

WYROK

z dnia 4 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2018 r. przez

Odwołującego - wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu
prowadzonym przez Zamawiającego - Energa Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku,
przy udziale wykonawcy T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Energa Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o zawarcie umowy ramowej na świadczenie usług transmisji danych w technice 3GPP na potrzeby AMI/SCADA/TAN, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 marca 2018 r., pod nr 2018/S 064-143487.

7 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował o wyniku Postępowania - wyborze oferty złożonej przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Wykonawcą T”.

17 sierpnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T w sytuacji, w której ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. art. 8 ust. 1-3 Pzp w związku z zaniechaniem ujawnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez Wykonawcę T w toku ponowionego badania i oceny ofert, wraz z załącznikami do złożonych pism;
5. art. 7 Pzp przez wybór Wykonawcy T jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę T;
2. powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert;
3. ujawnienia częściowo utajnionych wyjaśnień Wykonawcy T z dnia 25 czerwca i 9 lipca br. wraz z niejawnymi załącznikami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych w trakcie ponowionego badania i oceny ofert;
4. ponowienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów:

1. z dokumentacji Postępowania w zakresie dokumentów wskazanych w treści odwołania;
2. z opinii biegłego z zakresu informatyki, w tym w szczególności w zakresie znajomości pisania oprogramowania komputerowego, celem odpowiedzi na następujące pytania:
 - 2.1. Czy w ocenie biegłego cena oferty Wykonawcy T ma charakter rynkowy, tj. czy uwzględnia wszelkie niezbędne elementy kosztotwórcze właściwe dla wykonywania przedmiotu zamówienia?
 - 2.2. Czy w ocenie biegłego przedstawione wyjaśnieniami z dnia 25 czerwca br. oraz 9 lipca br. wyliczenia ceny oferty Wykonawcy T uwzględniają wszelkie niezbędne elementy kosztotwórcze właściwe dla wykonywania przedmiotu zamówienia?
 - 2.3. Czy w ocenie biegłego Wykonawca T uwzględnił poprawnie koszty dostawy oprogramowania narzędziowego, o którym mowa w § 1 załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), będącego projektem

umowy realizacyjnej („WU”)?

2.4. Czy w ocenie biegłego zaproponowana przez Wykonawcę T cena roboczogodziny wynagrodzenia za tzw. usługi wsparcia dodatkowego opisane szczegółowo w rozdziale XII WU ma charakter rynkowy?

Odwołującemu stwierdził, że przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący jest przedsiębiorcą, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji spośród dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty. Zatem wadliwe zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T godzi w uzasadnione interesy Odwołującego oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości zawarcia umowy ramowej oraz umów realizacyjnych przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem udzielanego zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, tj. transmisji danych wraz z aktywacją ponad 244 tys. łączy przez okres maksymalnie 48 miesięcy. Istotnym elementem zamówienia jest także dostawa oprogramowania narzędziowego. Udostępnione oprogramowanie przeznaczone ma być w szczególności do zamawiania i aktywacji usług, zdalnego monitorowania poprawności pracy poszczególnych łączy i elementów infrastruktury, czy ich obsługi serwisowej. Oferowane oprogramowanie ma charakter innowacyjny, dedykowany dla Postępowania, podobne rozwiązanie nie było wykorzystywane dotąd przez operatorów energetycznych. Celem udzielanego zamówienia jest bowiem wdrożenie nowego rozwiązania, umożliwiającego zdalne kierowanie infrastrukturą energetyczną, w szczególności w odniesieniu do infrastruktury pomiarowej, takiej jak liczniki energetyczne.

Zamawiający prowadzi Postępowanie o zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą, z odpowiednim zastosowaniem przepisów dotyczących udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 134 ust. 2 w zw. z art. 99 Pzp.

Zamawiający ustanowił dwa kryteria oceny ofert - (1) cena z wagą 70 % oraz (2) funkcjonalności dostarczanego oprogramowania narzędziowego o wadze 30 %.

Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 24.354.000,00 zł brutto.

W Postępowaniu złożono jedynie dwie oferty z następującymi cenami brutto:

1. oferta Odwołującego - 7.176.090,03 zł brutto;
2. oferta Wykonawcy T - 1.774.530,42 zł brutto.

W ramach kryterium pozacenowego oprogramowanie oferowane przez Odwołującego zostało ocenione na 23,23 pkt, zaś oprogramowanie Wykonawcy T na 11,25 pkt.

W konsekwencji, o wyborze oferty najkorzystniejszej przesądziła znacząca różnica w wysokości zaoferowanych cen. Oferta cenowa Wykonawcy T stanowi, odpowiednio, ok. 7 % budżetu Zamawiającego, natomiast oferta Odwołującego - ok. 29 %. Cena oferowana przez Odwołującego jest ponad czterokrotnie wyższa aniżeli cena oferty Wykonawcy T. Taka różnica, zdaniem Odwołującego, nie wynika z naturalnej konkurencji na rynku teleinformatycznym. Jest wynikiem błędu Wykonawcy T lub też, co bardziej prawdopodobne, świadomym nieuwzględnieniem wszystkich elementów kosztotwórczych przy określeniu ceny oferty.

Następnie Odwołujący podał, że zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa w postępowaniu odwoławczym na: (1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, bądź (2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Zatem w zakresie tego zarzutu to Zamawiający lub też Wykonawca T winni wykazać, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że wyjaśnienia Wykonawcy T zostały w znaczącej części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co uniemożliwia Odwołującemu odniesienie się do stanowiska Wykonawcy T prezentowanego w toku Postępowania. Odwołujący wniósł zatem o szczególnie wnikliwe badanie przez Izbę wyjaśnień złożonych

przez Wykonawcę T, z uwzględnieniem podnoszonych przez niego w dalszej części odwołania wątpliwości.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy T Odwołujący stwierdził, że Pzp nie zawiera definicji ceny rażąco niskiej. W orzecznictwie prezentowane są poglądy, że za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert oraz że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne. O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie cena odbiegająca od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać.

Odwołujący przytoczył następnie poglądy KIO na cenę rażąco niską w przypadku usług telekomunikacyjnych. W ocenie Izby za cenę rynkową możemy uznać cenę, która uwzględnia wszelkie koszty wykonywanej działalności telekomunikacyjnej (w tym koszty pośrednie), tak by wykonawca uniknął niedozwolonego przerzucania kosztów usługi na odbiorców innych usług operatora telekomunikacyjnego. usług bieżących."

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez Wykonawcę T nie ma charakteru rynkowego, jest nieopłacalna, i nie jest możliwe wykonywanie umowy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Odwołujący zwrócił w szczególności uwagę na potrzebę uwzględniania w złożonej ofercie całości kosztów prowadzonej działalności telekomunikacyjnej, w tym w szczególności kosztów rozbudowy infrastruktury telekomunikacyjnej, infrastruktury, która zostanie użyta do świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia (w tym koszt zakupu częstotliwości, koszt utrzymania i rozbudowy oprogramowania narzędziowego, koszt uruchomienie i utrzymanie infrastruktury itp.). W ocenie Odwołującego chodzi nie tyle o odmienny sposób uwzględniania kosztów stałych, co o pominięcie znaczącej części takich kosztów w złożonej ofercie.

Kolejno Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy skalkulowali koszty wszystkich usług świadczonych na jego rzecz i podali cenę w ramach załącznika nr 4 do SIWZ - formularz oferty. Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania ceny jednostkowej za abonament miesięczny oraz za poszczególne usługi, tak aby wszystkie te elementy zostały uwzględnione w całościowej kalkulacji cenowej, dając tym samym sumaryczną cenę wskazaną w ofercie tj. podania cen za poszczególne elementy:

1. aktywację 244.274 łączy 3GPP;
2. usługi utrzymania łączy i transmisji danych dla 244.274 łączy 3GPP (187.029 kart w taryfie MINI, 57.245 kart w taryfie MAXI) przez okres maksymalnie 48 miesięcy;
3. usługi SMS (1000 pakietów po 500 SMS), usługi CSD (1000 pakietów po 60 minut komutowanej transmisji danych);
4. uruchomienie i utrzymanie infrastruktury, w tym w szczególności łącza dzierżawione, APNy, oprogramowanie narzędziowe;
5. usługi wsparcia, w tym wsparcia dodatkowego (1000 godzin).

Odwołujący, posiłkując się treścią oferty Wykonawcy T wskazał, że zaoferował on cenę 0,10 zł netto miesięcznie za realizację usługi utrzymania łączy i transmisji danych dla 187.029 kart w taryfie MINI oraz 0,16 zł netto miesięcznie za realizację usługi utrzymania łączy i transmisji danych dla 57.245 kart w taryfie MAXI (w przypadku oferty złożonej przez Odwołującego to, odpowiednio, 0,40 zł oraz 0,75 zł netto miesięcznie).

Zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej Zamawiający będzie aktywował jednostkowe usługi w zależności od aktualnego zapotrzebowania. Zamawiający przewidział również możliwość utrzymania aktualnie posiadanych kart sim u obecnego operatora, co skutkuje tym, że nie jest realna możliwość wykonania zamówienia przez Wykonawcę T w pełnym zakresie, tj. dla 244.274 łączy 3GPP.

Odwołujący podał następnie, że Zamawiający m. in. wymagał, aby ceny usług uwzględniały także między innymi dodatkowe świadczenia (nie są one odrębnie wyceniane, winny być uwzględnione w cenach jednostkowych):

1. dostarczenie dedykowanego oprogramowania narzędziowego, opisanego w pkt 7 szczegółowych warunkach zamówienia (tzw. dodatek nr 3 do WU);
2. szkolenia pracowników Zamawiającego z obsługi oprogramowania narzędziowego;
3. zapewnienie zasięgu na obszarze działalności Zamawiającego w sieciach 2G, 3G, LTE i tym samym zapewnienie niezbędnej infrastruktury telekomunikacyjnej pracującej w sieciach 2G, 3G oraz LTE;
4. rozbudowa infrastruktury, zgodnie z wymaganiami SIWZ, tj. m. in. budowa stałego cyfrowego łącza podstawowego - punktu styku dla instancji produkcyjnej w lokalizacji Gdańsk, ul. Mikołaja Reja 23 oraz Płock, ul. Graniczna 79, serwerownia CPD, a także budowa stałego cyfrowego łącza - punkt styku dla instancji testowej w lokalizacji Kalisz, ul. Wolności 8;
5. dostawa i konfiguracja urządzeń aktywnych w postaci routerów CPE;
6. budowa prywatnego punktu dostępowego CSD we wskazanym przez Zamawiającego punkcie styku (punkt styku dla instancji produkcyjnej lub punkt styku dla instancji testowej).

W analizowanym przypadku mamy zatem do czynienia z usługą bardziej skomplikowaną niż typowa usługa transmisji danych oferowana klientom indywidualnym, czy też klientom biznesowym. Koszty uruchomienia dodatkowych usług winny być niewątpliwie uwzględnione w kosztach wykonania zamówienia.

Przechodząc do analizy kosztów wynikających z oferty Wykonawcy T Odwołujący w pierwszej kolejności podkreślił, że cena abonamentu miesięcznego za łącza w taryfie MAXI oraz MINI to wartość ponad 90 p% oferty tego wykonawcy. Jest to zatem główne źródło jego wynagrodzenia.

Odwołujący przedstawił analizę ceny zaoferowanej przez Wykonawcę T, z kosztów, które - w jego ocenie - znacząco wpływają na zaoferowaną cenę jednostkową, a tym samym na ofertę końcową:

1. Karta SIMUSIM (karta wzmocniona, usługi M2M świadczone przez Odwołującego dla Zamawiającego do tej pory świadczone są na kartach tego typu) - koszt zakupu takiej karty dla operatora o dużej skali działania i znaczącej pozycji na rynku usług telekomunikacyjnych kształtuje się na poziomie od ok. 2,50 do 3,00 zł netto per karta SIM. Dla oferty złożonej w Postępowaniu, a konsekwencji na potrzeby tej analizy przyjęta została uśredniona cena wynikająca z ww. kwot, tj. 2,75 zł netto per karta SIM. Umowa przewidziana jest na okres 48 miesięcy, co daje koszt miesięczny na jedną kartę SIM w wysokości 0,06 zł netto;
2. Karta SIMUSIM (karta standardowa) - koszt zakupu takiej karty dla tak dużego operatora kształtuje się na poziomie od 0,90 do 1,50 zł netto. Jako wariant B potencjalnej oceny kosztów przyjęta została niższa cena wynikająca z ww. kwot, tj. 0,90 zł netto per karta SIM. Miesięcznie daje to koszt na jeden abonament w wysokości 0,02 zł netto. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia koniecznym jest, w przekonaniu Odwołującego, dostawa kart SIMUSIM w wersji przyjętej w pkt 1. Niemniej jednak, dla zobrazowania kosztów wykonywania świadczenia, Odwołujący przyjął także wariant B wykonania przedmiotu zamówienia;
3. Aby móc świadczyć usługi transmisji danych na kartach SIM, dla każdej karty SIM należy przydzielić numer MSISDN (np. +48 601 131 347). Należy podkreślić, że zgodnie z przepisami art. 184 ust. 1 ustawy dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2017 r., poz. 1907 ze zm.), podmiot, który uzyskał prawo do wykorzystywania zasobów numeracji ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej uiszcza roczną opłatę, która nie może być wyższa niż 0,35 zł netto za jeden numer abonencki. Szczegółowe opłaty za prawo do wykorzystywania numeracji określa rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie wysokości, terminów i sposobu uiszczania opłat za prawo do wykorzystywania zasobów numeracji (Dz. U. z 2013 r. poz. 1697), zwane dalej „Rozporządzeniem”. Zgodnie z nim opłata za jeden numer abonencki wynosi 0,32 zł netto i jest taka sama dla wszystkich operatorów. Umowa przewidziana jest na okres 48 miesięcy, co daje koszt

miesięczny na jedną Kartę SIM w wysokości 0,03 zł netto;

4. Koszt budowy lub ewentualnej rozbudowy cyfrowych łączy stałych wraz z wykonaniem projektu i urządzeniem końcowym oraz jego rekonfiguracją. Zamawiający wymaga trzech niezależnych podejść, tj. łączy mają być redundantne, czyli odpowiednio nadzorowane oraz zasilane w usługę przez inne duże centrale operatora, co wpływa na koszty infrastrukturalne. Szacowany przez Odwołującego koszt inwestycji jest na poziomie od ok. 50.000,00 zł do 100.000,00 zł netto. Główne prace jakie należy wykonać zostały wyszczególnione zgodnie z poniższymi założeniami:

4.1. Punkt styku Gdańsk Marynarki Polskiej 130: szacowane łącze min 300 Mbps Ethernet - budowa lub wykorzystanie obecnego łącza radiowego/światłowodowego wraz z routerem. Ze względu na wymóg zapewnienia 3 interfejsów optycznych uwzględnić trzeba odpowiedni serwis SLA plus możliwość uruchomienia dodatkowego Prywatnego Punktu Dostępowego CSD;

4.2. Punkt styku Płock Graniczna 79: szacowane łącze min 50 Mbps Ethernet - budowa lub wykorzystanie obecnego łącza radiowego/światłowodowego wraz z routerem. Ze względu na wymóg zapewnienia 3 interfejsów optycznych uwzględnić trzeba odpowiedni serwis SLA plus możliwość uruchomienia dodatkowego Prywatnego Punktu Dostępowego CSD;

4.3. Punkt styku Kalisz ul. Wolności 8: szacowane łącze min. 50 Mbps Ethernet - budowa/wykorzystanie obecnego łącza radiowego/światłowodowego wraz z routerem. Ze względu na wymóg zapewnienia 3 interfejsów optycznych uwzględnić trzeba odpowiedni serwis SLA plus możliwość uruchomienia dodatkowego Prywatnego Punktu Dostępowego CSD.

5. Dla przedmiotowej analizy, koszty wynikające z ww. czynności zostały przyjęte na poziomie najniższym możliwym to jest 50.000,00 zł netto. Umowa przewidziana jest na okres 48 miesięcy (50.000,00 zł / 48 mc / 244.274 kart SIM), co daje koszt miesięczny na jedną Kartę SIM w wysokości 0,004 zł netto. Koszt związane z transmisją danych, który został wyliczony zgodnie z poniższymi założeniami:

Taryfa	Ilość SIM Pakietów	Ilość danych w GB	Łączna liczba danych na 1 mc	Łączna liczba danych na 48 mc	Wartość na 1 mc	Wartość na 48 mc
MAXI	57.245	2,000	114.490	5.495.520	45.796,00 zł	2.198.208,00 zł
MINI	187.029	0,100	18.703	897.739	7.481,16 zł	359.095,68 zł
Pakiet danych	10.000	0,100	1.000	1.000	400,00 zł	19.200,00 zł
Suma ilości danych w GB			134.193	6.394.259	53.677,00 zł	2.576.552,00 zł
Podsumowanie						
Łączna liczba kart SIM (kontrakt)		244.274				
Koszt transmisji karta SIM (mc)		0,22 zł				

Dla przedmiotowej analizy, koszty wynikające z ww. czynności zostały przyjęte na poziomie 0,40 zł netto za 1 GB (jest to, zdaniem Odwołującego, minimalny poziom kosztu uzasadniony obecną sytuacją na rynku usług telekomunikacyjnych).

W przeliczeniu na pojedyncze karty SIM i przewidziany okres trwania umowy (48 miesięcy), miesięczny koszt na jedną Kartę SIM wynosi 0,22 zł netto. Nawet obniżając ten koszt do kwoty 0,10 zł netto za 1 GB w przeliczeniu na pojedynczą kartę SIM i umowę przewidzianą na okres 48 miesięcy, daje to koszt miesięczny na jedną Kartę SIM w wysokości 0,05 zł netto (nie jest Odwołującemu znana wysokość kosztu przyjętego przez Wykonawcę T, jednak niewątpliwie koszt ten musiał być podany przez tego wykonawcę w jego wyjaśnieniach wysokości zaoferowanej ceny).

Odwołujący podkreślił, że w ofercie Wykonawcy T dodatkowa usługa świadczenia pakietowej transmisji danych powyżej miesięcznego limitu transmisji danych za każde łącze, za każdy kolejny rozpoczęty pakiet 100 MB została wyceniona na kwotę 0,03 zł netto.

Tym samym koszt transmisji danych na poziomie 1 GB (dziesięciokrotnie wyższym) wynosiłby proporcjonalnie 0,30 zł netto. Jest to koszt wyższy niż przyjęty w wyliczeniach Odwołującego, co uprawdopodabnia poprawność przyjętych wyliczeń.

Największym kosztem, w ocenie Odwołującego, jest koszt wytworzenia oprogramowania narzędziowego (dalej także koszt „ON”). Należy podkreślić, że na budowę i elementy kosztowe systemu składają się m.in. następujące pozycje:

1. infrastruktura sprzętowa niezbędna do wytworzenia oprogramowania;
2. niezbędna Integracja z systemami operatora typu billing, narzędzia wsparciowe;
3. samo oprogramowanie (software) to jest jego budowa lub też rozbudowa w przypadku posiadania przez wykonawcę rozwiązania już stosowanego;
4. niezbędne licencje w celu obsługi kart SIM w narzędziu oraz pozostałe licencje systemów zintegrowanych operatora;
5. usługi wdrożeniowe;
6. prawa autorskie;
7. inne niezbędne elementy do wykonania projektu wskazane w SIWZ.

W analizowanym przypadku istotne znaczenie ma również okoliczność, że Odwołujący jest stroną umowy ramowej z dnia 5 października 2012 r., zawartej z Zamawiającym, jak również umów wykonawczych, w związku z czym ma doświadczenie we współpracy z Zamawiającym, w dużym stopniu posiada wiedzę na temat zdefiniowanych potrzeb Zamawiającego oraz posiada instrumenty, w tym oprogramowanie narzędziowe uwzględniające już w istotnym stopniu indywidualne potrzeby Zamawiającego (posiadając takie oprogramowanie otrzymaliśmy znacząco wyższą ocenę w kryterium pozacenowym). Warty uwagi jest również fakt, że sam Zamawiający, prowadził rozeznanie rynku oraz wdrożył podobne (choć uproszczone) narzędzie dla własnych potrzeb monitoringu co daje Zamawiającemu niezbędną wiedzę do tego, jaki poziom kosztów oraz czasu jest niezbędny do wdrożenia podobnych systemów.

W ocenie Odwołującego budowa systemu obejmującego oprogramowanie narzędziowe, jest procesem zarówno kosztownym jak i czasochłonnym, co potwierdza przedmiotowe postępowanie, w którym zostały złożone jedynie dwie oferty. Zbudowanie lub istotne rozbudowanie systemu obejmującego oprogramowanie narzędziowe w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego o dodatkowe 63% funkcjonalności w stosunku do stanu posiadanego (tj. 93 pkt zdobyte przez Wykonawcę T podczas prezentacji przeprowadzonej w ramach Postępowania na 248 pkt z możliwych), w krótkiej perspektywie czasowej (okres 3 miesiące od dnia zawarcia pierwszej umowy realizacyjnej), wymagać będzie bardzo znaczących nakładów organizacyjnych oraz finansowanych po stronie wykonawcy. W ocenie Odwołującego koszty te nie zostały uwzględnione w ofercie Wykonawcy T.

W kontekście powyższego, podkreślenia wymaga fakt, że podczas prezentacji przeprowadzonej w ramach Postępowania, Zamawiający ocenił oprogramowanie narzędziowe posiadane przez Odwołującego na poziomie 192 pkt na 248 pkt możliwych, co oznacza spełnienie 77% wymagań funkcjonalności systemu opisanych i wymaganych w treści SIWZ. Pozostałe brakujące elementy/funkcjonalności oprogramowania narzędziowego wymagają rozbudowy. Tym samym, bazując wyłącznie na ocenie z prezentacji Odwołujący oszacował, że na rozbudowę oprogramowania należy przeznaczyć kwotę na poziomie ok. 250.000,00 zł netto. Kwota ta została uwzględniona w cenie oferty Odwołującego. W przypadku rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę T mamy do czynienia ze spełnieniem około 37% wymaganych funkcjonalności. Koszt dostosowania jego oprogramowania Odwołujący oszacował zatem proporcjonalnie na kwotę kilkukrotnie wyższą niż przyjęta w powyższym wyliczeniu.

W ramach analizy przyjęta została kwota kosztu dostosowania najbardziej korzystna dla Wykonawcy T, tj. 250.000,00 zł netto. Jest to, w przekonaniu Odwołującego, kwota z całą pewnością zaniżona, nieuwzględniająca skali niezbędnych prac programistycznych na oferowanym przez tego wykonawcę oprogramowaniu. Niemniej jednak, przyjmując taką kwotę w ujęciu miesięcznym (250.000,00 zł /48 miesięcy/244.274 kart SIM), oznacza to w przeliczeniu na jeden abonament (1 kartę SIM) koszt w wysokości 0,02 zł netto.

Podsumowując poszczególne wyliczone dotąd powyżej koszty (jest to tylko część

kosztów niezbędnych dla wykonania zamówienia):

1. Koszt karty SIM/USIM (wzm.) - 0,06 zł netto;
2. Koszt numeru MSISDN - 0,03 zł netto;
3. Koszt cyfrowych łącz - 0,004 zł netto;
4. Koszty transmisji danych - 0,05 zł netto;
5. Koszty rozbudowy „ON” - 0,02 zł netto;
6. SUMA KOSZTÓW - 0,16 zł netto.

W wariantcie B (zmianie uległ koszt karty sim) suma ta wynosić będzie 0,12 zł netto.

Suma kosztów na kartę SIM dla obu wariantów nie uwzględnia wszystkich pozostałych (niepomijalnych) kosztów wykonywania zamówienia takich jak przykładowo koszt posiadanych częstotliwości, koszt wynagrodzenia pracowników (u Wykonawcy T pracuje bezpośrednio kilka tysięcy osób), koszty zakupu prądu, koszty bezpośredniej obsługi kontraktu, koszty wysyłki przesyłek, czy wreszcie przywołane powyżej koszty dodatkowe wykonania niniejszego zamówienia nieuwzględnione w powyższym wyliczeniu.

Należy także podkreślić, że przedmiotowe zamówienie jest obciążone dużym ryzykiem braku możliwości dotrzymania gwarancji jakości i terminowości wykonania poszczególnych świadczeń i tym samym ryzykiem zapłaty kar umownych. Przykładowo, oprogramowanie narzędziowe musi zostać zgłoszone przez wykonawcę do odbioru nie później niż w ciągu 3 miesięcy od daty zawarcia umowy realizacyjnej. Wykonawca po przekroczeniu tego terminu jest obowiązany do uiszczenia kary umownej w wysokości 7.000,00 zł za każde 7 dni zwłoki.

Trzeba mieć również na uwadze, że ze względu na specyfikę udzielanego zamówienia wykonawca w ramach zaproponowanej ceny za jedną kartę SIM winien przyjąć, że nie uzyska żadnego dodatkowego przychodu od Zamawiającego w ramach świadczenia usług. Wykonawca nie ma również gwarancji, że Zamawiający zakupi usługi opisane prawem opcji oraz usługi dodatkowe. Należy podkreślić, że wykonawca nie ma gwarancji co do realizacji zamówienia w pełnym wymiarze (gwarantowana ilość kart SIM). Zamówienie na aktywację i usługi utrzymania łącz może nastąpić np. dla ilości 100, 1.000, 10.000 lub innej ilości kart SIM w całym okresie trwania umowy ramowej, natomiast wymagana infrastruktura musi być gotowa w pełnym zakresie już po 3 miesiącach od daty podpisania umowy realizacyjnej (dla każdej ilości kart SIM). Tym samym wykonawca ponosi istotne ryzyko związane zarówno kosztami stałymi (np. punkty styku o których mowa w pkt 4.2 WU, Prywatny Punkt Dostępowy CSD, o którym mowa w pkt 4.3 WU, oprogramowanie narzędziowe, o którym mowa w pkt 7 WU), jak i zmiennymi (zależnymi od ilości kart SIM), nie mając gwarancji pełnych przychodów wynikających z kalkulacji, a co się z tym wiąże pokrycia z odpowiednim zyskiem poniesionych kosztów. Odwołujący podkreślił, że jego oferta uwzględnia ww. okoliczności. Zaznaczył, że w ramach umów już zawartych z Zamawiającym obsługuje znaczącą ilość kart SIM o podobnej specyfikacji. Odwołujący dodał, że zgodnie z treścią §10 wzorca umowy ramowej zawarcie umowy ramowej nie ogranicza uprawnień Zamawiającego do dokonywania zamówień dotyczących świadczeń objętych umową od osób trzecich. Powyższe rodzi istotne ryzyko, iż mimo poczynienia przez wykonawcę znacznych nakładów udzielone mu zostaną zamówienia wykonawcze na niewielką kwotę, w pozostałym zaś zakresie Zamawiający skorzysta z usług innego podmiotu.

Wykonawca T w ofercie zaproponował cenę średnią za łącz w taryfie Maxi/Mini na poziomie 0,12 zł netto. Cena średnia jest pochodną sumy czynników pewnych wynikających z przedmiotu zamówienia, którymi jest:

1. Aktywacja standardowej/wzmocnionej karty SIM w cenie łącznej netto 95.266,86 zł;
2. Abonament miesięczny za każde Łącze w taryfie Maxi (2 GB) w cenie łącznej netto 439.641,60 zł;
3. Abonament miesięczny za każde Łącze w taryfie Mini (100 MB) w cenie łącznej netto 897.739,20 zł.

Średnia cena za łączę została wyliczona z powyższej sumy tj. kwoty łącznej w wysokości 1.432.647,66 zł netto podzielonej przez maksymalną ilość łącz 244.274 SIM oraz podzielonej przez 48 miesięcy trwania umowy. Tym samym, przy uwzględnieniu wykazanych powyżej kosztów (w ocenie Odwołującego rzeczywiste koszty będą większe) można uznać, że podana przez Wykonawcę T cena jest nierealna i nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Nie znając nawet jego wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołując się do powyżej przeprowadzonej analizy, można wskazać, że Wykonawca T pominął szereg elementów kosztotwórczych, istotnych w Postępowaniu. Pominięcie takie nie pozwala na uznanie zaoferowanej przez niego ceny za mającą charakter rynkowy.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść jego wyjaśnień z dnia 25 czerwca oraz 9 lipca br. w sprawie wysokości zaoferowanej przez nas ceny. W pismach tych Odwołujący szczegółowo omówił elementy kosztotwórcze istotne dla określenia wysokości ceny w Postępowaniu.

Wniósł o uwzględnienie informacji przedstawionych w obu pismach (objętych częściowo tajemnicą przedsiębiorstwa) w postępowaniu dowodowym prowadzonym w trakcie postępowania odwoławczego.

Odwołujący zaznaczył następnie, że za rażąco niską cenę może być uznana nie tylko cena oferty, ale i ceny jednostkowe wskazane w formularzu ofertowym. W tym zakresie także ceny jednostkowe powinny być poddane badaniu w ramach procedury przewidzianej w treści art. 90 ust. 1 Pzp. Zgodnie bowiem z treścią tego przepisu jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień.

Dla przykładu, odnosząc się do kosztów usług dodatkowych:

1. Pakiet SMS na konto zawierający 500 wiadomości SMS. Zgodnie z decyzją UKE koszty za 1 SMS terminowany w sieci krajowej wynosi obecnie ok. 0,05 zł netto. Wykonawca T proponując stawkę 0,03 zł netto za Pakiet SMS zawierający 500 wiadomości oferuje usługę po cenie nierynkowej;
2. Pakiet CSD na konto zawierający 60 minut komutowanej transmisji danych. Zgodnie z decyzją UKE koszt za minutę połączenia terminowany w krajowej sieci ruchomej wynosi obecnie 0,0429 zł oraz koszt za minutę połączenia terminowany w krajowej sieci stacjonarnej 0,0250 zł. Wykonawca T proponując stawkę 0,03 zł netto za cały Pakiet CSD 60 minut na konto oferuje usługę po cenie nierynkowej.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiot zamówienia obejmuje także tzw. usługi wsparcia dodatkowego opisane szczegółowo w rozdziale XII WU. Zgodnie z opisem zawartym w § 66 usługi wsparcia mają obejmować takie specjalistyczne usługi teleinformatyczne, jak konfiguracja, rozszerzanie i dodawanie nowych funkcjonalności infrastruktury lub oprogramowania narzędziowego, instalacja i konfiguracja aktualizacji oraz nowych wersji oprogramowania, integracja oprogramowania z systemami Zamawiającego, wsparcie w realizacji testów urządzeń końcowych, wsparcie w zakresie rozbudowy bezpieczeństwa, czy dodatkowe szkolenia pracowników Zamawiającego. Niewątpliwie mamy do czynienia z czynnościami wymagającymi wiedzy specjalistycznej, nie są to świadczenia mogące być wykonywane przez pracownika niewykwalifikowanego. W ocenie Odwołującego do wykonywania takiej usługi niezbędne jest dedykowanie personelu dysponującego wykształceniem wyższym w zakresie informatyki i co najmniej kilkuletnią praktyką specjalistyczną w zakresie wykonywania podobnych usług. Należy raz jeszcze podkreślić, że taki pracownik ma prowadzić szkolenia dla kadr Zamawiającego z obszaru teleinformatyki i/lub łączności. Z oczywistych względów wiedza pracownika wykonawcy musi być większa niż pracownika Zamawiającego. Zamawiający w formularzu ofertowym oczekiwał wyceny jednej roboczogodziny wsparcia przyjmując na potrzeby porównania ofert wykonanie 1.000 godzin takiej usługi.

Wykonawca T w treści formularza ofertowego wycenił Usługi Wsparcia Dodatkowego na kwotę 9,70 zł netto za jedną roboczogodzinę. Należy zauważyć, że wynagrodzenie za wykonywanie usług na podstawie umów zlecenia i umów do których stosuje się przepisy o zleceniu, zgodnie z obowiązującymi przepisami nie może co do zasady wynosić mniej niż

13,70 zł za godzinę pracy. Na takim samym poziomie kształtuje się minimalna stawka godzinowa w odniesieniu do wynagrodzenia minimalnego uzyskiwanego na podstawie umowy o pracę. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego, oferowane

wynagrodzenie nie ma charakteru rynkowego, nie pokrywa kosztów świadczenia usługi wsparcia informatycznego. Oczekiwanie wynagrodzenia za pracę informatyka na poziomie poniżej najniższych stawek rynkowych właściwych dla pracownika niewykwalifikowanego w oczywisty sposób potwierdza wadliwość ustalenia ceny oferty. Należy pamiętać, że stawka

9,70 zł za godzinę powinna pokryć nie tylko koszty pracownicze, ale i pozostałe koszty wykonywania usługi takie jak zapewnienie pracownikowi niezbędnego oprzyrządowania do konsultacji zdalnych, czy do prac programistycznych, umożliwić dojazd w przypadku usługi szkolenia, pokryć koszty związane z obsługą księgową i kadrową pracownika czy wreszcie dodać zakładany zysk wykonawcy z realizacji zamówienia.

W orzecznictwie KIO kwestionowano przykładowo rynkowy charakter roboczogodziny pracy specjalisty IT na poziomie 45 zł netto, czy 43,05 zł brutto. W ofercie Odwołującego wartość roboczogodziny została określona na poziomie 50 zł netto. Do wykonania zamówienia w tym zakresie należy dedykować Inżyniera ds. Rozwoju Platform Usługowych, Inżyniera ds. Zarządzania Platformami Usług Dodanych oraz Kierownika Projektu koordynującego pracę specjalistów. Wiedzą powszechną jest, że średnie zarobki inżynierów informatyków należą do najwyższych na rynku. W ocenie Odwołującego kwota netto roboczogodziny w wysokości 9,70 zł jest rażąco niską ceną jednostkową (jest to samodzielna przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp).

W kwestii zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący stwierdził, że złożenie oferty z ceną o charakterze nierynkowym, poniżej kosztów świadczenia usług stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r., poz. 419 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami jest bowiem oferowanie usług poniżej kosztów ich wykonywania, narusza to także interes Odwołującego w wykonywaniu usług telekomunikacyjnych na rynku publicznym. Odwołujący podkreślił, że nawet w sytuacji, gdyby przedsiębiorcy nie można zarzucić stypizowanego w ustawie czynu nieuczciwej konkurencji, nie wyklucza to w żaden sposób możliwości przypisania mu czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na to, że jego zachowanie ocenić trzeba jako naruszające dobre obyczaje.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania ujawnienia Odwołującemu wyjaśnień Wykonawcy T Odwołujący podał, że w dniu 7 sierpnia 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Od tego dnia, zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 Pzp, winny zostać udostępnione wszelkie załączniki do protokołu, w tym w szczególności pisma składane przez wykonawców w trakcie badania i oceny ofert. Zamawiający jednak, z powołaniem się na treść art. 8 ust. 3 Pzp, odmówił przekazania znaczącej części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez Wykonawcy T. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 8 ust. 1-3 Pzp, ponieważ zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę T służyć miało jedynie uniemożliwieniu innym wykonawcom dokonania oceny realności zaoferowanej ceny.

Zasada jawności, wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp, jest jedną z naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadę tę eksponuje również art. 96 ust. 3 Pzp stanowiący, że protokół postępowania jest jawny, a załączniki do niego udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o odpuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wszelkie wyjątki od tej generalnej zasady muszą mieć swe źródło w normie rangi ustawowej interpretowanej i być interpretowane sposób ścisły, zgodnie z zakazem rozszerzającej wykładni wyjątków (*exceptiones non sunt extendendae*). Na gruncie Pzp jedynym takim wyjątkiem jest przepis art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 Znk, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z przywołanej definicji legalnej pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika zatem,

iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), w przypadku kumulatywnego ziszczenia się następujących przesłanek:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy i posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa (podmiotu gospodarczego);
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Ustawodawca w art. 8 ust. 3 Pzp wymaga przy tym zastrzeżenia przez wykonawcę (nie później niż w terminie składania ofert), które zawarte w ofercie informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazania, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk. W świetle powyższego unormowania Znk, mając na uwadze generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający powinien każdorazowo dokonać oceny czy w stosunku do informacji, których poufność wykonawca zastrzegł nastąpiło kumulatywne ziszczenie się przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Znk oraz 8 ust. 3 Pzp. Na zamawiającym spoczywa bowiem obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie informacji zawartych w ofercie wykonawcy. Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może zatem bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez wykonawcę, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. W tym przypadku koniecznym jest ustalenie czy zastrzeżona informacja ma charakter technologiczny, techniczny lub organizacyjny, czy też inny. W następnej kolejności zamawiający powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji.

W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje niespełniające przesłanek uznania, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający ma obowiązek odtajnienia treści ofert, stosownie do wskazań poczynionych przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05.

W orzecnictwie Izby wskazuje się, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezpodstawne utrudnienie powszechnego dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców a tym samym naruszać art. 8 ust 1-3, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 pkt 4 Znk. Może również skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub jej cena ma charakter ceny rażąco niskiej, na które to okoliczności uwagę zamawiającego mogli zwrócić wykonawcy, którzy złożyli oferty konkurencyjne, a zatem specjaliści z danej branży posiadający nadto rozeznanie w aktualnych cenach obowiązujących na rynku.

Wydaje się, że takiego szczegółowego badania zasadności zastrzeżenia poufności informacji, opartego na indywidualnym badaniu ich treści w kontekście ziszczenia się warunków określonych w art.11 ust. 4 Znk oraz 8 ust. 3 Pzp, Zamawiający zaniechał. Tymczasem w sytuacji faktycznej będącej kanwą odwołania brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych dla odstąpienia od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nieudostępnienia wszystkich informacji uzasadniających poziom zaferowanych cen. Zamawiający zobowiązany był odtajnić i udostępnić wyjaśnienia Wykonawcy T, zaś zaniechanie ich odtajnienia i udostępnienia stanowi naruszenie norm wywiedzionych z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego nie każdy z załączników do wyjaśnień powinien być utajniony i nie w całości. Przykładowo możliwym jest odtajnienie częściowej umowy ramowej, oferty czy aneksu i faktury z okazaniem tych postanowień które mają przesądzać o realności ceny wraz z zachowaniem niejawności wystawcy, czy też informacji na temat kontrahenta. Zamawiający winien podjąć starania celem choćby znaczącego ujawnienia treści

przedłożonych dokumentów. Wskutek zaniechań zamawiającego Odwołujący został pozbawiony prawa do weryfikacji realności przedłożonych wyjaśnień i dokumentów. Zamawiający zaakceptował sytuację, w której w zasadzie całość merytorycznego odniesienia się do realności ceny została przez wykonawcę zastrzeżona jako niejawną, nie zaś poszczególne informacje. Zamawiający zaakceptował utajnienie całości okoliczności mających uzasadniać realność oferowanych cen. Odwołujący przypomniał, że z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa nie korzystają dokumenty będące fizycznym nośnikiem informacji, lecz jedynie informacje zawarte w tych dokumentach. Zamawiający powinien szczegółowo przeanalizować, które z informacji zawartych w dokumentach rzeczywiście przymiot niejawności posiadają. Przez swoje działania Wykonawca T wraz z Zamawiającym doprowadzili do sytuacji, w której uczestnik Postępowania został pozbawiony możliwości jakiegokolwiek kontroli poprawności informacji przekazanych przez Wykonawcę T informacji na temat realności oferowanej ceny. W ocenie Odwołującego takie działanie rażąco godzi w zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

Jednym z utajnionych elementów są ceny jednostkowe poszczególnych usług świadczonych w ramach przedmiotu zamówienia. Jak zaś wskazuje sam Wykonawca T, utajnione przez niego informacje odnoszą się np. do kosztów składowych na miesięczny abonament (wyjaśnienia Wykonawcy T z dnia 9 lipca 2018 r.).

Odwołujący wskazał ponadto, że poza ww. wyjaśnieniami, Zamawiający utajnił w całości dokument wezwanie skierowane do Wykonawcy T dotyczące udzielenia dalszych wyjaśnień w sprawie szczegółów zagadnień poruszonych przez T-Mobile w piśmie z dnia 25 czerwca 2018 r. (pismo z 3 lipca 2018 r.). Zamawiający utajnił treść zadanych Wykonawcy T pytań, pomimo że przedmiot zamówienia jest dla obu wykonawców taki sam, a zatem i jego elementy powinny być takie same. Jak zaś wynika z samego uzasadnienia rażąco niskiej ceny złożonego przez Wykonawcy T, jedno z pytań dotyczyło kosztów składowych miesięcznego abonamentu. Jak zaś wskazano w odwołaniu, część z tych kosztów podyktowana jest przepisami prawa powszechnie obowiązującego i jest stała dla wszystkich wykonawców. Nie ulega wątpliwości, że informacje powszechnie znane nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisów prawa zamówień publicznych. Podobnie, niezasadnym jest utajnianie w całości nagrań wideo z oceny funkcjonalności oprogramowania narzędziowego przeprowadzonej z udziałem Wykonawcy T w dniu 4 czerwca 2018 r. Odwołujący zakwestionował zasadność tezy, jakoby przebieg całego spotkania winien zostać objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Teza powyższa jest tym bardziej uzasadniona, o ile Wykonawca T prezentował choćby częściowo rozwiązanie informatyczne już obecne na rynku, dostępne dla każdego potencjalnego klienta.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, uzasadniając wniosek w następujący sposób.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy T z uwagi na rażąco niską cenę Zamawiający podał, że obie złożone w Postępowaniu oferty znacząco różniły się od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj. 24.354.000,00 zł brutto, którą oszacował na podstawie:

1. cen jednostkowych uzyskanych w ramach odpowiedzi otrzymanych od operatorów: T-Mobile Polska S.A., Orange Polska S.A., Polkomtel sp. z o.o. na zapytanie ofertowe z dnia 8 czerwca 2017 r. w ramach prowadzonego Dialogu Technicznego DT/2/13;
2. aktualizacji wolumenu potrzeb biznesowych na usługi M2M na najbliższe 4 lata, doświadczeń i wiedzy eksperckiej nabytej we współpracy Zamawiającego z dostawcami usług telekomunikacyjnych.

Mając na uwadze przepisy Pzp Zamawiający pismem z 18 czerwca 2018 r. wezwał Wykonawcę T do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego. Choć wykonawca ten odpowiedział na wezwanie w dniu 25 czerwca 2018 r., jednak po ich analizie, Zamawiający wezwał go, pismem z dnia 3 lipca 2018 r., do ich uszczegółowienia.

Udzielone przez Wykonawcę T dalsze wyjaśnienia, w ocenie Zamawiającego, były na tyle wystarczające, aby zaniechać odrzucenia przedstawionej przez niego oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Wykonawca T, przez złożenie konkretnych, jasnych i spójnych wyjaśnień oraz przedstawienie dowodów na ich potwierdzenie wykazał i udowodnił

Zamawiającemu, że kwoty zaoferowane przez niego w postępowaniu są adekwatne do kompleksowego zrealizowania przedmiotu zamówienia (polegającego przede wszystkim na świadczeniu usług transmisji danych). Wykonawca T poparł swoje argumenty również przekonującymi przykładami z orzecznictwa KIO i sądów powszechnych, zgodnie z którym by dana cena została uznana za rażąco niską musi odbiegać od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku, bądź też nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na danym zadaniu.

Cena zaoferowana przez Wykonawcę T nie spełniała, zdaniem Zamawiającego, którejkolwiek z powyższych przesłanek, szczególnie w świetle wyjaśnień i dowodów przedstawionych w wyjaśnieniach, w których rzetelnie i przekonująco wykazał sposób jej wyliczenia oraz to, że pomimo tak niskiej ceny jest w stanie wykonać zamówienie bez uszczerbku dla jakości zaoferowanej usługi, realizując wymagania stawiane przez Zamawiającego, a równocześnie nie ponosząc przy tym straty. Zamawiający nie znalazł podstaw do podważania przedstawionych wyjaśnień i załączonych do nich dowodów, w szczególności w zakresie zarzucanego odwołaniem twierdzenia, że cena jest na tyle niska, że Wykonawca T nie będzie w stanie opłacić pracy programistów. W tym zakresie należy mieć na uwadze, że usługi objęte przedmiotem zamówienia mają charakter techniczny, a praca ludzka będzie tutaj miała marginalne znaczenie. W rzeczywistości do wykonania tego zamówienia wykonawca ma użyć składników niematerialnych przedsiębiorstwa, które w zdecydowanej części już posiada, w związku z czym cena tej usługi może kształtować się w sposób bardzo zróżnicowany i w większości zależy od woli Wykonawcy.

Należy również zwrócić uwagę na raport Urzędu Komunikacji Elektronicznej (październik 2016 r.) „Nasylenie usługami M2M oraz sposób ich wykorzystania w Polsce” (dostępny publicznie plik-24713), zgodnie z którym „przychody operatorów z usługi nie rosną proporcjonalnie do zwiększającego się nasycenia kartami SIM typu M2M”. Doświadczenie Zamawiającego ze współpracy z dostawcami usług telekomunikacyjnych, czy inne postępowania na usługi M2M, które prowadził Zamawiający, świadczą o tym, że ceny na oferowane usługi M2M mają tendencję mocno spadkową, a ceny oferowane w ramach badania rynku i otrzymane w toku Postępowania, znacząco różnią się (przykładem może być zarówno oferta Wykonawcy T, jak i samego Odwołującego pozyskana w toku badania rynku w 2017 r. i w Postępowaniu).

Ponadto, dla oceny sprawy nie bez znaczenia pozostaje fakt, że w Postępowaniu zostały przedstawione tylko dwie oferty, wobec czego do oceny czy doszło do zaoferowania rażąco niskiej ceny, nie mogą być brane ceny zawarte w ofertach innych wykonawców. Słuszne jest stanowisko Wykonawcy T, że przy tylko dwóch ofertach trudno mówić o wartościach referencyjnych i rynkowym punkcie odniesienia dla oceny rzetelności kalkulacji ceny oferty jednego z wykonawców - każdy z wykonawców w sposób dla siebie właściwy prowadzi działalność telekomunikacyjną. Tak więc, choć różnice w ofertach obu wykonawców wydają się istotne, to nie można wykluczyć, że wartość oferty Odwołującego została ustalona tak by uzyskać najkorzystniejszy dla niego - ale już nie dla Zamawiającego - wynik (zysk) ekonomiczny. W grę mogą też wchodzić różnice w przyjętym sposobie kalkulacji cen jednostkowych, tym bardziej, że Zamawiający nie narzucał wykonawcom przyjęcia określonego sposobu. To, że cena Wykonawcy T jest zdecydowanie niższa od ceny Odwołującego nie powoduje, że oferta pierwszego zawierała cenę rażąco niską. Dokonując analizy ceny Zamawiający wziął pod uwagę całokształt okoliczności, a nie samą kwotę, wszechstronnie oceniając ofertę, w tym udzielone wyjaśnienia, dlatego uznał ofertę Wykonawcy T za skalkulowaną na poziomie akceptowalnym i wystarczającym do prawidłowej realizacji zamówienia, a równocześnie do osiągnięcia zysku przez wykonawcę.

Podsumowując, wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego podczas badania rynku mogła więc zostać przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z analiz rynkowych ustalanych przed wszczęciem Postępowania, a złożone w Postępowaniu oferty potwierdziły tylko tę sytuację.

Zamawiający zakwestionował zarzut, jakoby ocena wyjaśnień Wykonawcy T wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że Wykonawca T w złożonych wyjaśnieniach dokładnie opisał metody kalkulacji ceny, konkretne dane cenotwórcze, sposób budowania strategii i elementy składowe strategii cenowej z oferty. Po przeprowadzeniu dokładnej analizy przedstawionych wyjaśnień i dokumentacji Zamawiający nie znalazł podstaw, żeby ofertę odrzucić. Przedstawione wyjaśnienia - w ocenie Zamawiającego - wskazywały, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę będzie opłacalne;

zaoferowana cena nie odbiega w stosunku do przedmiotu zamówienia, skoro dla jego realizacji wyłoniony wykonawca nie musi angażować dodatkowych środków zewnętrznych.

Istniejąca różnica została wyjaśniona przez Wykonawcę T obiektywnymi względami pozwalającymi mu zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Skoro zaś zaoferowana cena nie jest rażąco niska w sposób oczywisty, to brak było podstaw do jej odrzucenia.

W kwestii zarzucanego Wykonawcy T czynu nieuczciwej konkurencji Zamawiający przywołał przepis art. 3 Znk i stwierdził, że nie odnalazł w tym przypadku czynu nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza po przeprowadzeniu trybu wyjaśniającego dotyczącego rażąco niskiej ceny. Dodatkowo, sam Odwołujący nie wskazał precyzyjnie na czym miały polegać czyn nieuczciwej konkurencji, który jest zarzucany. Co więcej, samo przypuszczenie Odwołującego dotyczące rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez drugiego wykonawcę nie może prowadzić do jednoznacznego wniosku, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. W doktrynie podkreśla się, że określony w ad. 15 ust. 1 pkt 1 Znk czyn nieuczciwej konkurencji musi polegać na intencjonalnym działaniu wykonawcy, nakierowanym na eliminację z rynku innych wykonawców (przedsiębiorców).

Co warto stwierdzić, dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nie jest wystarczające wykazanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wskazał ani na potencjalny czyn nieuczciwej konkurencji, którego to miałyby się dopuścić Wykonawca T, ani nie wykazał intencjonalnego działania tego wykonawcy, mającego na celu eliminację pozostałych Wykonawców z rynku, co sprawia, że cały zarzut należy uznać za gołosłowny i nie znajdujący zastosowania w sprawie.

W kwestii zaniechania ujawnienia złożonych przez Wykonawcę T wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający przytoczył przepis art. 8 ust. 3 Pzp i przesłanki z art. 11 ust. 4 Znk i stwierdził, że informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla Wykonawcy T wartość gospodarczą. Wykonawca T uzasadniał utajnienie informacji wskazując na to, że zawierają one przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej Wykonawcy T, gdyż ujawniają elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez niego szkody i grozi naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Utajnione informacje wpływają na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Wiedza co do okoliczności właściwych konkurentom ma natomiast istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how wykonawcy wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny lub sprawną i należyłą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu wykonawcy.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający dokładnie zbadał czy wszystkie zastrzeżone przez Wykonawcę T informacje noszą cechy tajemnicy przedsiębiorstwa. Badanie polegało m.in. na sprawdzeniu, czy informacje utajnione nie są powszechnie dostępne. Efektem tej analizy było wezwanie Wykonawcy T do złożenia wyjaśnień w tej sprawie, na co odpowiedział pismem z dnia 27 lipca 2018 r., w którym to odtajnił część informacji. Ta sytuacja potwierdza fakt, że Zamawiający zachował należyłą staranność. Aby utajnione informacje miały jak najwęższy zakres, tak by podstawowa zasada jawności była należycie realizowana. Dokumenty, które nie mogły być w całości przekazane Odwołującemu zostały odpowiednio zanonimizowane.

Zamawiający podkreślił, że przez odmowę udostępnienia części informacji Odwołującemu, działał również w swoim własnym interesie, ponieważ takie działanie mogłoby narazić go na odpowiedzialność karną, wynikającą z art. 23 ust. 1 Znk.

Dodatkowo należy podkreślić, że nie tylko Wykonawca T dokonał zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, ale również takie odpowiednie działanie zastosował Odwołujący. Zamawiający potraktował wykonawców w tym temacie w sposób jednakowy i wyselekcjonował informacje, które mają być odtajnione, uwzględniając zatem zasadę jawności postępowań publicznych.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia zasad wynikających z art. 7 Pzp Zamawiający podał, że do udziału w Postępowaniu zgłosili się tylko dwaj wykonawcy. Zamawiający nie wykluczył żadnego z nich, wręcz przeciwnie, dopuścił ich do udziału w Postępowaniu, a w przypadku wątpliwości co do ceny wezwał ich do złożenia wyjaśnień.

Wykonawcy zastrzegli dane w swoich ofertach uzasadniając swoje działanie tajemnicą przedsiębiorstw. Zamawiający dokładnie zweryfikował zastrzeżone informacje, w przypadku wątpliwości wezwał ich do złożenia wyjaśnień, czego skutkiem była m.in. decyzja Wykonawcy T o odstąpieniu części z nich. Podczas Postępowania nie zostały w żaden sposób naruszone przepisy Pzp, Zamawiający nie faworyzował żadnego z wykonawców, traktował ich jednakowo, co potwierdza, że zasada zachowania uczciwej konkurencji była zachowana.

Doktryna podkreśla, że zasada uczciwej konkurencji realizuje się m.in. w wykluczeniu wykonawcy z postępowania, który nie złożył rzetelnej i uczciwej oferty. Jednak w ocenie Zamawiającego oferta złożona przez Wykonawcę T jest jednak rzetelna i uczciwa. Wykonawca ma pewną pozycję na rynku usług telekomunikacyjnych, działa jako profesjonalista i nie było podstaw do stwierdzenia, że przedstawił ofertę niemożliwą do zrealizowania.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca T, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawcy (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W piśmie procesowym z 31 sierpnia 2018 r. Wykonawca T przedstawił następujące stanowisko procesowe.

Na wstępie Przystępujący wniósł o oddalenie wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego jako bezzasadnego i prowadzącego do przewlekłości postępowania odwoławczego.

Podkreślił, że zgodnie z tezą dowodową określoną przez Odwołującego opinia biegłego służyć miałaby de facto wyłączeniu Odwołującego w dowodzeniu podnoszonych zarzutów i prezentowaniu okoliczności, które miałyby potwierdzać argumentację przywołaną w treści odwołania. W uzasadnieniu odwołania nie wskazano na konkretne dowody, a powołano jedynie ogólnikowo wysokość kosztów, jaka w ocenie Odwołującego powinna zostać uwzględniona przy kalkulacji ceny ofertowej. W ocenie Wykonawcy T nie jest rolą biegłego poszukiwanie okoliczności, za pomocą których Odwołujący miałby udowodnić stawiane zarzuty.

Przystępujący przywołał art. 190 ust. 1 i 4 Pzp stwierdzając, że łączna interpretacja tych przepisów prowadzi do wniosku, że powołanie biegłego jest niezbędne, jeżeli strony za pomocą wiarygodnych środków dowodowych wykażą, że prezentowane przez nie stanowiska w sprawie są zasadne, a Izba stwierdzi, że powoduje to sprzeczność w sensie dowodowym, uniemożliwiającą przyznanie racji jednej ze stron. Za nieuzasadnione należy uznać, tak jak by to miało miejsce w przedmiotowej sprawie, zastępowanie obowiązku stron w zakresie potwierdzenia podnoszonych przez nie twierdzeń, dowodem z opinii biegłego. Biegły nie może zastępować strony w obowiązku uzasadniania faktów, z których wywodzi ona skutki prawne.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny Wykonawca T wskazał, że nie zasługuje on na uwzględnienie, bowiem cena oferty Przystępującego uwzględnia wszystkie wymagane w dokumentacji przetargowej składowe ceny, w tym również te wskazane przez Odwołującego w treści odwołania, obejmuje swoim zakresem realizację całości przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, WU oraz wyjaśnieniami treści SIWZ udostępnionymi w toku Postępowania. Szacując cenę przedmiotu zamówienia Wykonawca T uwzględnił w zaoferowanym wynagrodzeniu wszystkie koszty, ryzyka oraz godziwy zysk, co zostało w sposób szczegółowy opisane w wyjaśnieniach ceny złożonych w dniu 25 czerwca i 9 lipca 2018 r. wraz z załączeniem dowodów wykazujących realność przeprowadzonych wyliczeń.

Złożone wyjaśnienia odpowiadają specyfice zamówienia oraz odpowiadają na skierowane przez Zamawiającego wezwania. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp jest możliwe tylko wówczas, gdy złożone wyjaśnienia ceny są ogólnikowe, niewystarczające albo potwierdzają nierealność przeprowadzonych kalkulacji. Treść kwestionowanych wyjaśnień odpowiada natomiast wymaganiom nałożonym

przepisami prawa, jest dokładna i rzetelnie wyjaśnia model wyceny przedmiotu zamówienia przyjęty na potrzeby niniejszego postępowania. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że cena zaoferowana przez Uczestnika postępowania jest zaniżona i uniemożliwia należyłą realizację przedmiotu zamówienia.

Jak wskazuje sam Odwołujący, cena rażąco niska to m.in. taka, która odbiega od rynkowego poziomu cen za przedmiot zamówienia, jest nierealna i uniemożliwia osiągnięcie zysku. Cena oferty Odwołującego również w sposób znaczący odbiega od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i stanowi tylko ok. 29% budżetu Zamawiającego. Sama różnica w cenach nie stanowi jednak dowodu na istnienie ceny rażąco niskiej, a jest jedynie podstawą do skierowania wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp.

Podkreślenia wymaga fakt, że wymienione przez Odwołującego wysokości kosztów nie zostały w żaden sposób uwiarygodnione, a ponieważ jest on stroną postępowania odwoławczego, to powinien dowodzić okoliczności, z których wywodzi skutki prawne. Analiza kosztów poczyniona przez Odwołującego pozostaje w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i sposobu kalkulacji cen, jaki przyjmuje Przystępujący, z powodzeniem realizując liczne kontrakty na usługi podobne swoim zakresem do przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem. W ocenie Wykonawcy T wszystkie koszty wskazane w treści odwołania jako minimalne należy odnosić do kosztów, jakie ponosi Odwołujący.

Przykładem takiego postępowania jest chociażby wskazanie jaka kwota jest niezbędna Odwołującemu do dostosowania oprogramowania narzędziowego do wszystkich wymagań Zamawiającego - Odwołujący wprost stwierdził, że szacuje, że to on będzie zobowiązany przeznaczyć na rozbudowę swojego oprogramowania ok. 250.000 zł netto. Kwota przyjęta w tym zakresie do kalkulacji jest zatem kosztem Odwołującego i w żaden sposób nie może odnosić się do kosztów ponoszonych w tym zakresie przez Przystępującego, który w swoich wyjaśnieniach w sposób szczegółowy odniósł się do kosztów dostosowania oprogramowania narzędziowego, wskazując w tym zakresie szacowane koszty, dowody na ich wysokość oraz czas niezbędny na przeprowadzenie prac (szerzej o tym w dalszej części pisma).

Analogiczne wnioski można wysnuć m.in. w odniesieniu do kosztów budowy/rozbudowy cyfrowych łączy stałych wraz z wykonaniem projektu i urządzeniem końcowym, których koszt Odwołujący oszacował w bardzo szerokim przedziale od 50.000 zł netto do 100.000 zł netto, czy kosztów transmisji danych oszacowanych na 0,40 zł netto za 1GB. Odwołujący wskazał wysokość ww. kosztów, określając je jako „najniższe możliwe” („minimalne”), jednak zaniechał wskazania w jaki sposób zostały one obliczone, jakie założenia legły u podstaw ich przyjęcia w takiej wysokości do zarzutów odwołania. Odwołujący zamiast tego ograniczył się do powołania treści wymagań Zamawiającego opisanych w dokumentacji Postępowania oraz wskazania określonej kwoty jako jedynej najniższej. Co więcej, nie tylko zaniechał wskazania, dlaczego uwzględnił koszty w takiej a nie innej wysokości, ale również nie uzasadnił, ani nie wykazał za pomocą stosownych dowodów, że koszty w tak określonej wysokości są właściwe również dla Wykonawcy T.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący, abstrahując od faktu, że obowiązany jest udowodnić prawidłowość poczynionej przez siebie kalkulacji, zarzucając ofercie Przystępującego cenę rażąco niską, powinien również wykazać w sposób niebudzący wątpliwości, że to Wykonawca T nie miał możliwości zaoferowania ceny niższej niż wskazana przez Odwołującego. Każdy z wykonawców, kalkulując cenę oferty, dokonuje stosownych wyliczeń w oparciu o własne założenia i własne zmienne, w szczególności nie istnieje jeden uniwersalny wzorec, do którego można przypisać koszty ponoszone przez wszystkich wykonawców w danym postępowaniu. Tym samym, zarzucanie konkurencyjnemu wykonawcy, jakoby nie doszacował ceny swojej oferty w sytuacji, gdy Odwołujący nie wykazuje w jaki sposób przyjął takie a nie inne założenia (najprawdopodobniej są to założenia właściwe dla modelu kalkulacji przyjętemu przez niego) jest całkowicie bezzasadne i nie może zostać uwzględnione.

Należy stwierdzić, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu kalkulacji ceny ani, co oczywiste, struktury i wysokości ponoszonych kosztów. Kwestie te są ściśle związane ze specyfiką i okolicznościami właściwymi dla danego wykonawcy. Nie można twierdzić, iż istnieje tylko jeden model kalkulacji ceny oferty i tylko jedna właściwa struktura kosztów, do których uwzględnienia zobligowany byłby Wykonawca T. Niewątpliwie również, ze względu na stosowane środki ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołującemu nie są znane istotne okoliczności wpływające na cenę ofertową Przystępującego.

Odnosząc się do poszczególnych elementów analizy kosztów przeprowadzonej w odwołaniu, Wykonawca T wskazał w szczególności, że:

1. Koszt kart SIM/USIM - koszt ponoszony w tym zakresie został w sposób bardzo dokładny opisany w kalkulacji ceny ofertowej dołączonej do wyjaśnień ceny z dnia 25 czerwca 2018 r. (pkt 2 str. 4 i 5 kalkulacji kosztów). W tym zakresie

Przystępujący wskazał jaka jest cena jednostkowa zakupu karty SIM (tak wzmocnionej,

jak i standardowej), jak też przedstawił dowód możliwości zakupu kart SIM po wskazanych wysokościach. Koszty w tym zakresie zostały skalkulowane w sposób ostrożny w związku z faktem, że Zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania jaka ilość kart SIM wzmocnionych i jaka ilość kart SIM standardowych zostanie zamówiona na etapie realizacji przedmiotu zamówienia;

2. Koszty przydzielenia numeracji - koszty uwzględnione w kalkulacji ceny ofertowej i opisane w wyjaśnieniach ceny (tabela nr 3 tiret pierwsze). Wysokość kosztów określonych w kalkulacji ceny ofertowej jest zgodna z Rozporządzeniem, co zostało wskazane w wyjaśnieniach;

3. koszty budowy/rozbudowy cyfrowych łączy stałych wraz z wykonaniem projektu i urządzeniem końcowym - Przystępujący potwierdził, że objął wyjaśnieniami ceny złożonymi Zamawiającemu koszty w przedmiotowym zakresie - wyjaśnienia ceny z dnia 25 czerwca 2018 r. (pkt 1 str. 3 i 4 kalkulacji). W treści wyjaśnień odniósł się i wskazał koszty w odniesieniu do każdej z lokalizacji Zamawiającego wskazanych w treści odwołania (Energa Operator Oddział w Gdańsku, Kaliszu i Płocku). Wskazać należy, że w celu uwiarygodnienia wyjaśnień ceny złożonych Zamawiającemu Wykonawca T przedstawił także dowody potwierdzające realność przedstawionej kalkulacji (dotyczące m.in. kosztów projektów budowlanych oraz budowy łączy, rekonfiguracji i cen zakupu urządzeń faktury, umowy z partnerami biznesowymi, oferty, kosztorysy);

4. Koszty związane z transmisją danych - Wykonawca T potwierdził, że koszty w tym zakresie zostały objęte wyjaśnieniami (str. 7 wyjaśnień ceny z dnia 25 czerwca 2018 r., pkt 11.3 wyjaśnień ceny z dnia 9 lipca 2018 r.). Wyjaśnił w jaki sposób skalkulował przedmiotowy koszt, jakie przyjął założenia co do jego kalkulacji w związku z czym, wycenę należy uznać za właściwą i realną w przyjętym modelu rozliczenia. Ponownie należy zwrócić uwagę na fakt, że Odwołujący wskazuje ogólnie w treści odwołania na „minimalny poziom kosztu uzasadniony obecną sytuacją na rynku usług telekomunikacyjnych” i określa go na 0,40 zł netto za 1GB (0,22 zł netto na kartę SIM), nie uzasadniając konkretnie, dlaczego przyjął taką właśnie wartość. Z całą pewnością powołanie się na bliżej niesprecyzowaną sytuację na rynku usług telekomunikacyjnych nie może uzasadniać skutecznego sformułowania zarzutu. Ponadto, w argumentacji Odwołującego zachodzi wewnętrzna sprzeczność w zakresie, w jakim - z jednej strony - Odwołujący określa koszt transmisji danych na 0,40 zł netto za 1GB jako minimalny poziom, a z drugiej strony hipotetycznie obniża przedmiotowy koszt do 0,10 zł netto za 1GB. Nie wyjaśnia dlaczego akurat 0,10 zł netto za 1GB jest kosztem właściwym przy dokonaniu takiego obniżenia. Obniżenie kosztu wskazuje jednak, że założona wartość 0,40 zł netto za 1GB nie jest „ostateczna”, a sposób uwzględnienia przedmiotowych kosztów transmisji danych jest silnie uzależniony od przyjętego modelu kalkulacji właściwego danemu wykonawcy. Tym samym, skoro Odwołujący nie jest zdecydowany jaka jest graniczna wartość możliwa dla określenia kosztów transmisji danych, to brak jest jakichkolwiek podstaw, aby uwzględnić zarzut zaniżenia w tym zakresie ceny oferty przez Wykonawcę T. Przystępujący wyjaśnił model wyceny projektu w odniesieniu do kosztów transmisji. Jednocześnie stanowczo zaprzeczył, że ponosi koszty transmisji danych w wysokości określonej przez Odwołującego (tym bardziej, że nie sposób zweryfikować założeń, jakie przyświecały Odwołującemu przy takim a nie innym sposobie określenia wartości wskazanym w odwołaniu);

5. Koszt wytworzenia oprogramowania narzędziowego - Wykonawca T potwierdził, że uwzględnił w wyjaśnieniach ceny koszty związane z tą pozycją (lit. e, tabela nr 5 kalkulacji kosztów dołączonej do wyjaśnień ceny z dnia 25 czerwca 2018 r. oraz pkt 11.1 wyjaśnień ceny z dnia 9 lipca 2018 r.). Do wyjaśnień ceny zostały załączone dowody potwierdzające realność przyjętych założeń. Niezależnie od tego należy stwierdzić, że Odwołujący stwierdza ogólnikowo, że koszt dostosowania jego oprogramowania wynosi 250.000 zł netto nie uzasadniając, dlaczego wskazał taką kwotę. Trudno ustosunkować się do w żaden sposób

nieuargumentowanego stwierdzenia Odwołującego. W tym kontekście należy stwierdzić, że Przystępujący w sposób dokładny uzasadnił przedmiotowy koszt, wskazując chociażby na konkretne stawki i szacowaną liczbę dni pracy specjalistów, co łącznie może zweryfikować w przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnieniach ceny. Odnosząc się do wskazania przez Odwołującego, że jego oprogramowanie narzędziowe otrzymało wyższą ilość punktów podczas prezentacji oprogramowania narzędziowego Wykonawca T wskazał, że wiele z funkcjonalności jego oprogramowania narzędziowego jest spełniona, a podczas prezentacji w dniu 4 czerwca 2018 r. wiele funkcjonalności było spełnionych częściowo (np. tylko jedna z funkcjonalności z określonej grupy nie była zachowana). Z kolei, na podstawie pkt 2.1.4 Regulaminu prezentacji, wykonawca za częściowe spełnienie funkcjonalności nie otrzymywał punktów. Okoliczność ta tłumaczy dysproporcję w przyznanych przez Zamawiającego punktach na potrzeby kryterium oceny funkcjonalności oprogramowania narzędziowego;

6. Koszty wsparcia dodatkowego - Wykonawca T potwierdził prawidłowość ustalenia wyceny oferty. Wskazał, że odniósł się do sposobu wyceny wsparcia dodatkowego oraz uzasadnił wysokość przedmiotowych kosztów na str. 7, 8 i 10 wyjaśnień z dnia 25 czerwca 2018 r. oraz w pkt 11.4 wyjaśnień z dnia 9 lipca 2018 r.

Niezależnie od tego wskazać należy, że oceniane przez pryzmat art. 90 ust. 1 Pzp mogą być cena oferty lub koszt lub ich istotne części składowe. W przedmiotowej sprawie nie zostało ustalone kryterium kosztu (art. 91 ust. 2 Pzp), w związku z czym, badaniu w świetle art. 90 ust. 1 Pzp podlega cena oferty oraz jej istotne części składowe. Z odwołania wynika, że jako istotną część składową ceny wskazano pozycję C7 - wsparcie dodatkowe. Należy stwierdzić, że przedmiotowa pozycja, choć ma znaczenie z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia, to nie jest kluczowa z punktu widzenia cenotwórczego i nie może być uznana za „istotną część składową” ceny w rozumieniu ww. przepisu. Tylko istotne części składowe w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp podlegają badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny. Wartość tej pozycji formularza stanowi ok 0,6% ceny oferty Przystępującego. W przypadku wyceny dokonanej dla tej pozycji przez Odwołującego stosunek poz. C7 do ceny oferty jest porównywalny i wynosi ok. 0,8%. Tym samym, wartość przedmiotowej pozycji nie ma istotnego wpływu na wycenę całej oferty (tak w odniesieniu do oferty Wykonawcy T, jak i Odwołującego), co w konsekwencji oznacza, że nie można uznać, jakoby oferta Wykonawcy T podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 czy art. 90 ust. 3 Pzp (takie zarzuty zostały postawione przez Odwołującego dla zarzutu nieprawidłowej wyceny wsparcia dodatkowego);

7. Koszty Pakietu SMS na konto zawierającego 500 wiadomości SMS oraz koszty Pakietu CSD na konto zawierającego 60 minut komutowanej transmisji danych - wykonawca dokonał wyjaśnienia założeń do kalkulacji przedmiotowych kosztów na str. 10 kalkulacji ceny ofertowej stanowiącej załącznik do wyjaśnień ceny z dnia 25 czerwca 2018 r. Niezależnie od tego należy stwierdzić, że analogicznie jak w przypadku ceny w zakresie wsparcia dodatkowego cena za ww. zakresy nie stanowi istotnej części składowej wyceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp. Np., w przypadku oferty Odwołującego suma tych pozycji formularza (C5 i C6) jest jeszcze niższa od kosztów wsparcia dodatkowego (C7) i stanowi 0,5% ceny ofertowej ogółem. Nie sposób uznać, że ceny wskazane w tym zakresie mogą mieć istotny wpływ na całkowitą wycenę przedmiotu zamówienia;

8. Inne koszty wymienione przez Odwołującego bez uzasadnienia np. koszty wynagrodzenia pracowników, koszty wysyłki kart SIM, obsługi kontraktu, utrzymania infrastruktury, ryzyka - Przystępujący potwierdził uwzględnienie przedmiotowych kosztów (oraz innych niewymienionych w treści odwołania) w wyjaśnieniach ceny. Koszty w tym zakresie zostały objęte kalkulacją ceny ofertowej i poparte dowodami w celu uwiarygodnienia wyliczeń. Należy wskazać, że Odwołujący wymienił przedmiotowe koszty jednak zaniechał określenia ich wysokości, uzasadnienia, jak również nie określił w jakiej wysokości powinny być uwzględnione przez Wykonawcę T, w związku z czym nie sposób inaczej odnieść się do tak lakonicznie postawionego zarzutu, jak wskazać, że przedmiotowe koszty zostały objęte wyjaśnieniami ceny (por. np. tabelę ze str. 7 kalkulacji ceny, lit. e Tabela nr 5 tiret 2 str. 6 kalkulacji ceny lit. c Tabela nr 3 tiret drugi str. 5 kalkulacji, lit. d Tabela nr 4 str. 6 kalkulacji ceny dołączonej do wyjaśnień ceny z dnia 25 czerwca 2018 r.). Na marginesie należy stwierdzić w stosunku do stanowiska Odwołującego o kosztach zatrudnienia u Przystępującego dotyczącego „kilku tysięcy osób”, że nie ma potrzeby kierowania do realizacji zamówienia wszystkich pracowników, jakich zatrudnia on w Polsce. Szczegółowe wyliczenia dotyczące kosztów zatrudnienia zostały wskazane w wyjaśnieniach ceny.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe zamówienie obarczone jest dużym ryzykiem braku możliwości dotrzymania gwarancji jakości i terminowości wykonania poszczególnych świadczeń i tym samym ryzykiem zapłaty kar umownych. Z treści odwołania wynika zatem, że Odwołujący w cenie swojej oferty skalkulował również wysokość kar umownych. Przystępujący podał, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą zdolnym do należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym brak jest obowiązku kalkulowania kar umownych w oferowanej cenie zamówienia - takie postępowanie jest błędne i potwierdza, że wykonawca jeszcze przed podpisaniem umowy przewiduje niezgodną z umową realizację kontraktu skoro i tak część kar za niedotrzymanie przyjętych zobowiązań została wyceniona przez niego w cenie oferty. Wykonawca T założył należytą i terminową realizację przedmiotu zamówienia, w związku z czym rozważania prowadzone przez Odwołującego na str. 15 odwołania nie mają zastosowania. Szczegółowe wyjaśnienia w zakresie możliwości dotrzymania wysokiej jakości świadczonych usług zostały przedstawione m.in. w pkt 11.2 wyjaśnień ceny z dnia 9 lipca 2018 r.

Przystępujący zaprzeczył również, że stosuje w Postępowaniu ceny poniżej kosztów świadczenia usług z uwagi na finansowanie zamówienia z realizacji innych kontraktów. Zaznaczył, że w sposób rzetelny przygotował wycenę projektu dla potrzeb Zamawiającego, prowadząc negocjacje handlowe ze swoimi partnerami biznesowymi, co z kolei pozwoliło na znaczne obniżenie kosztów i zaoferowanie atrakcyjnej cenowo oferty. Warto wskazać, że ze względu na efekt skali działalności i dokonywanie dużej ilości zakupów u swoich partnerów ma możliwość uzyskiwania znacznych upustów.

W zakresie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Wykonawca T stwierdził, że za nietrafne należy uznać spostrzeżenie Odwołującego wiążące przypuszczenia o występowaniu rażąco niskiej ceny oferty z faktem, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób okoliczności prawnych ani faktycznych, które mogłyby potwierdzać zasadność sformułowanego w tym zakresie zarzutu. Podtrzymując argumentację wykazującą bezzasadność zarzutu rażąco niskiej ceny, Wykonawca T podał, że Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek określonych

w art. 3 Znk.

Argumentacja Odwołującego jest bezzasadna, bowiem sprowadza się do wyprowadzenia z założenia o niedoszacowaniu ceny oferty domniemania o jednoczesnym dopuszczeniu się przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na działaniu sprzecznym z dobrymi obyczajami. Stanowisko Odwołującego sprowadza się zatem do nieuprawnionego twierdzenia, że fakt zaoferowania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską (w ocenie Odwołującego) przesądza z automatu o konieczności skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Innymi słowy, Odwołujący stara się wyprowadzić domniemanie/zależność pomiędzy złożeniem oferty z niższą (nawet znacząco ceną) z koniecznością odrzucenia takiej oferty również jako zawierającej czyn nieuczciwej konkurencji. Nie sposób przyznać racji tak sformułowanemu zarzutowi, bowiem ustawodawca nie wprowadził takiej zależności, a to na wykonawcy stawiającym zarzut spoczywa ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek zaistnienia zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji.

W odpowiedzi na zarzut nieuprawnionego nieudostępniania informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Wykonawca T podał, że dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie, że łącznie ziszczyły się przesłanki określone w art 11 ust. 4 Znk. W złożonym przez niego dokumencie „Wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa”, jak również w złożonych w toku Postępowania wyjaśnieniach tajemnicy odnośnie wyjaśnień ceny wykazano ziszczenie się wszystkich przesłanek ze wspomnianego przepisu, potwierdzających zasadność dokonywanego zastrzeżenia. Zamawiający zasadnie zatem uznał zastrzeżenie informacji zawartych w części wyjaśnień ceny z dnia 25 czerwca i 9 lipca 2018 r. za skuteczne.

Przystępujący przytoczył przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i podkreślił, że przedstawił obszernie uzasadnienie wykazujące zasadność dokonanego zastrzeżenia. W treści uzasadnienia wskazał na wszystkie elementy wymagane art. 11 ust. 4 Znk. Określił zarówno charakter tych informacji, podając że zostały one stworzone na potrzeby przedmiotowego postępowania (pkt IV uzasadnienia, str. 39-40 oferty, pkt VII.1-7 uzasadnienia z dnia 25 czerwca 2018 r., pkt IV. 1 wyjaśnień z dnia 9 lipca 2018 r.), wskazał działania jakie zostały przez niego podjęte w celu zachowania poufności informacji zawartych w tych dokumentach (pkt V.1-2 uzasadnienia, str. 40-41 oferty, pkt VII.7-8 wyjaśnień z dnia 25 czerwca 2018 r., IV. 1 wyjaśnień z dnia 9 lipca 2018 r.) oraz potwierdził, że zastrzeżone informacje nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej (pkt V

uzasadnienia, str. 40 oferty, pkt VII.7 wyjaśnień z dnia 25 czerwca 2018 r., IV.1 wyjaśnień z dnia 9 lipca 2018 r.). Do wyjaśnień złożonych wraz z ofertą, jak również do wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w toku Postępowania Wykonawca T załączył dowody potwierdzające stosowanie polityk ochrony informacji, wykazując tym samym zasadność poczynionego utajnienia.

Należy podkreślić, że Odwołujący nie kwestionuje złożonych wyjaśnień, w tym nie kwestionuje, że działania podjęte przez Uczestnika postępowania nie były wystarczające dla zachowania poufności, nie poddaje również w wątpliwość oświadczenia złożonego przez Przystępującego co do charakteru tych informacji i nie ujawnienia ich do wiadomości publicznej.

Utajnieniu nie podlegała cała treść złożonych wyjaśnień ceny, a tylko te elementy, które posiadają wartość gospodarczą, gdyż świadczą o przewadze konkurencyjnej Przystępującego. Zastrzeżone zostały jedynie informacje odnoszące się do czynników cenotwórczych, szczegółowego modelu wyceny projektu, kalkulacji ceny ofertowej, dowodów w postaci ofert handlowych, faktur czy wiążących umów zawartych z podmiotami prywatnymi.

Zastrzeżone informacje w zakresie kalkulacji ceny stanowią całość i nie jest możliwe ujawnienie ich fragmentu bez narażenia Wykonawcy T na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić mu uprawnienia do objęcia tych informacji ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Na bezzasadność argumentacji Odwołującego wskazuje też fakt, że dokonał on analogicznego zastrzeżenia tych samych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując, iż stanowią one całość, która nie została nigdy ujawniona i posiada dla tego podmiotu wartość gospodarczą.

Odnosząc się do stwierdzeń Odwołującego o zaniechaniu przez Zamawiającego zweryfikowania zasadności dokonanego utajnienia należy wskazać na nieprawidłowość podnoszonej w tym zakresie argumentacji. Zamawiający bardzo szczegółowo zbadał zasadność utajnienia i w tym celu wezwał Przystępującego, w dniu 23 lipca 2018 r., do zweryfikowania zasadności utajnienia dokumentów w nim wymienionych. W odpowiedzi z dnia 27 lipca 2018 r. Wykonawca T wyraził zgodę na częściowe odtajnienie dokumentów. Czynności podjęte przez Zamawiającego wskazują zatem na dokładne zweryfikowanie zasadności utajnienia części informacji. Tym samym nie sposób zarzucać Zamawiającemu zaniechania przeprowadzenia badania prawidłowości zastrzeżenia poufności informacji.

W zakresie zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępujący stwierdził, że dokonał zastrzeżenia w sposób prawidłowy, jednoznacznie oznaczając te informacje, które objęte są klauzulą poufności (część ogólna dokumentu, jako nie stanowiąca tajemnicy przedsiębiorcy została Odwołującemu udostępniona), przekazując je w sposób uniemożliwiający osobom niepowołanym zapoznanie się z ich treścią oraz wykazując spełnienie przez nie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Znk.

Informacje zawarte w zastrzeżonej części złożonych wyjaśnień wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla wykonawcy wartość gospodarczą. Zawierają one przedstawienie modelu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej Wykonawcy T, gdyż ujawniają elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez wykonawcę szkody i grozi naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wykonawca poza szczegółowym wyjaśnieniem, dlaczego zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wprost wskazał na dokumenty potwierdzające, że zostały podjęte stosowane środki mające na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności. Przystępujący wyjaśnił, że w jego przedsiębiorstwie obowiązują procedury mające na celu ochronę objętych klauzulą poufności, czego dowodem jest załączony regulamin pracy oraz oświadczenie o ochronie informacji niejawnych. Posiadane przez Zamawiającego informacje oraz obiektywna analiza charakteru zastrzeżonych informacji były zatem wystarczające dla zakwalifikowania tychże jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego Wykonawca T zwrócił uwagę na fakt, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Na gruncie przedmiotowej sprawy ewentualne stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia złożonych wyjaśnień nie będzie miało wpływu

na wynik Postępowania. Po rozpatrzeniu przez Izbę zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 Pzp sformułowany przez Odwołującego nie ma wpływu na wynik Postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp W tych okolicznościach nie może budzić wątpliwości fakt, że brak jest podstaw do uwzględnienia omawianego zarzutu również ze względu przedstawionego powyżej.

Do pisma procesowego Wykonawca T dodał załącznik, którego treść objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa, w którym odniósł się do argumentacji zawartej w niej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący w piśmie procesowym z 30 sierpnia 2018 r. przedstawił dodatkową argumentację mającą uzasadnić zarzuty odwołania.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny (stawki za roboczogodzinę) Odwołujący przypomniał, że przedmiot zamówienia obejmuje m.in. usługi wsparcia dodatkowego opisane

szczegółowo w rozdziale XII WU. Są to usługi teleinformatyczne obejmujące m.in. takie specjalistyczne świadczenia, jak konfiguracja, rozszerzanie i dodawanie nowych funkcjonalności infrastruktury lub oprogramowania narzędziowego, instalacja i konfiguracja aktualizacji oraz nowych wersji oprogramowania, integracja oprogramowania z systemami Zamawiającego, wsparcie w realizacji testów urządzeń końcowych, wsparcie w zakresie rozbudowy bezpieczeństwa, czy dodatkowe szkolenia pracowników Zamawiającego.

Należy podkreślić, że powyższe zestawienie obowiązków dotyczy usług specjalistycznych, wymagających posiadania wyższego wykształcenia kierunkowego oraz co najmniej kilkuletniego doświadczenia zawodowego. Przykładowo, zgodnie z SIWZ usługa wsparcia w realizacji testów urządzeń końcowych obejmuje m.in. przeprowadzenie testów w laboratorium wykonawcy w zakresie opracowywania scenariuszy testów, wykonania prac przygotowawczych, opracowywania rekomendacji dla Zamawiającego uwzględniających wyniki testów i diagnoz oraz diagnostykę problemów w funkcjonowaniu urządzeń.

Wykonawca w treści formularza ofertowego zobowiązany był m.in. do dokonania wyceny jednej godziny roboczej usługi wsparcia dodatkowego. Zamawiający na potrzeby porównania ofert oszacował liczbę godzin na 1.000. W ocenie Odwołującego mamy do czynienia z ceną jednostkową, stanowiącą podstawę do samodzielnych rozliczeń pomiędzy stronami umowy. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp wartość kosztów pracy 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 2017 r. poz. 847 j.t. ze zm.).

Wykonawca T w treści oferty podał stawkę godzinową usług wsparcia w wysokości 9,70 zł netto (Odwołujący zaoferował wynagrodzenie w wysokości 50 zł netto). Jak podkreśla się w orzecznictwie, obliczając stawkę godzinową pracownika należy, poza minimalnym wynagrodzeniem za pracę, wziąć również pod uwagę inne koszty pracodawcy, w tym m.in. składki emerytalne, rentowe, wypadkowe, Fundusz Pracy i FGŚP. Składniki te są dla każdego pracodawcy kosztotwórcze, a zatem powinny być wzięte pod uwagę w ofercie Wykonawcy T. W 2018 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2.100 zł, zaś stawka godzinowa to 13,70 zł. Koszt pracy pracownika obciążający pracodawcę to odpowiednio 2.532,81 zł, a stawki godzinowej 15,17 zł. Odwołujący podniósł ponadto, że zawarta w wyniku Postępowania umowa trwała będzie również w 2019 r., tym samym koszty wykonawcy zamówienia będą jeszcze wyższe. Zgodnie z zapowiedziami Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej minimalne wynagrodzenie w 2019 r. wynosić będzie 2.220 zł, zaś minimalna stawka godzinowa 14,50 zł. Koszt pracodawcy wynosić więc będzie odpowiednio przy umowie o pracę 2.677,54 zł zaś przy zastosowaniu stawki godzinowej będzie to kwota około 16 złotych. W ocenie Odwołującego cena zawarta w ofercie Wykonawcy T jest zatem ceną rażąco niską nie mającą ponadto charakteru rynkowego.

Odwołujący przedstawił w piśmie procesowym zestawienie stawek godzinowych specjalistów dedykowanych przez niego do ewentualnego wykonania usługi wsparcia dodatkowego. Przyjęte wielkości wynikają ze stawek wynagrodzenia uiszczanego przez Odwołującego dla każdego z pięciu typów pracowników niezbędnych do wykonania przedmiotu świadczenia. Odwołujący zastrzegł, że dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący, w powołaniu na jednostkowe sprawozdanie finansowe Wykonawcy T za rok 2017, wskazał na wynikające z niego koszty świadczeń pracowniczych w kwocie

564.585.000 zł. Podkreślił, że zgodnie z informacjami Wykonawcy T zatrudnienie u tego przedsiębiorcy kształtuje się na poziomie około 4.000 osób. Zatem średnie roczne wynagrodzenie w przeliczeniu na osobę pracownika to kwota 141.146,25 zł, zaś miesięcznie 11.762,18 zł. Przyjmując średnią liczbę miesięczną godzin (168) pozwala to na ustalenie średniej stawki godzinowej w wysokości 70,01 zł. Jest to właściwy punkt odniesienia do określenia rynkowego charakteru wynagrodzenia Przystępującego za specjalistyczne usługi wsparcia dodatkowego.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny za pakiet sms Odwołujący podał, że przedmiot zamówienia obejmuje między innymi pakiet SMS na konto zawierający 500 wiadomości SMS. Przy czym, zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej (definicje umowy realizacyjnej), pakiet SMS zawiera 500 wiadomości SMS uruchamianych dla danego konta rozliczeniowego do wykorzystania na numery krajowych operatorów GSM. Zamawiający wykorzystuje bowiem urządzenia, które będą wysyłać SMS-y na różne numery komórkowe krajowych operatorów GSM. Należy również podkreślić, że na etapie z wyjaśnień treści SIWZ zadano pytanie o doprecyzowanie, czy ruch SMS będzie kierowany do wszystkich operatorów krajowych, czy tylko wewnątrz sieci wykonawcy oraz o doprecyzowanie na jaki okres przechodzą niewykorzystane pakiety SMS. Odpowiedź Zamawiającego była następująca: „Zamawiający nie jest w stanie na tym etapie postępowania sprecyzować kierunku wysyłania wiadomości SMS Jednocześnie Zamawiający nie precyzuje na ile okresów rozliczeniowych przechodzą niewykorzystane SMSY z aktywowanego pakietu SMS. Intencją Zamawiającego jest pełne wykorzystanie SMS-ów z zamówionego i opłaconego pakietu SMS”.

Wykonawca T proponując stawkę 0,03 zł netto za Pakiet SMS zawierający 500 wiadomości dopuścił się zaoferowania ceny rażąco niskiej. W przypadku usług SMS w cenie oferty należy uwzględnić nie tylko koszt wykonania tego świadczenia przez samego wykonawcę, ale i koszt przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego, który uczestniczy w wykonaniu usługi (odbior sms). Usługi SMS nie są bowiem świadczone wyłącznie w obszarze jednej sieci, ale warianty realizacji tych usług mogą być różne i obejmować również wysyłanie wiadomości na numery należące do innych sieci.

Zgodnie umowami bilateralnymi zawartymi pomiędzy operatorami koszty za jeden SMS terminowany w sieci krajowej wynosi obecnie 0,05 zł netto. Operatorzy ustalają stawki hurtowe SMS w granicach określonych zasadą swobody kontraktowej, na mocy postanowień umów międzyoperatorskich. Średnia stawka hurtowa SMS na rynku europejskim w krajach UE kształtuje się na tym samym poziomie (aczkolwiek Polska jest jednym z krajów o najniższej stawce), ale już za terminację do krajów spoza UE np. Ukrainy, Chin, czy Rosji, operatorzy płacą znacznie wyższe, asymetryczne opłaty.

Mamy zatem do czynienia z kosztem, który nie został przez Przystępującego uwzględniony i jest to koszt, który nie zmaleje (rynek krajowy w tym zakresie jest poniżej kosztów średnich europejskich).

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący stwierdził, że zaoferowana przez Wykonawcę T cena nie ma charakteru rynkowego. Koszt usługi SMS ponoszony przez tego wykonawcę będzie wyższy niż zaoferowana cena. Niewątpliwie mamy do czynienia z samodzielną wycenianą usługą, zaś koszt tej usługi nie może być nierynkowy, oderwany od kosztów ponoszonych przez jej wykonawcę. Powyższej oceny nie zmienia fakt, że operator otrzymuje także przychody z tytułu świadczenia usług hurtowych zakończenia SMS w swojej sieci, gdyż przyjęta przez operatora stawka została określona na tak niskim poziomie, że jeżeli asymetria w wysłanych SMS będzie wynosiła chociażby jeden, czy dwa SMS to operator poniesie stratę na takiej usłudze. Przykładowo jeżeli abonent korzystający z ceny 0,03 zł za pakiet SMS wyśle 100 SMS do innej sieci, ale do niego wysłane zostanie jedynie 80 SMS to Przystępujący otrzyma przychody z hurtu na poziomie 4 zł netto, ale będzie zobligowany ponieść koszt hurtowy na poziomie 5 zł netto. Tym samym, uwzględniając przychód od abonenta w wysokości 0,03 zł netto, Wykonawca T ponosi stratę na poziomie 0,97 zł na każdym takim abonencie. W przypadku, gdy bilans taki obejmuje operatorów zagranicznych z wyższymi stawkami SMS, strata Wykonawcy T jest jeszcze wyższa.

W materii oprogramowania narzędziowego Odwołujący wyjaśnił, że przedmiot zamówienia obejmuje również dostarczenie dedykowanego oprogramowania narzędziowego, opisanego w pkt 7 szczegółowych warunkach zamówienia (tzw. dodatek nr 3 do WU). Oprogramowanie to ma charakter dedykowany, zatem mamy do czynienia z rozwiązaniem teleinformatycznym przygotowywanym na potrzeby tego konkretnego zamówienia, bez występowania na rynku produktów spełniających całość lub niemalże całość oczekiwań Zamawiającego. Należy podkreślić, że w trakcie prezentacji oprogramowania Przystępujący zdobył jedynie 11,25 pkt na 30 możliwych punktów.

Uwzględniając treść opisu przedmiotu zamówienia, Wykonawca T jest zatem zmuszony do przeprowadzenia zasadniczych prac programistycznych dopiero po zawarciu umowy.

Odwołujący, powołując się na oświadczenie kontrahenta odpowiedzialnego za oprogramowanie, wskazał na niezbędne do poniesienia przez niego koszty doprowadzenia oprogramowania do pełnej zgodności z SIWZ zastrzegając, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący ponownie podkreślił dedykowany charakter rozwiązania oczekiwanego przez Zamawiającego i wskazał, że oprogramowanie narzędziowe jest jego bardzo istotnym składnikiem, ponieważ monitoruje infrastrukturę i w przypadku degradacji jej parametrów informuje na bieżąco odpowiedzialne za utrzymanie osoby po stronie operatora i Zamawiającego. Oprogramowanie narzędziowe posiada zaszyte odpowiednie algorytmy, które wyliczają zgodnie z SIWZ parametry, które prezentują na bieżąco stan infrastruktury, a na koniec okresu rozliczeniowego pozwalają zamawiającemu oraz wykonawcy stwierdzić, czy infrastruktura za którą odpowiada wykonawca spełniła parametry niezawodnościowe zapisane przez Zamawiającego w SIWZ. Oprogramowanie narzędziowe generuje wiele różnych raportów jak raport rozliczeniowy, raport z parametrami kart SIM, raport inwentaryzacyjny, które to raporty zostały specjalnie przygotowane dla tego konkretnego Zamawiającego. Bardzo ważną cechą oprogramowania narzędziowego jest możliwość zarządzania kartami SIM przez Zamawiającego oraz wykonywania różnych operacji na kartach, co do tej pory nie było możliwe w tego typu rozwiązaniach. Zamawiający do tej pory aby wykonać różne operacje musiał zlecać te działania specjalnym służbom operatora telekomunikacyjnego (przykład restart kontekstu karty, restart APN). Ma to miejsce dzięki ścisłej integracji oprogramowania narzędziowego z systemami oraz elementami infrastruktury operatora telekomunikacyjnego. Ta integracja daje Zamawiającemu dodatkowo dostęp do informacji o kartach SIM do tej pory niedostępnych dla użytkowników jak Zamawiający (przykład - stan zalogowania karty SIM w sieci operatora, czy jest zestawiony kontekst PDP, co oznacza że karta jest w stanie transmitować dane).

Opisane przez Zamawiającego w wymaganiach rozwiązanie (którego niewielki wycinek przedstawiono powyżej) nie pozwala na przyjęcie założenia, że nakłady poniesione na oprogramowanie mogą być przeniesione na innych nabywców oprogramowania. Przykładowo, w pkt 5 WU zdefiniowano tzw. parametry SLA (tj. jakości świadczonych usług i sposobie ich wyliczania). Implementacja wymagań w zakresie parametryzowania SLA oraz obrazowanie wyniku SLA w narzędziu, przygotowanie dedykowanego kokpitu (tj. dedykowanego interfejsu użytkownika, strony otwieranej w przeglądarce internetowej) prezentującego w formie graficznej i liczbowej ogólną kondycję działania Infrastruktury Zamawiającego (w szczególności mowa o parametrach pracy dedykowanych APN-ów, dedykowanych łączy dzierżawionych) przesądza o charakterze rozwiązania pod konkretnego klienta. Kolejną cechą jest pozyskanie informacji o geolokalizacji kart SIM. Funkcjonalność ta musi umożliwiać Zamawiającemu wskazanie kart SIM, dla których lokalizacja ma być odczytana, natomiast narzędzie musi pozwalać na wizualizację pozyskanych informacji o lokalizacji na mapie wraz z dodatkową informacją identyfikacyjną (numer MSISDN, adres IP, status zalogowania karty do APN — dedykowanej infrastruktury Klienta). Geolokalizacja jest wykonywana przez sieć wykonawcy i przekazywana do aplikacji, co jest możliwe dzięki nakładom jakie poniósł wykonawca na integrację z własnymi systemami.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści następujących załączników do pisma procesowego:

1. 5 umów międzyoperatorskich (załączniki nr 1 oraz 4-7, dalej zwane, odpowiednio, dowodami „DO1”, „DO4”, „DO5”, „DO6” i „DO7”);
2. podsumowania testów przeprowadzonych zgodnie z wymogami Zamawiającego (załącznik nr 2, zwany dalej dowodem „DO2”);
3. oświadczenia kontrahenta Odwołującego dotyczącego oprogramowania narzędziowego (załącznik nr 3, zwany dalej dowodem „DO3”);

zastrzegając, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co uzasadniono w treści pisma procesowego, oraz z treści:

4. jednostkowego sprawozdania finansowego Przystępującego za rok 2017 (załącznik nr 8, zwany dalej dowodem „DO8”).

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali pisemne stanowiska w sprawie.

Wykonawca T wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści opinii prywatnej z 29 sierpnia 2018 r., z załącznikiem zawierającym informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, na okoliczność prawidłowego skalkulowania ceny oferty (dalej dowód „DP1”).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. Protokołu Postępowania;
2. protokołu z przeprowadzonego badania rynku z 2 sierpnia 2017 r. z załącznikiem dotyczącym sposobu oszacowania wartości zamówienia;
3. aktualizacji oszacowania wartości zamówienia z 29 stycznia 2018 r.;
4. SIWZ;
5. oferty Przystępującego;
6. oferty Odwołującego;
7. wezwania Wykonawcy T do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty z 18 czerwca 2018 r.;
8. wyjaśnień Przystępującego z 25 czerwca 2018 r. z załącznikami;
9. wezwania Wykonawcy T do złożenia dalszych wyjaśnień odnośnie ceny oferty z 3 lipca 2018 r.;
10. wyjaśnień Przystępującego z 9 lipca 2018 r. z załącznikami;
11. wezwania Wykonawcy T do złożenia wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa z 23 lipca 2018 r.;
12. wyjaśnień Przystępującego z 27 lipca 2018 r.;
13. zawiadomienia o wyborze oferty Wykonawcy T;
14. dokumentów przedstawionych przez Odwołującego i Przystępującego.

Na podstawie treści przywołanych dokumentów Izba ustaliła, że okoliczności stanu faktycznego przedstawione przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego nie są sporne i wymagają uzupełnienia jedynie o niżej wskazane kwestie.

Po pierwsze, w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy T, Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w sierpniu 2017 r. na podstawie badania rynku, polegającego na zwróceniu się do 3 operatorów usług telekomunikacyjnych o oferty w rozbiciu na poszczególne usługi składające się na przedmiot zamówienia. Ceny ofert, z uwzględnieniem 10% prawa opcji, mieściły się w przedziale od około 7,2 do 48 mln zł. Zamawiający uśrednił ceny za poszczególne usługi przyjmując jako wartość szacunkową kwotę 19,8 mln zł. Wartość tę Zamawiający potwierdził aktualizując, w styczniu 2018 r., ustaloną wcześniej kwotę.

Po drugie, w zakresie zarzutu dotyczącego nieujawnienia treści wyjaśnień Przystępującego, Zamawiający, analizując zasadność zastrzeżenia w całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę T, wystąpił do niego, pismem z 23 lipca 2018 r., o wskazanie powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych fragmentów wyjaśnień z 9 lipca 2018 r. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wyraził zgodę na częściowe ujawnienie treści wyjaśnień, które następnie zostały udostępnione Odwołującemu.

Po analizie zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że odwołanie podlega oddaleniu z następujących przyczyn.

I. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 Pzp

Zarzut nie potwierdził się.

Niewątpliwie przepis art. 8 ust. 3 Pzp nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z odstępstwa od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ust. 1 Pzp) obowiązek wykazania, że informacje, których udostępnianie ma zostać wyłączone, spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 Znk, zawierającego legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Wynika z niej, że aby informacja mogła zyskać miano tajemnicy przedsiębiorstwa: (1) musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny, bądź inny posiadający wartość gospodarczą, (2) nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, (3) co do tej informacji przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania jej poufności.

Wspomnianego wykazania nie można, zdaniem składu orzekającego, upatrywać wyłącznie w oświadczeniu wykonawcy o spełnianiu przez zastrzegane informacje warunków określonych w przywołanym przepisie Znk, ponieważ taka interpretacja wykazania nie prowadziłaby do realizacji celu nowelizacji art. 8 ust. 3 Pzp, którym było przeciwdziałanie nadużywaniu instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa (zob. uzasadnienie do projektu ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 1653, Sejm RP VII Kadencji). W konsekwencji mianem wykazania należy określać sytuacje, w których wykonawca poprzez uzasadnienie zastrzeżenia informacji, w stosownych okolicznościach, odpowiednimi dowodami. Tak rozumianego wykazania należy oczekiwać w szczególności w zakresie ostatniej ze wzmiankowanych przesłanek, której realizacja polega, przykładowo, na zamieszczaniu w umowach z kontrahentami odpowiednich klauzul zabezpieczających informacje, czy wprowadzaniu przez przedsiębiorcę wewnętrznych regulacji dotyczących dostępu do takich informacji i sposobu ich ochrony. Okoliczności te winny zostać, w przekonaniu składu orzekającego, poparte dowodami z tych dokumentów, w przeciwnym razie powoływanie się na nie uznać należy za gołosłowne. Wykazanie zasadności zastrzeżenia jest zatem aktem staranności wykonawcy, który - przez dobór odpowiedniej argumentacji popartej dowodami - powinien przekonać zamawiającego o potrzebie wyłączenia jawności w stosunku do zastrzeżonych informacji.

Ad casum Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo ocenił przedstawione przez Wykonawcę T powody utajnienia fragmentów wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zawarte w nich informacje posiadają wartość gospodarczą, stanowiąc o pozycji Przystępującego w branży telekomunikacyjnej i jego przewadze konkurencyjnej nad innymi uczestnikami rynku. Okoliczność, że objęte poufnością informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej nie budziła, zdaniem składu orzekającego, wątpliwości, o czym świadczy chociażby fakt ich zastrzeżenia w Postępowaniu, ale także to, że informacje te dotyczą realizacji zamówienia o niespotykanym dotąd w branży telekomunikacyjnej charakterze. Co zaś dotyczy ostatniej z wyróżnionych przesłanek Przystępujący nie tylko opisał w jaki sposób chroni wrażliwe informacje, ale również załączył do wyjaśnień dowody potwierdzające wspomniane postępowanie (wyciąg z regulaminu pracy, wzór oświadczenia o ochronie informacji).

W konsekwencji nie potwierdziła się teza Odwołującego, jakoby zastrzeżenie informacji przez Wykonawcę T miało wyłącznie na celu uniemożliwienie Odwołującemu zweryfikowania poprawności kalkulacji ceny oferty Przystępującego. Na marginesie zauważyć należy, że stan taki występuje zawsze, gdy część informacji dotyczących danego wykonawcy nie podlega ujawnieniu jego konkurentom, tym niemniej najistotniejsze jest ustalenie, czy jest on tylko jednym ze skutków wyłączenia jawności, czy też jego jedyną przyczyną. Jakkolwiek nie sposób nie zgodzić się z teoretycznymi wywodami Odwołującego o jawności postępowania jako jednej z zasad systemu zamówień publicznych, przesłankach uznania zastrzeganej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczności obejmowania ochroną informacji, a nie nośników, na których są one zawarte, to jednak Odwołujący nie podjął próby wskazania w jaki sposób reguły te zostały przez Zamawiającego naruszone.

Chybione było również zarzucanie Zamawiającemu zaniechania przeprowadzenia zindywidualizowanej i szczegółowej oceny zasadności objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. O poddaniu tej kwestii refleksji świadczy wezwanie Zamawiającego z 23 lipca 2018 r. do ustosunkowania się do jego wątpliwości, dotyczących zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych w piśmie fragmentów wyjaśnień, co finalnie skutkowało ich częściowym ujawnieniem.

Nie mógł się również ostać argument Odwołującego o możliwości ujawnienia fragmentów umów, ofert, aneksów, i faktur (tj. dowodów załączonych do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę T), w zakresie postanowień mających przesądzać o realności ceny zaferowanej przez Przystępującego. W takim przypadku doszłoby bowiem do ujawnienia prawidłowo zastrzeżonych informacji, co stałoby w sprzeczności ze skutecznym objęciem ich poufnością, potwierdzonym przedmiotowym wyrokiem Izby.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp

Zarzut nie potwierdził się.

Jedynie dla przypomnienia, jako że interpretacja pojęcia rażąco niskiej ceny doczekała się szczegółowej analizy w doktrynie i orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, skład orzekający wskazuje, że mianem rażąco niskiej ceny określa się cenę tak znacznie odbiegającą od realiów rynkowych, że zrealizowanie za nią zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego nie jest możliwe.

Zamawiający zasadniczo w każdym przypadku uprawniony jest do zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (przy czym, w okolicznościach wskazanych w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, wezwanie takie ma co do zasady charakter obligatoryjny, jak to miało miejsce w tej sprawie), a negatywny wynik weryfikacji ceny obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który ją zaproponował.

W kwestii ciężaru wykazania poprawnego skalkulowania ceny trzeba mieć na względzie, że spoczywa on na wezwanym do wyjaśnień wykonawcy (art. 90 ust. 2 Pzp), przez co należy rozumieć obowiązek złożenia wyczerpujących i spójnych wyjaśnień w zakresie wyznaczonym treścią wezwania, w tym również, co do zasady, przedstawienia dowodów potwierdzających prawdziwość składanych wyjaśnień (odnosi się to w szczególności do sytuacji, w których, przykładowo, wykonawca odwołuje się - zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp - do dostępnych mu wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia).

Obowiązek wykazania (a wręcz, w tym przypadku, udowodnienia), że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wspomnianym wykonawcy również w postępowaniu odwoławczym, w którym uczestniczy on w charakterze strony, bądź przystępującego (argument z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp). Interpretując ten przepis należy mieć jednak na względzie dwie okoliczności. Po pierwsze - że nie nakłada on na takiego wykonawcę bezwzględnego obowiązku przedstawiania nowych dowodów na poprawność skalkulowania ceny oferty (tj. wystarczające jest, w przekonaniu składu orzekającego, odwołanie się do wyjaśnień i dowodów złożonych zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza jeżeli okoliczności podnoszone w odwołaniu dotyczą kwestii objętych wyjaśnieniami). Po drugie - przepis przewidujący w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej odwrócony ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zwalnia wykonawcy stawiającego taki zarzut względem ceny oferty konkurenta, ze wskazania uzasadniających go okoliczności faktycznych, w tym również z przedstawienia dowodów na poparcie przytoczonych w odwołaniu okoliczności (zob. przepis art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U. z 2018 r., poz. 1092 j.t.). Oznacza to, że stawiający taki zarzut wykonawca nie może ograniczyć się li tylko do twierdzenia o niespotykanym na rynku poziomie ceny oferowanej przez konkurenta, mającym świadczyć o jej rażąco niskim charakterze, ale wskazać również okoliczności uzasadniające takie twierdzenie, w tym przedstawić dowody na ich poparcie.

Przechodząc do oceny argumentacji odwołania i dowodów na jej poparcie Izba zaznacza, że wobec braku podstaw do uznania nieskuteczności zastrzeżenia części treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę T, dalsze wywody uzasadnienia przedstawione zostaną z poszanowaniem niejawnego charakteru informacji w nich zawartych.

Zarzut odwołania wywiedziony został ze znacznej różnicy pomiędzy ceną oferty Przystępującego a ustaloną przez Zamawiającego wartością szacunkową zamówienia oraz z różnicy w cenach ofert Wykonawcy T i Odwołującego (jedynych ofert złożonych w Postępowaniu). Żadna z tych okoliczności nie może jednak, zdaniem Izby, przesądzać perse o jego trafności, a jedynie uzasadniać potrzebę zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Innymi słowy - dla uznania, że w danej sprawie mamy do czynienia z rażąco niską ceną nie wystarcza stwierdzenie, że odbiega ona w określonym procentowo stopniu od szacunkowej wartości, czy średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert,

ale czy istnieją powody uzasadniające taki stan rzeczy.

Dodatkowo, w odniesieniu do argumentu z porównania ceny oferty Przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia nie sposób nie zauważyć, że podstawą jej ustalenia były oferty złożone m.in. przez Odwołującego i Przystępującego, które całościowo (z uwzględnieniem prawa opcji) opiewały na znacznie wyższe kwoty (odpowiednio - 48.075.720,00 zł i 8.832.912,00 zł) i to przy uwzględnieniu mniejszego wolumenu zamawianych kart SIM (pierwotnie - 142.000, ostatecznie - 244.274). Nie wdając się w przyczyny takiego stanu rzeczy skład orzekający, także z tej przyczyny, uznał, że ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia nie może stanowić wyznacznika rynkowej wartości usług stanowiących przedmiot zamówienia i przesądzać o rażąco niskim charakterze ceny oferty Wykonawcy T.

W związku z drugim argumentem, a to z porównania cen ofert złożonych w Postępowaniu, należy zauważyć, że cena oferty Odwołującego nie może być wyznacznikiem cen rynkowych, chociażby z tego względu, że była to jedyna, poza ofertą Wykonawcy T, oferta złożona w Postępowaniu. Przyjęcie za punkt odniesienia przy ocenie ceny oferty Przystępującego, ceny oferty Odwołującego prowadzić musiałyby do wniosku o jedynym, wyłącznie poprawnym określeniu ceny przez samego Odwołującego oraz o braku możliwości realizacji przedmiotu zamówienia poniżej określonej przez niego ceny, podczas gdy ocena poprawności kalkulacji ceny oferty danego wykonawcy uwzględniać musi jego sytuację i właściwości (tu - Wykonawcy T), nie zaś sytuację i właściwości jego konkurenta (tu - Odwołującego). Jest zresztą charakterystyczne dla argumentacji zawartej w odwołaniu, jak i dla złożonych przez Odwołującego dowodów (DO1 - DO7), że dokonuje on oceny poprawności ceny oferty Przystępującego przez pryzmat własnych założeń i kalkulacji, nie tylko nie odnosząc się do założeń i kalkulacji Wykonawcy T (co, wobec braku wiedzy o ich szczegółach, jest dla Izby zrozumiałe), ale nawet do szerszego spectrum, tj. cen oferowanych na rynku usług telekomunikacyjnych. W tym zakresie próżno szukać w stanowisku Odwołującego jakiegokolwiek analizy warunków cenowych tego sektora rynku. Odwołanie zawiera wprawdzie, na str. 6-7, wywód dotyczący ceny rynkowej dla usług telekomunikacyjnych, jednak ogranicza się on do przywołania tez z orzecznictwa KIO. Powyższe stanowiło podstawę oddalenia wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z uwagi na powołanie go jedynie dla zwłoki (zob. przepis art. 190 ust. 6 Pzp). Zdaniem Izby wniosek dowodowy zmierzał wyłącznie do zastąpienia Odwołującego w wykazywaniu możliwej do podjęcia przez niego inicjatywy dowodowej, na co notabene Odwołujący wskazał podczas rozprawy (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 5-6). Zasadność przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego wynikać musi, zgodnie z art. 190 ust. 4 Pzp, z konieczności ustalenia stanu faktycznego przy użyciu wiadomości specjalnych, a na taką okoliczność Odwołujący w ogóle nie wskazał formułując wniosek dowodowy.

W spornej pomiędzy Odwołującym a Przystępującym kwestii określenia który z elementów ceny oferty ma charakter istotny skład orzekający prezentuje pogląd, zgodnie z którym o istotności danej części składowej ceny lub kosztu nie przesądza wyłącznie wyodrębnienie jej w formularzu ofertowym. W przeciwnym razie należałoby powiedzieć, że, przykładowo, w sytuacji nałożenia na wykonawców obowiązku załączenia do oferty szczegółowego kosztorysu, każdą z pozycji w nim wyszczególnionych należałoby traktować jako istotną, co w przypadku pozycji o pomijalnej wartości kwotowej, nie miałyby logicznego uzasadnienia. Co więcej, w tej sprawie część usług niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia w ogóle nie zostało wyodrębnionych we wzorze formularza ofertowego, przykładowo, przygotowanie oprogramowania narzędziowego. Przyjęcie opisanej powyżej koncepcji ustalania istotności części składowej ceny lub kosztu prowadzić musiałyby do uznania tego elementu przedmiotu zamówienia za nieistotny, co byłoby sprzeczne ze stanowiskiem samego Odwołującego, który wielokrotnie podkreślał znaczenie oprogramowania dla całego zamówienia (zob. np. odwołanie, str. 12).

Przechodząc do oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny skład orzekający uznał je za spójne, wyczerpujące i wiarygodne, co potwierdzone zostało załączonymi do nich dowodami. Oceniając wspomniane dowody Izba nie dopatrzyła się podstaw do zakwestionowania ich wiarygodności, w szczególności przez stwierdzenie pozorności umów zawartych przez Wykonawcę T z kontrahentami, czy fikcyjności kwot ujętych w fakturach zakupowych.

Odnosząc się kolejno do kwestionowanych w odwołaniu i piśmie procesowym Odwołującego kosztów (cen) przyjętych przez Wykonawcę T należy zwrócić uwagę, że część z nich nie znalazło odzwierciedlenia w formularzu ofertowym, wobec czego argumentacja Odwołującego oparta była w istocie na domysłach i przypuszczeniach. Dotyczy to omówionych poniżej kosztów z pkt II.1, II.2, II.3, II.5, II.9.

Izba, uwzględniając niejawną charakter wyjaśnień i dowodów oraz przy zachowaniu

powyższych uwag wskazuje, co następuje.

II.1. Koszt zakupu kart SIM

Wykonawca T wyjaśnił podstawy określenia wysokości tego kosztu na str. 4-5 kalkulacji kosztów załączonej do wyjaśnień z 25 czerwca 2018 r. oraz przedstawił dowody (cennik, faktura zakupowa) potwierdzające jego realność.

11.2. Koszt przydzielenia numeracji

W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia z 25 czerwca 2018 r. (kalkulacja kosztów, str. 5) nie budzą wątpliwości co do uwzględnienia stawki opłaty rocznej za jeden numer w wysokości wynikającej z przepisów podanych przez samego Odwołującego.

11.3. Koszt budowy/rozbudowy łączu

Przystępujący, na str. 3-4 kalkulacji załączonej do wyjaśnień z 25 czerwca 2018 r. przedstawił rachunek kosztów związanych z rozbudową infrastruktury światłowodowej we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego lokalizacjach, w podziale na koszty zaprojektowania i wybudowania instalacji oraz zakupu sprzętu. Argumentacja zawarta w kalkulacji poparta została dowodami w postaci umów z kontrahentami, uzyskanych od nich wycen i faktur zakupu niezbędnego sprzętu.

Co zaś dotyczy argumentacji Odwołującego, to na jej podstawie nie sposób stwierdzić w oparciu o jakie wyliczenia dokonał oszacowania kosztów niezbędnych do wykonania wskazanych w odwołaniu prac oraz dlaczego zawiera się on w tak dużym przedziale (50 - 100 tys. zł). Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, mimo że niewątpliwie mógł sporządzić szczegółową kalkulację kosztów realizacji ustalonego przezeń zakresu prac.

11.4. Koszt transmisji danych (w ramach poz. C2-C4 formularza ofertowego)

Wykonawca T szczegółowo przedstawił metodologię wyliczenia tego kosztu w wyjaśnieniach z 25 czerwca 2018 r. (kalkulacja, str. 9) i z 9 lipca 2018 r. (str. 4-5).

Z kolei twierdzenia Odwołującego Izba, w powyższym zakresie, uznała za niewiarygodne nie tylko dlatego, że odnoszą się wyłącznie do jego własnych możliwości i założeń kalkulacyjnych, ale również z tej przyczyny, że u ich podstaw legły niewyjaśnione przez Odwołującego przyczyny. Z jednej bowiem strony Odwołujący wskazał na kwotę 0,40 zł za 1GB (co, biorąc pod uwagę 48-miesięczny czas trwania umowy, daje 0,22 zł w przeliczeniu na kartę SIM), jako minimalny poziom kosztu, uzasadniając jego wysokość bliżej niesprecyzowaną sytuacją na rynku usług telekomunikacyjnych, z drugiej zaś - obniża go poniżej wspomnianej minimalnej - jak stwierdził - wartości, do kwoty (w przeliczeniu na kartę) 0,10 zł. Wynika z tego, że Odwołujący nie określił w sposób definitywny minimalnego kosztu świadczenia omawianej usługi, co powoduje, że dokonana przez niego ocena realności kosztów usługi transmisji danych zadeklarowanych przez Wykonawcę T, pozbawiona jest jakiegokolwiek rzetelnie określonego punktu odniesienia.

11.5. Koszt wytworzenia oprogramowania narzędziowego

Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania oszacowanych przez Wykonawcę T kosztów wytworzenia oprogramowania, a w zasadzie - doprowadzenia go od stanu przedstawionego w toku prezentacji do stanu pełnej zgodności z wymogami SIWZ. W powyższym zakresie Przystępujący przedstawił stanowisko w wyjaśnieniach z 25 czerwca 2018 r. (kalkulacja kosztów, str. 6), a następnie - po wezwaniu Zamawiającego do uszczegółowienia związanych z tym kwestii - w wyjaśnieniach z 9 lipca 2018 r. (str. 1-3).

Przedstawiona przez Wykonawcę T argumentacja jest, zdaniem Izby, wiarygodna. Wskazano w niej bowiem szacowaną ilość czasu niezbędnego do dostosowania oprogramowania do wszystkich wymogów SIWZ, opisano kompetencje osób niezbędnych do zaangażowania w prace nad oprogramowaniem, a nadto określono stawkę za osobodzień ich pracy. Realność wspomnianej stawki wynika z załączonych do wyjaśnień dokumentów - umowy ramowej, w brzmieniu nadanym jej aneksem.

Odwołujący, kwestionując przewidywane koszty dostosowania oprogramowania narzędziowego przez Wykonawcę T skupił się na dowodzeniu wysokości całkowitych kosztów przygotowania i implementacji oprogramowania narzędziowego, których poniesienie przewidział składając ofertę w Postępowaniu. Nie tylko nie uwzględnił to stanu przygotowywanego przez Przystępującego oprogramowania, aktualnego na moment przeprowadzenia prezentacji, ale - co równie istotne - nie odnosi się w ogóle do rynkowych kosztów wytworzenia takiego oprogramowania, bowiem dotyczy wyłącznie wydatków przewidzianych przez samego Odwołującego. Okoliczność tą jednoznacznie potwierdza treść oświadczenia kontrahenta Odwołującego stanowiącego dowód DO3. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu obrazującego rynkowe koszty wytworzenia, bądź dostosowania oprogramowania narzędziowego, a odnoszenie tych kwestii do oszacowanych przez niego kosztów nie jest - z przytoczonych powyżej względów - wystarczające do stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty.

W ocenie składu orzekającego dla uznania, że Wykonawca T nie doszacował wykonania tej części przedmiotu zamówienia nie jest wystarczające porównanie liczby punktów uzyskanych przez Odwołującego i Przystępującego podczas prezentacji. Mając na względzie bezsporną okoliczność, że w jej toku punkty nie były przyznawane za częściowe spełnienie przewidzianych dla oprogramowania wymagań, nie sposób twierdzić, że takie funkcje muszą być opracowane niejako „od zera”. Innymi słowy - liczba uzyskanych przez wykonawców punktów nie oddaje rzeczywistego stanu zaawansowania prac nad oprogramowaniem.

11.6. Koszt pakietu SMS (poz. C5 formularza ofertowego)

Stanowisko Wykonawcy T zawarte zostało na str. 10 kalkulacji kosztów załączonych do wyjaśnień z 25 czerwca 2018 r. Uwzględniła ono podnoszoną przez Odwołującego okoliczność rozliczeń międzyoperatorskich, tzn. ponoszenia przez operatora, z którego sieci wysłano SMS na rzecz operatora, w którego sieci nastąpiło zakończenie SMS opłat w wysokościach regulowanych porozumieniami (umowami) - zob. dowody „DO1”, „DO4”, „DO5”, „DO6” i „DO7”.

Przystępujący założył jednak inny model biznesowy, który częściowo ujawnił na rozprawie, a polegający na przyjęciu, że ruch SMS odbywać będzie się przede wszystkim w ramach jego sieci, wyłączając konieczność ponoszenia wspomnianych opłat. Nawet jeśli, co również nie było sporne, część wiadomości wysyłana będzie poza sieć Wykonawcy T, wywołując konieczność ponoszenia przez niego opłat, to - po pierwsze - na tej samej zasadzie Przystępujący osiągać będzie przychody za zakończenia wiadomości w jego sieci, po drugie - Wykonawca T przewidział na ten cel rezerwę, co opisał na str. 10 kalkulacji kosztów stanowiącej załącznik do pierwszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

11.7. Koszt pakietu CSD (poz. C6 formularza ofertowego)

Przystępujący przedstawił wiarygodne, zdaniem Izby, wyjaśnienie na str. 10 kalkulacji kosztów załączonej do wyjaśnień z 25 czerwca 2018 r.

11.8. Wsparcie dodatkowe (poz. C7 formularza ofertowego)

Zdaniem składu orzekającego Wykonawca T prawidłowo oszacował koszty pracy (zob. str. 7-8 kalkulacji cenowej - załącznika do wyjaśnień z 25 czerwca 2018 r. oraz str. 5-6 wyjaśnień z 9 lipca 2018 r.).

Wydaje się, że Odwołujący, kwestionując ustaloną przez Przystępującego stawkę za 1 godzinę wsparcia dodatkowego, wyszedł z założenia o konieczności zaangażowania osób świadczących przedmiotową usługę wyłącznie na potrzeby realizacji tego zamówienia. Przyjęte przez Wykonawcę T odmienne i nie pozostające w sprzeczności z postanowieniami SIWZ założenie pozwalało, w ocenie Izby, ustalić tą stawkę na niższym niż zakładany przez Odwołującego poziomie.

W konsekwencji przyjętego przez Wykonawcę T założenia posiłkowanie się przez Odwołującego jednostkowym sprawozdaniem finansowym Przystępującego za rok 2017 (dowód DO8) i wnioskowanie na jego podstawie o średniej stawce godzinowej zatrudnianego przez niego pracownika pozbawione było znaczenia dla oceny prawidłowości skalkulowania tego elementu oferty.

11.9. Inne koszty

Pod tym pojęciem mieszczą się koszty, których konieczność poniesienia Odwołujący jedynie przykładowo zasygnalizował w treści odwołania (str. 15), określając je mianem niepomijalnych (np. koszty wysyłki, prądu, bezpośredniej obsługi kontraktu), ale nie przedstawiając żadnej, choćby szczątkowej, argumentacji dotyczącej ich wysokości i istotności. W związku z powyższym nie sposób mówić o prawidłowym postawieniu w tym zakresie zarzutu, skoro pozbawiony jest on de facto przytoczenia okoliczności faktycznych, mających stanowić jego podstawę.

Niezależnie od powyższego, również jedynie tytułem przykładu, Izba zwraca uwagę chociażby na wyjaśnienia w zakresie kosztów przesylek (dostawy kart SIM), zawarte w pierwszych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (kalkulacja kosztów, str.7), które wskazują na uwzględnienie także tego kosztu w cenie oferty, a potwierdzający jego wysokość dowód nie pozwala na stwierdzenie o jego niedoszacowaniu.

Reasumując, złożone przez Wykonawcę T wyjaśnienia nie potwierdziły konieczności odrzucenia złożonej przez niego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Dodać wypada, że rozstrzygając o tej kwestii Izba potraktowała dowód DP1 jako umotywowane stanowisko Przystępującego. Na marginesie zauważyć należy, że nie wносиło ono niczego nowego do sprawy, jako że stanowiło jedynie przetworzenie informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

Zarzut ten, jako stanowiący konsekwencję zarzucanego Zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy T, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy. Złożenie przez Przystępującego oferty z ceną, która nie jest rażąco niska nie narusza wskazanego w odwołaniu przepisu art. 3 ust. 1 Znk, nie jest bowiem działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2018.972).

Przewodniczący: