotu oraz wyżywienia i zakwaterowania uczestników od dnia poprzedzającego rozpoczęcie warsztatów do dnia kolejnego po zakończeniu warsztatów

Wykonawca RTcom podał dla pozycji 17 Informacji dodatkowych cenę 112,30 zł brutto. Odnośnie wyceny kosztu warsztatów wykonawca RTcom przedstawił uzasadnienie w piśmie z dnia 18 czerwca 2020 roku oraz z dnia 7 lipca 2020 roku (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa).

Wykonawca T4B podał dla pozycji 17 Informacji dodatkowych cenę 325,95 zł brutto. Odnośnie wyceny kosztu warsztatów wykonawca RTcom przedstawił uzasadnienie w piśmie z dnia 25 czerwca 2020 roku oraz 7 lipca 2020 roku (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa).

Izba na wstępie wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień - temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacji warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy - informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wymaga także podkreślenia, że wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie elementów zaoferowanej ceny oferty powinien, dla prawidłowości i skuteczności takich wyjaśnień odnieść się do wszystkich elementów składowych danego zamówienia oraz wyjaśnić sposób wyceny każdego z elementów jaki musi być uwzględniony w ramach danego przedmiotu zamówienia. Izba zaznacza, że sposób złożenia wyjaśnień zależy każdorazowo od wykonawcy, jednakże musi ujmować wszystkie wymagane elementy zamówienia.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów

zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Izba uznała, mając również na uwadze całą argumentację poczynioną w trakcie rozprawy, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny złożonych wyjaśnień zaoferowanej ceny, a w konsekwencji w sposób nieprawidłowy zaniechał odrzucenia ofert RTcom oraz T4B. Dodać należy, że Zamawiający na posiedzeniu uwzględnił odwołanie w całości.

Izba wskazuje, że mając na uwadze obecne brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu
wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi to wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza
0wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób
1stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia oraz co najważniejsze zawierać informację odnoszącą się do kalkulacji elementów składowych przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Izba wskazuje w tym miejscu, co ma odniesienie do oceny wyjaśnień poczynionych zarówno przez RTcom jak również przez T4B, że w ocenie Izby pozycja 17 Formularza Informacje dodatkowe Typ - ZP,*Przedmiotu zamówienia - Zestaw/zestawy do programowania (producent)* stanowiła istotną część składową i podlegała wyjaśnieniu w ramach procedury z art. 90 ust. 1 ustawy, jak również samodzielnie podlega ocenie co do jej elementów składowych.

Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia poczynione przez RTcom, tym samym potwierdził się zarzut odwołania, a co potwierdziły w zasadzie odwołanie i argumentacja z rozprawy.
Izba oceniając wezwania oraz udzielone wyjaśnienia przez RTcom stwierdziła, że Zamawiający nie dokonał powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień lecz wezwał faktycznie do uzupełnienia wyjaśnień już złożonych.

Zaznaczyć wymaga, że zgodnie z art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez RTcom w odniesieniu do ceny zaoferowanej za zestaw do programowania, w tym cenę za warsztaty Izba uznała, że wykonawca RTcom w zasadzie potwierdził słuszność argumentacji Odwołującego. Izba zaznacza, że ambiwalentne dla oceny realności ceny oferty za zestaw do programowania pozostaje realizowanie zamówień w określonej dokumentacją wielkości a tym samy znikomej wartości w stosunku do wartości pojedynczego zamówienia wartości zestawu do programowania. RTcom w trakcie rozprawy wskzał, że część kosztów w ramach

pozycji 17 zestawy do programowania będzie pokrywana z marży jaka zostanie ustalona na dostawie urządzeń - to w sposób jednoznaczny potwierdziło, że wykonawca RTcom nie skalkulował w cenie pozycji 17 formularza Informacje dodatkowe wszystkich kosztów realizacji tej pozycji. RTcom swoim oświadczeniem potwierdził również, że część kosztów przeniósł do innej pozycji, co jest niedopuszczalne. Istotą zamówień publicznych i wyceny kosztów w poszczególnych pozycjach danego przedmiotu zamówienia jest ich realność. Argumentacja jaką przedstawił w trakcie rozprawy RTcom wskazuje na brak zrozumienia podstawowych mechanizmów wyceny ofert w zamówieniu publicznym, które musi być dokładne, realne i nie może polegać na „utykaniu" kosztów szkolenia w marżach za dostawy. W tym stanie rzeczy to w ogóle nie wiadomo, bo wykonawca tego nie wykazał czy w ogóle ujął koszty szkolenia w cenie oferty. Za zupełnie niezrozumiałe i w żadnym stopniu nieprzystające do zamówień publicznych i wykazania kosztów poszczególnych pozycji realizacji zamówienia należy uznać stanowisko RTcom, że *każdy przedsiębiorca ponosi koszty stałe i z tych kosztów pokrywa wynagrodzenie pracowników oraz inne zobowiązania i tylko od niego zależy, w jaki sposób będzie te koszty rozdzielał i organizował prace pracowników.* Oczywistym jest, że organizacja pracy jest domeną podmiotu zarządzającego lecz w ramach zamówień publicznych i realizacji kontraktów na rzecz podmiotów publicznych wykonawca musi przedstawiać kalkulację kosztów jakie faktycznie będzie ponosił na realizację danego przedmiotu zamówienia. RTcom poza tym, że potwierdza, że nie jest dla niego zrozumiała idea przejrzystości kalkulacji ceny oferty w ramach zamówienia publicznego, prezentowanym stanowiskiem w zasadzie potwierdza brak skalkulowania wszystkich kosztów jakie muszą zostać ujęte w celu należytej wyceny zamówienia. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że przedstawiając wyjaśnienia odnośnie elementów ceny wykonawca musi ująć w cenie wszystkie wymagane elementy zamówienia, a nie może uzależniać tych wyjaśnień od sposobu prowadzenia księgowości w firmie czy innych okoliczności np. odnoszących się do trudności wyodrębnienia danych kosztów z ogólnych pozycji finansowych firmy lub tego, że ponosi koszty stałe i z tego będzie pokrywał koszt np. pracowników (dalej bowiem nie wiadomo jakie to faktycznie i realnie koszty będzie ponosił). Niedopuszczalnym jest również przenoszenie kosztów zamówienia na inne pozycje bądź wyłączanie ich z ogólnej ceny zamówienia. Wykonawca dla prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia musi ująć w cenie ofertowej wszystkie koszty danego zamówienia, tak jak wynika to z OPZ i zakresu jaki został przez Zamawiającego tym opisem określony. Irrelewantna natomiast jest dla kalkulacji kosztów danego zamówienia trudność z wyliczeniem danego kosztu (tak też Izba w wyroku sygn. akt KIO 2389/20). Za słuszne należy uznać stanowisko, że w ramach wyceny realizacji zamówienia koszty pracy nie mogą być niższe niż koszty minimalnego wynagrodzenia określone przepisami lub też minimalnej stawki godzinowej (art. 90 ustawy). RTcom nie wykazał w trakcie rozprawy, że koszty pracy w jego ofercie zostały skalkulowane oraz nie wykazał, że zostały skalkulowane na wymaganym przepisami prawa poziomie.

Przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu stanowisko oraz dowody w trakcie rozprawy (dowód nr 11), które wskazują na realność faktycznych kosztów jakie musi w ramach prowadzenia warsztatów ponieść wykonawca - mając jednocześnie na uwadze wyjaśnienia ceny oferty w zakresie zestawu do programowania oraz składowych jakie zostały przez RTcom w tym zakresie wskazane jak również argumentację z rozprawy - Izba uznała za poprawie skonstruowane i potwierdzające nieprawidłowość czynności Zamawiajacego w odniesieniu do oceny oferty RTcom.

Zamawiający nie dokonał właściwie oceny oferty i zaniechał odrzucenia oferty RTcom - zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Izba uznała za zasadny.

Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia poczynione przez T4B, tym samym potwierdził się zarzut odwołania, a co znalazło również potwierdzenie w stanowiskach prezentowanych w trakcie rozprawy.

Izba oceniając wezwania oraz udzielone wyjaśnienia przez T4B stwierdziła, że Zamawiający nie dokonał powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień lecz wezwał faktycznie do uzupełnienia wyjaśnień już złożonych.

Zaznaczyć wymaga, że zgodnie z art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W trakcie rozprawy T4B nie odniósł się do argumentacji Odwołującego poczynionej w odwołaniu jak również Odwołujący nie kwestionował dowodu nr 12 odnośnie stawek miesięcznego dofinansowania z PEFRON. Izba nie podzieliła argumentacji T4B, że dane zawarte w dowodzie nr 10 stanowiące kalkulację własną Odwołującego tracą swój walor jako dowód z uwagi na to, że mogły być zawarte w treści odwołania. Wymaga dostrzeżenia, że w treści odwołania Odwołujący ponosi

argumentację, którą w trakcie rozprawy popiera złożonymi dowodami.

Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu odwołania Odwołujący wskazał na wieloelementowość czynnika cenotwórczego w pozycji 17 formularza Informacje dodatkowe. Odwołujący odnosił się zarówno do kosztów samego szkolenia 2-dniowego jakie w ramach warsztatów będzie generowało wynagrodzenie szkoleniowca ale również bezpośrednio związanych z tym kosztów takich jak koszty dojazdu/transportu, koszty noclegu i delegacji, koszty materiałów szkoleniowych. W ramach poczynionych wyjaśnień w dniu 25 czerwca 2020 roku T4B wskazał, że warsztaty będą prowadzone w siedzibie Zamawiajacego, co było jedną z opcji oraz, że koszty wyżywienia, zakwaterowania i dojazdu nie mają zastosowania. Izba co do pracowników Zamawiającego oczywiście rozumie te postanowienia, jednakże w odniesieniu do osoby [prowadzącej szkolenie niezależnie od tego, gdzie prowadzone jest szkolenie tzn. w siedzibie Zamawiajacego czy poza siedzibą osoba taka zawsze będzie musiała dotrzeć do siedziby Zamawiającego, których wielość lokalizacji została przewidziana przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania w odniesieniu do terytorium całego kraju - 23 lokalizacje. T4B w części jawnej wyjaśnień podał również, że „Szkoleniowiec przyjeżdża z dostawą - koszty ujęte w kosztach dostawy sprzętu". Z tego wyjaśnienia wynika w sposób jednoznaczny, że część kosztów, która powinna zostać skalkulowana w ramach pozycji 17 formularza Informacje dodatkowe - zestaw do programowania została przeniesiona do innej pozycji. Co więcej skalkulował wykonawca jedynie koszty przyjazdu, w zupełności nie odnosząc się do kosztów powrotu takiej osoby. Zastanawiający jest również sposób kalkulacji w tym zakresie z uwagi na wymagania OPZ, zgodnie z którym wykonawca może przystąpić do realizacji warsztatów po podpisaniu bez uwag protokołu odbioru jakościowego, jednak nie później niż przed podpisaniem końcowego protokołu odbioru produktu. Odnotować natomiast należy, że dokonanie odbioru jakościowego zostało w bardzo precyzyjny sposób opisane przez Zamawiajacego w umowie wykonawczej w załączniku nr 2 do tej umowy. W żaden sposób T4B nie wykazał, że odbiór i szkolenie nastąpią w tym samym dniu, w którym nastąpi transport. W ramach wymagań OPZ urządzenia oraz oprogramowanie do przeprowadzenia warsztatów zapewni Wykonawca, natomiast zgodnie z wyjaśnieniami koszt tych urządzeń został przeniesiony na szkoleniowca bowiem T4B podał, że „zestaw do programowania posiada szkoleniowiec". Tym samym kolejne koszty nie zostają uwzględnione w cenie pozycji 17 formularza Informacje dodatkowe. Izba uznała za słuszne twierdzenie Odwołującego, że niezależnie od danych okoliczności dotyczących danego wykonawcy koszty o których mowa powyżej dotyczą wszystkich wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia. T4B nie wykazał w trakcie rozprawy, że koszty te ujął w złożonych wyjaśnieniach.

W odniesieniu do kosztów szkoleniowca Izba uznała argumentację zawartą w stanowisku Odwołującego za słuszną, tym bardziej, że została ona potwierdzona bardzo szczegółową i przejrzystą analizą zawartą w złożonym dowodzie (dowód nr 11). W ocenie Izby kalkulacja zawarta w dowodzie nr 11 na stronie 6 odnosząca się do wyliczenia kosztów wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego z dofinansowaniem PEFRON na założonym przez Odwołującego poziomie 1200 zł w związku z zatrudnieniem pracownika o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności na pełen etat przy minimalnym wynagrodzeniu brutto 2 600,00 zł, gdzie koszty zatrudnienia pracownika na cały etat przy minimalnym wynagrodzeniu to 3 132, 48 zł oraz uwzględnieniu dofinansowani PEFRON daje za 1 godzinę pracy przy 21 dniowym miesiącu pracy (168 godzin) kwotę 11,50 zł (przy 20 dniowym miesiącu pracy - 160 godzin - daje kwotę 12,08 zł). W ocenie Izby brak kwestionowania tej kalkulacji, jak i pozostałych przez Odwołującego, potwierdza jej zasadność. Dodać należy, że kalkulacja ta oparta jest o minimalne wynagrodzenie, a jak słusznie zauważył Zamawiający powołując się na życiowe doświadczenie, trudnym do zaakceptowania jest fakt, że osoba posiadająca odpowiednie techniczne doświadczenie oraz umiejętności związane z podłączeniami i programowaniem radiotelefonów uzyskuje najniższe wynagrodzenie krajowe. Co istotne kalkulacja ta potwierdza, że stawka (która podał w trakcie rozprawy T4B) za 1 godzinę szkolenia w kwocie 8,38 zł co daje 130,24 zł za szkolenie nie znajduje uzasadnienia w obliczu obowiązujących regulacji prawnych. Izba zaznacza, że nie ma znaczenia w tym kontekście otrzymana przez T4B oferta, bowiem odpowiedzialność w świetle prawidłowości kalkulacji ceny oferty ponosi wykonawca ją składający. Zgodnie z dowodem nr 11 koszt 1 godziny minimalnego wynagrodzenia, przy minimalnym wynagrodzeniu brutto 2 600,00 zł, wynosi 18,65 zł przy 21 dniowym miesiącu pracy - 168 godzin (natomiast 19,58 zł przy 20 dniowym miesiącu pracy - 160 godzin) i taki co najmniej wyjściowo musi być uwzględniony przy kalkulacji kosztów oferty. Oczywiście może on podlegać różnym

pomniejszeniom jak np. w zakresie posianego przez wykonawcę dofinansowania na określonym poziomie, ale nie może zgodnie z przepisami w ramach art. 90 ust.1 ustawy być mniejszy. Za słuszne należy uznać stanowisko, że w ramach wyceny realizacji zamówienia koszty pracy nie mogą być niższe niż koszty minimalnego wynagrodzenia określone przepisami lub też minimalnej stawki godzinowej (art. 90 ustawy). Skoro w ramach procedury wyjaśnienia wyliczenia ceny ujmuje się elementy cenotwórcze wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowana jest zamówienie, to brak wykazania realności ceny w ramach tych przepisów rozpatrywany musi być jako brak wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym nie znajduje uzasadnienia argumentacja T4B z rozprawy, a odnosząca się do braku ukształtowania przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy i braku żądania odrzucenia oferty z powodu niezgodności z przepisami prawa.
Mając na uwadze powyższą argumentację Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiajacego art. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty T4B.

W ocenie Izby, w odniesieniu do uwzględnionych przez Izbę zarzutów odwołania w stosunku do wykonawcy RTcom oraz wykonawcy T4B, Izba stwierdza również naruszenie przez Zamawiajacego zasad określonych w ustawie w art. 7 ust. 1.
Natomiast zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad w art. 7 ust. 1 ustawy oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, dlatego też w ocenie Izby zasad z art. 7 ust. 3 ustawy nie została naruszona przez Zamawiajacego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 i 3 oraz z § 5 ust. 4 72).

Przewodniczący: .....