Sygn. akt: KIO 131/22

WYROK

z dnia 3 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 31 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 17 stycznia 2022 r. przez wykonawcę TK Telekom Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „PKP Intercity" Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie pierwszego zarzutu odwołania, dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami złożonych przez T-Mobile Polska S. A. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy T-Mobile Polska S. A. w zakresie oferowanej ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

2. W pozostałej części odwołanie oddala.

3. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża stosownie do wyniku postępowania odwoławczego w 1/5 zamawiającego oraz w 4/5 odwołującego.

5. Zasądza od Zamawiającego „PKP Intercity" Spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego TK Telekom Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 720 zł (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącą 1/5 wysokości uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 131/22

UZASADNIENIE

Zamawiający „PKP Intercity" Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, dalej: „PZP") postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, znak sprawy: 21/WNP-009396/PRZ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 158-419180.

W dniu 17 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 1, 2 i 3 Ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2020 r. nr 1913 ze zm.) („UZNK") poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami złożonych przez T-Mobile Polska S.A. („T-Mobile") z dnia 30 listopada 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 Ustawy, pomimo, że z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji złożonego przez T-Mobile nie wynika, że informacje te spełniają łącznie przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa T-Mobile w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, a zatem są jawne i winne zostać udostępnione przez Zamawiającego Odwołującemu;

2) art. 224 ust. 5 Ustawy oraz art. 224 ust. 6 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile, pomimo, że wykonawca ten, będąc prawidłowo wezwanym przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie ceny oferty pismem z dnia 30 listopada 2021 r. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile, pomimo, że cena oferty T-Mobile zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy w zw. z art. 3 ust.1 i art. 15 ust.1 pkt 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T-Mobile, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

a w konsekwencji naruszenie art. 16 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1) odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami złożonych przez T-Mobile z dnia 30 listopada 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 Ustawy;

2) unieważnienie czynności wyboru oferty T-Mobile jako najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

3) odrzucenie oferty T-Mobile i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący argumentował, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w dniu 30 listopada 2021 r. T-Mobile przedstawił odpowiedź na wezwanie, zastrzegając jednocześnie poufność informacji wskazanych w pkt V i VI oraz załączników do pisma. W konsekwencji, Odwołujący uzyskał wgląd jedynie do: (i) pierwszej strony wyjaśnień, gdzie zostały powołane przepisy Ustawy, orzeczenia KIO oraz lakoniczne stwierdzenie, że cena zaoferowana przez T-Mobile jest ceną realną, nieodbiegającą swym poziomem od cen rynkowych; (ii) uzasadnienia objęcia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa.

Tymczasem, zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy PZP, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, co oznacza, że jest prowadzone w warunkach transparentności. Zasada jawności przejawia się w szeregu czynności podejmowanych przez Zamawiającego jak i innych uczestników. Obowiązkiem wykonawcy decydującego się na uczestnictwo w postępowaniu jest przestrzeganie tej zasady, a co za tym idzie podjęcie wszelkich działań zmierzających do ujawnienia pełnej treści złożonej oferty.

Odejście od zasady jawności i umożliwienie wykonawcom zastrzeżenia pewnych elementów oferty lub wyjaśnień jej treści, stanowi wyjątek od tej zasady i jako taki powinien być każdorazowo wnikliwie analizowany przez zamawiającego oraz interpretowany w bardzo ograniczony i ścisły sposób.

Statuujący wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepis art. 18 ust. 3 Ustawy stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Pzp (nazwy i siedziby wykonawców, informacje o cenach lub kosztach zawartych w ofertach).

Przepis art. 11 ust. 2 uznk definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako „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".

Mając na względzie przywołane przepisy, zdaniem Odwołującego należy przyjąć, że wykonawca dla skutecznego zastrzeżenia informacji musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Oznacza to też, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Jak zauważa Odwołujący, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że ratio legis art. 18 ust. 3 Ustawy, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Weryfikacja skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez zamawiającego nie może odbyć się zatem wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Skuteczność dokonanego zastrzeżenia winna być poddana analizie i oceniona przez zamawiającego na podstawie informacji uzasadniających zastrzeżenie, nie zaś samodzielnie przez Zamawiającego na podstawie samego charakteru zastrzeżonych informacji.

W świetle normy prawnej art. 11 ust. 2 Uznk konieczne jest też wykazanie, że zastrzegana informacja posiada wartość gospodarczą. Nie wystarcza samo lakoniczne stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość gospodarczą należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Wartość

gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny.

Z powyższego wynika, że wykonawca zastrzegając daną informację, jako „tajemnicę przedsiębiorstwa" powinien wykazać w szczególności jedną z poniższych okoliczności:

a. wysokość zysków, jakie dana informacja generuje;

b. wysokość zaoszczędzonych określonych kosztów, gdy informacja pozostaje zastrzeżona.

T-Mobile w pkt VIII dokumentu „Uzasadnienie objęcia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez T-Mobile Ceny tajemnicą przedsiębiorstwa" uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa użył wielokrotnie zwrotu „wartość gospodarcza" jednakże tylko cytując przepisy prawa, opisując poglądy orzecznictwa i doktryny, albo formułując ogólne i niczym niepoparte twierdzenia o tym, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza poszczególnych zastrzeganych informacji nie została natomiast w żaden sposób omówiona ani tym bardziej wykazana. W szczególności nie oszacowano własnych korzyści wynikających z zachowania tajności informacji oraz ewentualnych własnych strat lub zysków innych przedsiębiorców wynikających z ujawnienia danych, zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie wykazano też, aby poszczególne utajnione informacje miały charakter praw majątkowych o ustalonej wartości.

Jak dalej argumentuje Odwołujący, T-Mobile uzasadniając wartość gospodarczą zastrzeganych informacji powołuje się w szczególności na „politykę cenową", „możliwość utraty pozycji rynkowej", „know-how", . Tymczasem, zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem KIO „ujawnienie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie konkretnej usługi w konkretnym postępowaniu nie może być automatycznie utożsamione z ujawnieniem polityki cenowej wykonawcy. Przystępujący w żaden sposób nie zdefiniował pojęcia polityki cenowej, nie wskazał jakie czynniki krótkoterminowe lub długoterminowe składają się na ową politykę cenową i w jaki sposób zostały one ujęte w wycenie przedmiotu zamówienia, nie wyjaśnił, gdzie ta polityka cenowa jest opisana w treści wyjaśnień i w jaki sposób jej ujawnienie w postępowaniu może spowodować utratę pozycji rynkowej wykonawcy. Nie wykazał wyjątkowego czy unikalnego charakteru stosowanej polityki cenowej, której ewentualne ujawnienie konkurencji mogłaby go narazić na szkodę".

Podobnie, powoływanie się na możliwość uzyskania przez inne podmioty informacji o ofertach, warunkach handlowych na jakich T-mobile pozyskuje dane produkty lub usługi, relacjach handlowych z innymi podmiotami mają charakter ogólny i lakoniczny, zaś T-Mobile nie wykazał, że producenci urządzeń oferują mu jakieś wyjątkowe rabaty, upusty, których nie oferują konkurentom albo że dotarcie do takich kontrahentów jest bardzo utrudnione, co w świetle ugruntowanego orzecznictwa KIO stanowiło obowiązek tego Wykonawcy.

Wykonawca T-mobile nie wykazał również istnienia związku przyczynowo skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą i nie uprawdopodobnił możliwości poniesienia takiej szkody.

W związku z powyższym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez T-Mobile należało uznać za bezskuteczne w całości przez to, że nie została wykazana wartość gospodarcza informacji. Wykonawca poprzestał w tym zakresie jedynie na odwołaniu się w tym zakresie do ogólnych stwierdzeń i orzecznictwa.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący argumentuje, że z informacji wskazanych przez Zamawiającego w protokole postępowania wynika, że Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 9 342 194,40 zł brutto razem z Prawem Opcji.

Wykonawca T-Mobile zaoferował za wykonanie zamówienia kwotę 4.222.275,12 zł brutto wraz z Prawem Opcji. Wartość oferty brutto wykonawcy T-Mobile zaoferowana za wykonanie zamówienia jest niższa o 54,80% od kwoty podanej od Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego tak niska cena oferty T-Mobile S.A. nie jest w stanie pokryć niżej wymienionych minimalnych, obligatoryjnych kosztów wykonania usługi, nie mówiąc już o osiągnięciu zysku przez tego wykonawcę, którego nie dotyczy poniższe zestawienia kosztów.

Kosztami jakie musi ponieść każdy Operator chcący zrealizować zamówienie są przede

wszystkim:

1. Zapewnienie infrastruktury dostępowej wraz z jej utrzymaniem (w tym dzierżawy łączy i infrastruktury);

2. Koszty budowy sieci LAN;

3. Koszty dostarczenia sprzętu tj. switchy, routerów wraz z kosztem ich instalacji i utrzymania;

4. Udostępnienie Systemu Monitoringu Usług oraz Modułu obsługi zdarzeń wraz ze szkoleniem;

5. Koszty utrzymania usług tj. stałe monitorowanie usług w systemach, zapewnienie ciągłości działania usług, usuwania awarii, usterek i nieprawidłowości, zapewnienie telefonicznego punktu kontaktowego wraz z pomocą techniczną, przygotowywanie raportów miesięcznych.

Głównym elementem stanowiącym najwyższy koszt przy realizacji tego typu zamówienia jest budowa infrastruktury dostępowej. Taki koszt musi ponieść każdy z operatorów, który nie posiada sieci w lokalizacjach objętych przedmiotem zamówienia. Trzeba mieć na uwadze, że wartości ofert pozostałych konkurentów tj. Orange Polska S.A. i Exatel S.A. ponad dwukrotnie przewyższa wartość oferty T-Mobile Polska S.A., które to podmioty startują z podobnej pozycji w niniejszym postępowaniu. Dla operatora T-Mobile Polska S.A. są to nowe usługi, a jak wynika z naszej wiedzy nie posiada on infrastruktury w większości lokalizacji Zamawiającego. Dodatkowo trzeba mieć na uwadze, że odwołujący jest operatorem, który ma wieloletnie doświadczenie w projektach z branży kolejowej i z powodzeniem prowadził wiele takich projektów. Odwołujący sprawnie działa w tym obszarze i ma dobrze rozpoznany rynek. Z naszej wiedzy i praktyki wynika, że o ile koszty wskazane w pkt 2-5 można uznać za oscylujące na podobnym poziomie we wszystkich ofertach (choć wartości ofert Orange Polska S.A. i Exatel S.A. pokazują znacznie wyższe ceny), o tyle budowa sieci na potrzeby dostarczenia usług dla operatora, który nie posiada własnej infrastruktury będą znacznie wyższe od kosztów, które ponosi dotychczasowy operator. Według naszej oceny oferta T-mobile Polska S.A. zawiera zaniżone koszty, w szczególności koszty zapewnienia infrastruktury lub też T-Mobile Polska S.A. nie doszacował, bądź nie ujął wszystkich kosztów wykonania Usługi składając ofertę w Postępowaniu.

Dodaje, że wykonawca T-Mobile zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia zarówno za zamówienie podstawowe, jak i Prawo Opcji na poziomie, który jest oderwany od jakichkolwiek realiów rynkowych, przez co dopuścił się również deliktu w postaci czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oferta T-Mobile S.A. winna zatem zostać odrzucona z Postępowania z uwagi na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków „Ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku”.

Niewątpliwie, zaniżanie kosztów wykonania zamówienia na potrzeby uzyskania niższej ceny całkowitej brutto i wyższej punktacji w kryterium cena prowadzi do naruszenia interesów Netii składającej ofertę na warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu zamówienia. Nie ulega również wątpliwości, iż takie działanie T-Mobile narusza dobre obyczaje kupieckie.

Zauważa, że jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków „Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie przez przystępującego Andra działalności gospodarczej nie zwalnia tego wykonawcy od przestrzegania ww. reguł”. Powyższe uzasadnienie można w pełni odnieść do zachowania wykonawcy T-Mobile. W ocenie Odwołującego powyższe potwierdza, iż złożenie ofert z celowo zaniżoną ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji naruszający dobre obyczaje kupieckie.

W dniu 20 stycznia 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie. Wyraził on również swoje stanowisko procesowe w piśmie z dnia 31 stycznia 2022 r. Podtrzymał zgłoszony w przystąpieniu wniosek o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację na poparcie swoich twierdzeń. Podkreślał, że jego zdaniem, Zamawiający w sposób prawidłowy zweryfikował i ocenił skuteczność dokonanego przez T-Mobile zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do wyjaśnień. Zwracał uwagę, że wszystkie przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zostały przez niego wykazane Zamawiającemu.

W zakresie zarzutów dotyczących ceny rażąco niskiej wskazywał, że cena przez niego zaoferowana jest ceną realną i rynkową, za którą możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Cena ta obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego, a także gwarantuje uczestnikowi postępowania osiągnięcie godziwego zysku. W konsekwencji powyższego za niezasadny uznawał także zarzut dotyczący dopuszczenia się przez T-Mobile czynu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 28 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie zamawiającego „PKP Intercity" S.A. z siedzibą w Warszawie, w której wniósł on o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając szczegółową argumentację dotyczącą poszczególnych zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa koncentrowały się przede wszystkim wokół uzasadnienia, że wszystkie przesłanki wskazane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zostały wykazane przez wykonawcę T-Mobile składającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający wykazywał, że wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę T-Mobile przekonały Zamawiającego, że cena oferty przez niego zaoferowana jest ceną realną, za którą można zrealizować przedmiot zamówienia. Wskazywał na konkretne okoliczności, które jego zdaniem uzasadniają realność zaoferowanej ceny. Zdaniem Zamawiającego, T-Mobile zaoferował cenę nieodbiegającą swym poziomem od cen rynkowych oraz pozwalającą na realizację zamówienia przy założeniu osiągniecia zysku oraz utrzymanie rentowności Wykonawcy w realizowanym zadaniu. Jak podkreśla Zamawiający, T-Mobile potwierdził, iż zaoferowana cena obejmuje całkowite koszty wykonania przedmiotu świadczenia, tj. wykonania wszystkich obowiązków leżących po stronie Wykonawcy określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym również wszystkich kosztów towarzyszących wykonaniu tych obowiązków.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:

odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie zarzutu nr 1, w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP.

W ramach prowadzonego postępowania odwoławczego Izba postanowiła dopuścić dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie, tj.: opracowanie własne Odwołującego w temacie sposobów kalkulacji zrealizowania przedmiotu zamówienia w zależności od użytej technologii (światłowód, radiolinia), ofertę na migrację i rozbudowę systemu monitorowania stanu usług transmisji danych dla PKP Intercity S.A, wycenę dla przełączników sieciowych, decyzję zastępcy dyrektora oddziału ds. obrotu nieruchomościami w PKP S.A. oddział w

Krakowie z dnia 04.04.2018 r., operat szacunkowy z określenia wartości rynkowej stawek najmu czynszu za korzystanie z części nieruchomości (dach) na umieszczenie anten i masztów telekomunikacyjnych na obiektach PKP S.A., pismo PKP S.A. dotyczące zgody na zamontowanie i włączenie do umowy anteny na dachu budowy dworca PKP Kutno. Izba uznała je za wiarygodne w zakresie w jakim wskazują na pewien sposób kalkulacji kosztów wykonania przedmiotu zamówienia przez podmiot, który tę kalkulację sporządził. Nie mogą jednak przedłożone dowody przesądzać o jedynym i obiektywnym sposobie kalkulacji kosztów realizacji zamówienia czy też o jedynych cenach oferowanych przez dostawców zewnętrznych. Zarówno kalkulacje jak i oferty mogą się różnić w zależności od tego, jaki podmiot je sporządza czy też komu określone ceny są oferowane. W zależności od okoliczności zarówno kalkulacje jak i oferty mogą przedstawiać się na różnym poziomie. W związku zatem z odmienną oceną prawną rozpatrywanego zagadnienia Izba uznała przedłożone dowody za nieprzydatne do rozstrzygnięcia w tym konkretnym stanie faktycznym.

Izba pominęła z kolei dowód w postaci oferty na dostawę routerów, która częściowo sporządzona została w języku angielskim oraz wycenę zakupu switchy, z tego samego powodu. Za niewiarygodny Izba uznała z kolei raport dotyczący przyłączy posiadanych przez określone podmioty w danych lokalizacjach, z uwagi na niewiadome źródło pochodzenia, brak wskazania metodyki gromadzenia danych w nim zawartych oraz ogólną nieczytelność przedłożonego raportu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający „PKP Intercity" Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, dalej: „PZP") postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, znak sprawy: 21/WNP-009396/PRZ.

Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu, kryterium jakim kierował się Zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej była cena

oferty - waga 100 %. Do dnia 17 listopada 2021 r., godz. 12:30, tj. do momentu upływu terminu składania ofert, wpłynęły 4 oferty, w tym m. in. oferta odwołującego- opiewająca na kwotę 5 145 336,00 zł brutto uwzględniając wartość opcji oraz przystępującego- opiewająca na kwotę 4 222 275,12 zł brutto uwzględniając wartość opcji. Pozostałe oferty opiewały na kwotę odpowiednio 10 966 756,75 zł brutto oraz kwotę 8 533 136,81 zł brutto.

W dniu 22.11.2021 r. zamawiający skierował do wykonawcy T-Mobile Polska S. A. wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z treścią

wezwania: „PKP Intercity" S.A. działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm., dalej

„Ustawa Pzp"), wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie:

1) zarządzania procesem świadczonych usług;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usług;

3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

7) założeń i metodologii przyjętych do wyliczenia ceny oferty.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, wykonawca T-Mobile Polska S. A. pismem z dnia 30.11.2021 r., przedstawił żądane wyjaśnienia. W wyjaśnieniach wskazano, że „pkt V i VI wyjaśnień oraz załączniki do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z powyższym wnosimy o ich nieudostępnianie podmiotom do tego nieupoważnionym, w szczególności innym wykonawcom".

Wykonawca T-Mobile w przedmiotowym piśmie, oprócz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przedstawił również uzasadnienie objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zgodnie z uzasadnieniem: (początek uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa).

„Zastrzegamy, iż informacje zawarte w pkt V i VI niniejszej odpowiedzi oraz w załącznikach do niniejszej odpowiedzi, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z powyższym informacje te wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 1913, dalej: „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.

Zgodnie z opinią UZP, która pozostaje aktualna również na gruncie obecnie obowiązującego art. 11 ust. 2 Pzp: „określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: - ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, - nie została ujawniona do wiadomości publicznej, - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55)."

Informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz w załącznikach wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla T-Mobile wartość gospodarczą. Zawierają one przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia, podstaw dokonywania tej wyceny oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, przy czym nie są to wyłącznie czynniki i założenia przyjęte na potrzeby tego konkretnego postępowania, ale również okoliczności związane z działalnością operacyjną Wykonawcy, wykorzystywane w ramach jego bieżącej działalności. Informacje te

mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez T-Mobile. Mają one znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej T-Mobile, gdyż ujawniają założenia wypracowywanej przez lata polityki cenowej Wykonawcy, a przede wszystkim metody i zasady wyceny usług, w tym konkretne dane liczbowe, elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania oraz informacje o podmiotach współpracujących z Wykonawcą i uzyskiwanych warunkach handlowych.

Zawarte w wyjaśnieniach informacje posiadają wartość gospodarczą stanowiąc o pozycji T-Mobile w branży telekomunikacyjnej i jego przewadze konkurencyjnej nad innymi uczestnikami rynku. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez T-Mobile szkody poprzez zmniejszenie szans na zaoferowanie w kolejnych postępowaniach konkurencyjnej ceny, a co za tym idzie pozyskanie kolejnych zamówień. Ujawnienie zastrzeżonych informacji grozi ponadto naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto, utajnieniu podlegają oferty, faktury i umowy przedstawiające warunki handlowe (w

tym koszty zakupu), na jakich T-Mobile pozyskuje dane produkty lub usługi, a zarazem - po jakich cenach są one sprzedawane przez partnerów handlowych, co z kolei stanowi dodatkowo tajemnicę handlową kontrahentów Wykonawcy. Tajemnicą o charakterze handlowym i organizacyjnym oraz posiadającą wartość gospodarczą, jest informacja o partnerach handlowych (źródła dostaw/zbytu) oraz dostępnych dla T-Mobile warunkach handlowych.

Ujawnieniu w ramach wyceny podlegają również zasoby, którymi dysponuje T-Mobile i przewidziany przez niego sposób realizacji zamówienia i organizacji świadczenia usługi, a więc informacje o wartości gospodarczej i charakterze handlowym oraz organizacyjnym.

Polityka cenowa T-Mobile obejmuje m.in. założenia dot. kosztów operacyjnych, wydatków inwestycyjnych, kosztów pośrednich i rezerw, a także wysokości marży oraz zasady analizy projektu. Są to informacje, których udostępnienie konkurencyjnym wykonawcom może spowodować utratę pozycji rynkowej T-Mobile. Na rynku usług telekomunikacyjnych działa w szczególności 4 wykonawców - największych na rynku operatorów telekomunikacyjnych (w tym T-Mobile) oraz podmioty z grup kapitałowych tych wykonawców. Ujawnienie jakichkolwiek założeń kalkulacyjnych, czynników wpływających na wysokość ceny oraz danych podmiotów współpracujących z T-Mobile może mieć istotne znaczenie dla pozycji Wykonawcy w przyszłych postępowaniach. Pozostali wykonawcy będą bowiem mogli oszacować potencjalną cenę, jaką może zaoferować T-Mobile, wykorzystać ujawnione rozwiązania, przez lata wypracowywane przez T-Mobile i zaoferować korzystniejsze warunki w kolejnych przetargach.

Wskazać należy na utrwalony w orzecznictwie KIO i w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pogląd, co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera listę czynników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania

zamówienia, w szczególności zaś - kalkulacji i ofert handlowych załączanych do wyjaśnień. Pogląd ten pozostaje aktualny pomimo zmiany ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zasadność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Pomimo zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych, orzecznictwo wydane na gruncie art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. pozostaje w dalszym ciągu aktualne.

Przywołuje w tym zakresie następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO/ 1432/12, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 175/13, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia

2013 r., sygn. akt: KIO 2835/12.

Jak wskazuje dalej w wyjaśnieniach: „Część zastrzeżonych dokumentów ujawnia relacje handlowe T-Mobile z podmiotami prywatnymi. Nie powinno również budzić wątpliwości, iż fakt pozostawania w relacjach handlowych przez dwóch kontrahentów (z których żaden nie jest podmiotem publicznym) może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a takimi właśnie relacjami są relacje łączące Wykonawcę z podmiotami, których oferty załącza do niniejszych

wyjaśnień na potwierdzenie poszczególnych kosztów. Fakt pozostawania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych i informacje ujawniające istotne elementy tych stosunków mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz posiadają wartość gospodarczą, a tym samym wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dodatkowo, należy zwrócić uwagę na fakt, że podmioty wystawiające dokumenty stanowiące Dowód nr 3 oraz Dowód nr 6 do kalkulacji kosztów (wymienione w załącznikach do kalkulacji kosztów) zobowiązały Wykonawcę do zachowania w poufności informacji zawartych w tych dokumentach, w związku z tym T-Mobile zobowiązane było do objęcia dokumentów informacji ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Możliwość utajnienia informacji dotyczących relacji handlowych w jakich pozostaje wykonawca potwierdza stanowisko doktryny oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

a) prof. Elżbieta Wojcieszko-Głuszko wskazuje wprost: „W literaturze zagranicznej pod pojęciem "tajemnica przedsiębiorstwa" (Unterenhmensgeheimnis), rozumie się wszystkie niejawne fakty odnoszące się do spraw relewantnych dla funkcjonowania przedsiębiorstwa: w zakres tego pojęcia wchodzą zarówno "tajemnica produkcyjna" (Fabrikationsgeheimnis), jak i "tajemnica handlowa" (Geschaftsgeheimnis). Tajemnica produkcyjna dotyczy zastosowania określonej metody produkcji, natomiast przedmiotem tajemnicy handlowej (zwanej też "tajemnicą kupiecką" jest wiedza i doświadczenia natury administracyjno handlowej (wewnętrzna struktura organizacyjna, relacje z klientami). Tajemnica handlowa dotyczy, zatem tego rodzaju faktów, jak zawarte przez przedsiębiorstwo umowy i porozumienia, postanowienia dotyczące majątku przedsiębiorstwa, listy klientów, źródła pozyskiwania surowców i towarów, szczególne dane dotyczące organizacji zakładu, jego planów gospodarczych i strategii, sytuacji finansowej, a także prowadzonych eksperymentów i prac naukowo - badawczych.” - tak w: „Ochrona prawna know-how w prawie polskim na tle prawnoporównawczym” (Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego; Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej; Zeszyt 81; wyd. Kantor Wydawniczy Zakamycze Kraków 2002 r.; str. 62-63).

Przywołuje kolejne orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2011 r. (sygn. KIO 1195/11).

Jak dalej argumentuje: „Ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes Wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how Wykonawcy wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny oraz sprawną i należytą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu podmiotowi. W odniesieniu do informacji o sposobie wyceny, kalkulacji i wysokości ponoszonych kosztów, czynnikach wpływających na ich wysokość i uwzględnianych przy kalkulacji ceny oferty, struktury kosztów oraz procedur poprzedzających przygotowanie oferty - jest to know-how Wykonawcy, którego ujawnienie nie tylko niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez Wykonawcę. Umożliwia również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty Wykonawcy w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego

kontraktu, a tym samym - może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez Wykonawcę w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szanse na uzyskanie przez Wykonawcę zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena. Reasumując, zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny i handlowy przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą.

Utajnione w wyjaśnieniach informacje nigdy nie były i nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi; są one tajemnicą dla podmiotów trzecich i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są udostępnianie i powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji ani nie są łatwo dostępne dla takich osób. Ujawnienie nawet fragmentu zastrzeżonych informacji może stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie podkreślamy, iż Wykonawca podjął w stosunku do w/w informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności, zgodnie z obowiązującą w przedsiębiorstwie Wykonawcy polityką ochrony informacji. Zgodnie z procedurą obowiązującą u Wykonawcy

informacje mające wpływ na kalkulacje elementów oferty nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim.

W celu potwierdzenia podjęcia kroków mających na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności przedkładamy dokumenty potwierdzające stosowanie w przedsiębiorstwie Wykonawcy rygorystycznych polityk bezpieczeństwa i zobowiązań nakładanych na pracowników i współpracowników Wykonawcy w celu zachowania poufności istotnych dla Wykonawcy informacji, wśród których oprócz ochrony danych osobowych i tajemnicy telekomunikacyjnej, znajdują się kategorie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w ramach przygotowywanych i realizowanych projektów (wycenianych i składanych ofert). Informacje zastrzeżone w ramach niniejszych wyjaśnień zostały sklasyfikowane jako dane poufne, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i zobowiązujące pracowników i kontrahentów Wykonawcy do ich właściwej ochrony. Zgodnie z polityką bezpieczeństwa Wykonawcy nie są ujawniane m.in. szczegółowe informacje dotyczące szacowania pracochłonności i kalkulacji kosztów poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Wyjątki od tej zasady wynikają z jednostkowych decyzji zarządu albo z działań osób trzecich (np. kontrahentów).

Ze względu na wewnętrzny charakter przedmiotowych dokumentów oraz zgodnie z obowiązującą w grupie kapitałowej Wykonawcy polityką ochrony informacji, załączone dokumenty również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy o charakterze organizacyjnym.

Jednocześnie wskazuję, że zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk „Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.” T-Mobile nie wyraża zgody na korzystanie ze wskazanych powyżej informacji lub rozporządzanie nimi.

Biorąc pod uwagę, iż Wykonawca prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jak również wykazał powyżej spełnienie przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, wnosimy o nieudostępnianie ich podmiotom nieuprawnionym, w szczególności innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zważywszy, iż nawet jednorazowe ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, może mieć dla Wykonawcy istotne znaczenie, zastrzegamy, iż jeżeli przedstawione wyjaśnienia budzą w jakimkolwiek zakresie wątpliwości Zamawiającego lub wymagają dalszego uszczegółowienia, wyrażamy gotowość do udzielenia Zamawiającemu dalszych wyjaśnień. Dlatego, przed podjęciem decyzji, co do odtajnienia jakichkolwiek informacji podlegających zastrzeżeniu zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy, wnosimy o wcześniejsze poinformowanie Wykonawcy, o zakresie budzącym wątpliwości Zamawiającego i umożliwienie mu ustosunkowania się do decyzji Zamawiającego lub skorzystania z przysługujących w tym zakresie środków ochrony prawnej.

Mamy nadzieję, że przedstawione wyjaśnienia oraz załączone dowody czynią zadość wystosowanemu przez Zamawiającego wezwaniu. W przypadku, gdyby przedstawione powyżej wyjaśnienia nie rozwiały wszystkich wątpliwości Zamawiającego, wskazujemy na potwierdzoną w orzecznictwie sądów powszechnych możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny (stanowisko pozostające aktualne także na gruncie obecnych przepisów), tak m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10. Dopuszczalność ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny została również potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 586/14: „W razie wątpliwości, co do złożonych wyjaśnień, w szczególności, gdy nie wyjaśniają one oczekiwanego przez zamawiającego zakresu, zamawiający jest zobowiązany do uzyskania dalszych wyjaśnień wykonawcy, by było możliwe dokonanie oceny, czy cena zawarta w ofercie jest rzeczywiście ceną rażąco niską. Ze wskazanego przepisu Pzp i z orzecznictwa wynika brak podstaw do odrzucenia oferty w przypadku, gdy wyjaśnienia nie potwierdzają rażąco niskiej ceny. W szczególności w orzecznictwie podkreślono zobowiązanie zamawiającego do ponownego zwrócenia się do wykonawcy w celu uzyskania wyczerpujących wyjaśnień, co do ceny oferty.” Zbieżny pogląd został również wyrażony w zamieszczonej w Informatorze UZP nr 11/2013 opinii pt. "Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia".

(Koniec uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa).

Jako załącznik do pisma, wykonawca T-Mobile przedstawił szczegółową kalkulację kosztów, przedstawiającą czynniki cenotwórcze oferty złożonej w niniejszym postępowaniu. Podkreślił, że analiza ta obejmuje wszystkie aspekty wskazane przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 22.11.2021 r., które znajdują zastosowanie przy wycenie przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu oraz przedstawił konkretne wyliczenia, których suma złożyła się na wysokość ceny oferty zaoferowanej w niniejszym postępowaniu.

Do kalkulacji załączone zostały dołączone również liczne dowody.

Następnie zamawiający pismem z dnia 13.12.2021 r., wezwał wykonawcę T-Mobile Polska S. A., do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z informacjami

zamieszczonymi w SWZ.

Zgodnie z informacją o wyniku postępowania z dnia 07.01.2021 r., zamawiający ocenił oferty na podstawie jedynego kryterium oceny ofert i przyznał ofercie przystępującego 100,00 pkt, ofercie odwołującego 82,06 pkt i pozostałym ofertom odpowiednio 49,48 pkt i 38,50 pkt.

Uzasadnienie prawne

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie w zakresie jednego z podniesionych zarzutów jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień publicznych jak i zasadności (transparentności) wydatkowania na ten cel środków publicznych. Z powyższego stanowiska należy wywieść, że tylko w sytuacjach wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek. Każdy podmiot starający się o uzyskanie zamówienia finansowanego że środków publicznych winien mieć powyższą kwestie na względzie (tak: KIO w wyroku z dnia 26 lutego 2019 r., KIO 260/19).

Izba stoi na stanowisku, że możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana, traktowana rozszerzająco, bądź oceniana na zasadzie analogii do innych sytuacji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, kiedy to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa okazało się skuteczne. Nie jest uprawionym, zdaniem Izby, stanowisko przystępującego, jakoby skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w innym postępowaniu z tożsamym przedmiotem usług, gdzie Izba oddaliła odwołanie przy tożsamej argumentacji odwołującego, automatycznie przesądzało również o takim samym rozstrzygnięciu w tym postępowaniu.

Zdaniem Izby uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913- dalej „uznk").

Zgodnie z treścią tego przepisu, który statuuje definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, „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".

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzeżona informacja spełnia łącznie wystąpienie następujących przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się "wartością gospodarczą".

Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza samo stwierdzenie bez wykazania, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Powyższe w uzasadnieniu potrzeby objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa winno być jednoznacznie wykazane. Izba zauważa także, iż opisanie i wykazanie podstaw takiej decyzji wykonawcy jest zadaniem trudnym, gdyż wykonawca musi z jednej strony wykazać podstawy do objęcia określonych treści tajemnicą zgodnie z wymaganiami ustawowymi, a z drugiej nie ujawnić jej w opisie. Podkreślić należy, że dla wymaganego "wykazania" nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przechodząc do oceny zasadności przedmiotowego zarzutu wskazać należy, że zdaniem Izby, nie została przez przystępującego wykazana przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Jak wskazane zostało wyżej, co Izba pragnie z całej mocy podkreślić, dla wykazania tej przesłanki, a także pozostałych, koniecznym jest wykazanie określonych okoliczności, nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia.

Sam fakt, że dane informacje przedstawiają sposób wyceny przedmiotu zamówienia, podstaw dokonywania tej wyceny oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia oraz twierdzenie, że stanowi to swoiste know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, nie stanowi o tym, że informacje te posiadają wartość gospodarczą. Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda ustawowo chroniona tajemnica, ma charakter obiektywny, nie można zatem istnienia takiej tajemnicy subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę (tak: Wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 maja 2020 r., VI SA/Wa 2590/19). Dotyczy to również informacji przedstawianych przez kontrahentów wykonawcy. Skoro następnie chce on je wykorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien mieć na względzie, że w razie braku wykazania ustawowych przesłanek, potwierdzających że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, także ona zostanie ujawniona. Samo twierdzenie o poufnym charakterze danych informacji nie jest w tej sytuacji wystarczające. Nie jest możliwe do przyjęcia zapatrywanie, z którego wynika, iż to wyłącznie wola przedsiębiorcy ma decydować o utajnieniu określonej informacji publicznej (tak: Wyrok NSA z 17 stycznia 2020 r., I OSK 3514/18).

Nie wykazują wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji twierdzenia wykonawcy, zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że utajnione informacje stanowią o pozycji T-Mobile w branży telekomunikacyjnej i jego przewadze konkurencyjnej nad innymi uczestnikami rynku, a ich ujawnienie wiąże się z możliwością poniesienia przez T-Mobile szkody poprzez zmniejszenie szans na zaoferowanie w kolejnych postępowaniach konkurencyjnej ceny, a co za tym idzie pozyskanie kolejnych zamówień. Izba pragnie podkreślić raz jeszcze, że utajnienie określonych informacji nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców.

Wskazać również należy, że przedmiot niniejszego postępowania nie stanowi nader

skomplikowanego czy niespotykanego przedsięwzięcia. W wyjaśnieniach wykonawcy brak jest informacji, których ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję konkurencyjną T-Mobile poprzez uzewnętrznienie jakiegoś rodzaju unikalnych rozwiązań, które nie są dostępne innym wykonawcom, a których pozyskanie naraziłoby wykonawcę na szkodę. Nie można za takie elementy uznać kalkulacji cenowej realizacji przedmiotu zamówienia w technologiach powszechnie używanych przez wiele podmiotów na rynku. Nie wykazał także przystępujący w jaki sposób ujawnienie pozostałych załączników mogłoby na tę pozycję negatywnie wpłynąć, ograniczając się jedynie do przedstawienia twierdzeń, bez poparcia ich dowodami. Nie nastąpiło zatem wykazanie, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy PZP.

Rację należy przyznać Odwołującemu, że podejście do zagadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ewoluowało w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Obecnie szerzej prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym, wykonawca ma wykazać ziszczenie się przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a nie tylko szeroko opisywać różne okoliczności faktyczne z zakresu działalności przedsiębiorstwa bez wskazywania ich konkretnego związku i wpływu np. na ich wartość gospodarczą. Do tego stanowiska przychyla się także skład orzekający w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że w analizowanej sprawie Przystępujący nie sprostał ciężarowi łącznego udowodnienia przesłanek definicji legalnej pojęcia "tajemnicy przedsiębiorstwa". W konsekwencji zaś Zamawiający zaniechał czynności odtajnienia

spornych informacji, z naruszeniem art. 18 ustawy PZP.

Wobec powyższego, uwzględniając przedstawioną argumentację, zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów, Izba ustaliła, co następuje.

Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę na okoliczność mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia, a mianowicie sposób konstrukcji zarzutów i wniosków odwołania. Odwołujący bowiem kwestionował brak udostępnienia mu dokumentów złożonych przez Przystępującego, tj. treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami do tych wyjaśnień, jednocześnie stawiając zarzuty merytoryczne w zakresie braku wykazania przez przystępującego, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty. Co wymaga podkreślenia, odwołujący nie postawił zarzutów dalej idących (zmierzających do odrzucenia oferty przystępującego), a integralnie powiązanych z dokumentami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, jako zarzutów ewentualnych, rozpoznawanych dopiero w przypadku uznania przez Izbę za skuteczne zastrzeżenia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, odwołujący domagając się merytorycznego rozpoznania przez Izbę, już na obecnym etapie, zarzutów dotyczących dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień przystępującego w zakresie ceny oferty, sam pozbawił się możliwości podniesienia takich zarzutów po ewentualnym uzyskaniu dostępu do pełnej treści dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

W tym zakresie warto przywołać wyrok Izby z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 260/19, gdzie wskazano, iż „to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. Co więcej, w przypadku nieujawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać na zasadność stawiania zarzutu sformułowanego tylko na bazie domysłów i wątpliwości co do wielkości zaoferowanej ceny. Jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego kolejnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień kalkulacji ceny oferty Przystępującego, a następnie po zapoznaniu się z ich treścią podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną.”

Z taką sytuacją mamy również do czynienia w niniejszej sprawie. Zarzuty postawione w

odwołaniu dotyczące ceny rażąco niskiej są stanowcze i nie mają charakteru ewentualnego. Również na rozprawie nie nastąpiła zmiana stanowiska odwołującego w tym zakresie. Z tego względu Izba była zobowiązana do ich rozpatrzenia.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności postawionego zarzutu, należy stwierdzić, iż zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Wezwanie skierowane do wykonawcy, w trybie art. 224 ustawy Pzp, oznacza, że jest on zobowiązany do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wykonawca ma więc obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, a złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Są one bowiem składane celem stwierdzenia, że podejrzenie zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Wykonawca zobowiązany jest nie tylko do przedstawienia argumentów dotyczących zaoferowanej ceny ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Zgodnie z ugruntowaną już linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej "wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowana cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2664/19).

W rozpatrywanym stanie faktycznym, co jest niewątpliwe, zaistniały okoliczności do obligatoryjnego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Cena oferty tego wykonawcy była bowiem aż o ok. 55% niższa od szacunkowej wartości zamówienia i o ok. 42% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Tak więc Przystępujący prawidłowo został wezwany do ich złożenia i w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wyjaśnienia złożył.

Co istotne w niniejszej sprawie, ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Jednocześnie, pomimo modyfikacji reguły ciężaru dowodu, wykonawca zarzucający zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w dalszym ciągu jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów, wykazania podstaw faktycznych zarzutu, oraz przedstawienia dowodów przeciwnych wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy.

Ze względu na objęcie wyjaśnień ceny przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba odniesie się do nich w sposób ogólny.

Dostrzeżenia wymagało, że Odwołujący podnosząc w odwołaniu zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, pomimo nieznajomości wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, zmuszony był oprzeć zarzuty o pewnego rodzaju hipotezy i przewidywania co do założeń przyjętych przez innego wykonawcę, które nie potwierdziły się w niniejszej sprawie, tak więc zarzut był chybiony. Odwołujący przedstawiając argumentację odnośnie ceny oferty przystępującego przedstawił ją w oparciu o własne założenia i własną kalkulację, która nie przystaje do założeń Przystępującego. Oferta przystępującego została sporządzona w oparciu o inne założenia, według własnej metody Przystępującego. Zgodzić w tym zakresie należy się z argumentacją Zamawiającego oraz Przystępującego, że złożonej przez odwołującego kalkulacji nie można traktować jako jedynego obiektywnego dowodu słusznej kalkulacji kosztu wykonania przedmiotu zamówienia. Kalkulacja ta oparta jest o pewne założenia Odwołującego natomiast założenia Przystępującego mogą być inne. Pomimo rozbieżności obu założeń, nie oznacza to, że te opiewające na mniejszą kwotę nie są możliwe do zrealizowania. Sam fakt, że Odwołujący nie jest w stanie wykonać zamówienia za cenę jak Przystępujący nie świadczy o tym, że cena ta jest rażąco niska.

Zdaniem Izby, przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami były na tyle wyczerpujące, że zamawiający miał prawo stwierdzić wypełnienie przez przystępującego obowiązku wykazania, że zaoferowana prze niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Izba po analizie wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz dowodów do nich załączonych, a także uwzględniając stanowiska i dowody przedstawione w toku postępowania odwoławczego stwierdziła, że stopień szczegółowości wyjaśnień złożonych przez Przystępującego oraz poparcie poszczególnych elementów wyjaśnień dowodami nie

pozwalają na stwierdzenie, że wyjaśnienia Przystępującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w stopniu pozwalającym na odrzucenie oferty.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że także zarzut nr 4 podniesiony w odwołaniu, a dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut nr 5, jako zarzuty wynikowe wobec zarzutów związanych z rażąco niską ceną oferty Przystępującego, również podlegały oddaleniu.

W zakresie kosztów zastosowanie znalazł art. 557 w zw. z art. 574 ustawy PZP w zw. z §7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba ustaliła, że odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosi w 1/5 zamawiający oraz w 4/5 odwołujący. Powyższe można ustalić na podstawie treści odwołania, w którym postawione zostały 4 zarzuty podstawowe oraz 1 zarzut wynikowy, dotyczący naruszenia art. 16 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postawione zostały zatem łącznie 5 zarzutów, z których potwierdził się jeden. Należało więc poniesione koszty podzielić stosownie do wskazanych proporcji. Łączna wysokość kosztów w postępowaniu wyniosła 18 600 zł (wpis oraz koszty wykazane przez odwołującego z tytułu wydatków i wynagrodzenia jednego pełnomocnika). W związku z powyższym, zasadnym było zasądzenie kosztów w wysokości jak w sentencji.

W związku z przedstawioną argumentacją, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....