

Sygn. akt: KIO 908/21

Sygn. akt: KIO 924/21

WYROK

z dnia 25 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Monika Szymanowska
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 maja 2021 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **22 marca 2021 r.** przez wykonawcę: **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o., ul. Szkotnik 2B/15, 33-100 Tarnów** (sygn. akt: KIO 908/21)
- B. w dniu **22 marca 2021 r.** przez wykonawcę: **TELEKOMFORT DOMIN Sp. j., ul. Zabrska 28B, 44-177 Paniówki** (sygn. akt: KIO 924/21)

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie - Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** przy udziale:

- A. wykonawców **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów; TELEKOMFORT DOMIN Sp. j., ul. Zabrska 28B, 44-177 Paniówki** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 908/21** po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o., ul. Szkotnik 2B/15, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 924/21** po stronie odwołującego

- C. wykonawcy **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 924/21** po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21 - uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec braku wykazania w złożonych wyjaśnieniach, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów i TELEKOMFORT DOMIN Sp. j., ul. Zabrska 28B, 44-177 Paniówki i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o., ul. Szkotnik 2B/15, 33-100 Tarnów tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów i TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. , ul. Zabrska 28B, 44-177 Paniówki na rzecz Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o., ul. Szkotnik 2B/15, 33-100 Tarnów kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) od SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów oraz kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) od TELEKOMFORT DOMIN Sp. j., ul. Zabrska 28B, 44-177 Paniówki.

1 B. Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 924/21 - uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec braku wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu TELEKOMFORT DOMIN Sp. j., ul. Zabrska 28B, 44-177 Paniówki kalkulacji cenowej SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów stanowiącej załącznik do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny z 16 lutego 2021 r. złożonej wraz z wyjaśnieniami z 23 lutego 2021 r.

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Małopolskie - Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. ul. Zabrska 28B, 44-177 Paniówki** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Województwa Małopolskiego - Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego w Krakowie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** na rzecz **TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. ul. Zabrska 28B, 44-177 Paniówki** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 908/21

Sygn. akt: KIO 924/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Zakup centrali telefonicznej wraz z aparatami telefonicznymi*”, znak postępowania: Nr WL-IV.272.43.2020; zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 775233-N-2020 - N - 2020, data zamieszczenia 31.12.2020 r., przez Województwo Małopolskie - Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków zwana dalej: „*Zamawiającym*”.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 31.12.2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „Pzp”). Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwana dalej: „NPzp”).

W dniu 16.03.2020 r. Zamawiający (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów zwana dalej: „SUNTAR Sp. z o.o.” albo „SUNTAR” albo „pierwszym Przystępującym w sprawie KIO 908/21” albo „pierwszym Wnoszącym sprzeciw w sprawie KIO 908/21” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 924/21”. Drugą pozycje

w rankingu złożonych ofert zajęła ofert: TELEKOMFORT DOMIN Spółka jawna, ul. Zabrska 28B, 44-177 Paniówki zwana dalej: „TELEKOMFORT DOMIN Spółka jawna” albo „TELEKOMFORT DOMIN” albo „drugim Przystępującym w sprawie KIO 908/21” albo „drugim Wnoszącym sprzeciw w sprawie KIO 908/21” albo „Odwołującym w sprawie KIO 924/21”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła ofert: Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o., ul. Szkotnik 2B/15, 33-100 Tarnów albo „Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie KIO 908/21” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego w sprawie KIO 924/21”.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 07.04.2021 r. sprawy o sygn. akt: KIO 908/21, sygn. akt: KIO 924/21 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21:

W dniu 22.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z 16.03.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez SUNTAR, pomimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, nie załączył dowodów oraz nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- b) art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN, pomimo, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ;
- c) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy SUNTAR i wykonawcy TELEKOMFORT DOMIN, pomimo, że ww. wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j. z dnia 2020.10.30) w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów Dz.U.2021.275 t.j. z dnia 2021.02.11), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę SUNTAR i przez wykonawcę TELEKOMFORT DOMIN, pomimo iż złożenie ww. ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; z ostrożności – zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN

do złożenia wyjaśnień dotyczących treści tych ofert w zakresie ich istotnych podobieństw oraz istnienia zmowy przetargowej tych wykonawców;

d) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy SUNTAR jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty SUNTAR jako najkorzystniejszej,

b) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert,

c) odrzucenia ofert SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu,

d) z ostrożności – wezwania wykonawców SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN do złożenia wyjaśnień dotyczących treści tych ofert w zakresie ich istotnych podobieństw oraz istnienia zmowy przetargowej tych wykonawców,

e) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez SUNTAR, pomimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, oraz nie złożył dowodów i nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, 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, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zastosowanie ww. procedury jest obowiązkiem Zamawiającego, od którego realizacji w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną niewątpliwie odstąpić nie może.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający pismem z 11.02.2021 r. wezwał SUNTAR na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez Państwa za wykonanie zamówienia na zakup centrali telefonicznej wraz z aparatami telefonicznymi. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że *„Zaoferowana przez Państwa cena (152 952,26 zł) jest niższa o 32,02% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (225 000,00 zł) oraz o 39,59 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.”*. Podkreślił również, że

w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wezwanie do wyjaśnień ceny było w pełni uzasadnione, albowiem wypełnione zostały aż dwie przesłanki wymienione w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Podnieść również trzeba, że wykonawca SUNTAR nie zakwestionował w żaden sposób dokonanego przez Zamawiającego wezwania, potwierdzając tym samym, że ze względu na wskazane powyżej okoliczności jego wystosowanie przez Zamawiającego było prawidłowe i w pełni uzasadnione. Wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Mianowicie wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, co potwierdza orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych. Tytułem przykładu można wskazać tutaj na wyrok KIO z 09.02.2018 r., wydany w składzie trzyosobowym: „W toku postępowania o udzielenie zamówienia, podczas badania ofert, w związku z wystąpieniem ustawowych przesłanek (art. 90 ust. 1a ustawy Pzp) Zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska. Wyrazem tych wątpliwości było pierwsze wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podkreśla, że z tym wezwaniem wiązały się określone konsekwencje prawne. Otóż konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktyczne go, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma jednak charakter wzruszalny - może zostać obalone przez złożenie stosownych wyjaśnień popartych dowodami przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez Zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. To wykonawca, a w tym konkretnym przypadku Odwołujący, obciążony został obowiązkiem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny. Dlatego też wykonawca musi dochować szczególnej staranności przedkładając Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeśli nie sprostą spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty została skonstruowana w sposób zapewniający należyta realizację zamówienia, w mocy pozostaje domniemanie, że zaoferowana cena oferty jest ceną 1 rażąco niską.” (Wyrok KIO z 09.02.2018 r., sygn. akt: KIO 142/18. Analogiczne stanowisko wyrażone zostało również w wyroku KIO z 15.03.2018 r., sygn. akt KIO 393/18, oraz w wyroku KIO z 08.01.2018 r., sygn. akt: KIO 2703/17.). Z kolei w wyroku SO w Rzeszowie z 18.04.2012 r., sygn. akt: I Ca 117/12, podkreślono, że: „istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej. Z chwilą wezwania przez Zamawiającego (skarżącego) wykonawcy X spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 1.12.2011 r. powyższe domniemanie zostało

obalone. Na wykonawcę X został przerzucony ciężar dowodu wykazania, że skalkulował cenę w sposób rynkowy (tak KIO 28.09.2011 r.).”

Wykonawca, składając żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest ww. domniemanie obalić poprzez złożenie odpowiednich wyjaśnień, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu, co wynika jasno z art. 90 ust. 3 Pzp. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp jasno i wyraźnie stanowi, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z utrwalonego orzecznictwa KIO i Sądów Okręgowych wynika, że niekonkretne i ogólnikowe wyjaśnienia, nieobalające domniemania rażąco niskiej ceny, należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Nie każde pismo może być bowiem uznane za wyjaśnienia wykonawcy w rozumieniu art. 90 ust. 3 Pzp.

Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy Odwołujący wskazuje, że pismo wykonawcy SUNTAR z 16.02.2021 r. stanowiące wyjaśnienie zaoferowanej ceny jest niewystarczające, niekompletne i w żaden sposób nie dowodzi realności zaoferowanej ceny. Do pisma wykonawcy nie załączono również jakichkolwiek dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny ofertowej. Jeśli chodzi o treść pisma mającego stanowić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, to jest ono skrajnie ogólnikowe, składa się wyłącznie z gołosłownych zapewnień o posiadaniu doświadczenia w realizacji zadań o podobnej złożoności, znajomości kosztów porównywalnych projektów, ujęciu w kalkulacji ceny (której brak !) wszystkich wymaganych elementów, opracowaniu odpowiednich procedury pozwalających na minimalizację kosztów świadczenia usług, przeszkoleniu kadry, oszczędności czasu wykonywania poszczególnych działań, zwiększeniu efektywności pracy czy posiadaniu stałej wykwalifikowanej kadry do realizacji zamówienia.

Nie tylko, że żadna z okoliczności wskazanych zdawkowo przez SUNTAR nie została poparta dowodem, to jeszcze w żaden sposób SUNTAR nie wyjaśniło jak konkretnie dana okoliczność przekłada się na wysokość zaoferowanej ceny (np. jakie oszczędności i w jakiej wysokości z niej wynikają). Generalnie w piśmie SUNTAR z 16.02.2021 r. próżno szukać jakichkolwiek informacji, które wyjaśniałyby wysokość zaoferowanej ceny. SUNTAR ograniczyło się de facto do złożenia pisma zawierającego maksymalnie ogólne i niekonkretne stwierdzenia, które niczego nie wyjaśniają i w żaden sposób nie dowodzą realności zaoferowanej ceny.

Odwołujący podkreślił, że żadna z powyższych, hasłowo wskazanych w piśmie z 16.02.2021 r. okoliczności nie wyjaśnia wysokości ceny zaoferowanej przez SUNTAR, a większość z tych okoliczności jest w ogóle bez związku z wyjaśnieniami ceny. Podkreślić

trzeba, że większość (o ile nie wszyscy) wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie posiada doświadczenie w realizacji zadań o podobnej złożoności, zatrudnia osoby z doświadczeniem, wdrożył w swojej formie wewnętrzne procedury minimalizujące koszty świadczonych usług etc. Generalnie, żadna z powołanych przez SUNTAR okoliczności nie jest taką okolicznością, która wyróżniałaby go na tle pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie i w jakikolwiek sposób tłumaczyłaby wysokość zaoferowanej przez niego ceny.

Podkreślił ponadto, że w orzecznictwie Izby już dawno przesądzono, iż wyjaśnienia ceny nie mogą polegać na zdawkowym wskazaniu okoliczności (czynników), które mają tłumaczyć niski poziom ceny zaoferowanej przez wykonawcę, tak jak to uczyniło SUNTAR w swoich wyjaśnieniach. Jeśli bowiem wykonawca powołuje się w wyjaśnieniach na jakąś bardzo ogólnie ujętą okoliczność, np. doświadczenie w realizacji zadań o podobnej złożoności, znajomość kosztów porównywalnych projektów, posiadanie procedur pozwalających na minimalizację kosztów świadczenia usług, przeszkolona kadra, oszczędność czasu wykonywania poszczególnych działań, to musi jednocześnie i precyzyjnie wskazać w wyjaśnieniach jak owa ogólnie ujęta okoliczność przekłada się na wysokość ceny, czyli wskazać jakie konkretnie oszczędności może dzięki niej poczynić (na jakich kosztach zaoszczędzić i w jakiej konkretnie wysokości).

Stanowisko Izby w tym zakresie jest jednolite i ugruntowane, zatem jedynie tytułem przykładu Odwołujący wskazuje na:

a) wyrok KIO z 06.02.2018 r., sygn. akt: KIO 106/18, zgodnie z którym: „Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępujących, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia z dnia 21 grudnia 2017 r. są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że przystępujący rzetelnie oszacowali ofertę. Przystępujący wskazali okoliczności, które w ich ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. zatrudnienie pracowników z umiarkowanym orzeczeniem o niesprawności w stopniu specjalnym, posiadanie wiedzy i doświadczenia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, struktury kontroli i nadzoru oraz wybrane rozwiązania techniczne. Przystępujący nie przedstawili natomiast, w jaki sposób czynniki te wpływają na obniżenie ceny i nie podali wartości, o jakie mogli obniżyć cenę w związku z wykazanymi okolicznościami”;

b) wyrok KIO z 20.04.2017 r., sygn. akt: KIO 681/17, zgodnie z którym: „W ocenie składu orzekającego A. S. nie wykazało, w jaki sposób każdy z pięciu, wymienionych w pierwszych wyjaśnieniach, czynników cenotwórczych, tj. dwudziestoletnie doświadczenie, zaplecze techniczne, tanie koszty działania, posiadanie dokumentacji projektowej dla zabudowy mieszkaniowej przy ul. (...) w (...) oraz powtarzalność budynków wpływa na dokonaną przez A. S. kalkulację ceny ofertowej. W szczególności A. S. nie wyjaśniło, w jaki sposób i w jakim stopniu każdy z czynników wpływa na obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Trafnie Odwołujący zauważał, że posiadane doświadczenie, zaplecze techniczne oraz tanie koszty działania, na które powoływało się A. S., w ogóle nie zostały przedstawione w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i zaoferowanej ceny. Wymienione czynniki są dostępne także innym wykonawcom, i nie mogą stanowić okoliczności uzasadniającej realne obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.”

c) wyrok KIO z 11.02.2016 r., sygn. akt: KIO 121/16, zgodnie z którym: „Ponadto Izba podkreśla, że odwołujący nie wykazał w żadnym miejscu swoich wyjaśnień wpływu na cenę ofertową wykazanych i udowodnionych czynników, którymi dysponuje odwołujący, np. kwalifikacje kadry, nowoczesność sprzętu, preferencyjne warunki w wytwórni mieszanek mineralnobitumicznych itp. Jednocześnie Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić co – jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić w jaki sposób wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie np. dysponowania parkiem maszynowym bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych wykonawców nie może dać zamawiającemu podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprost przeciwnie – zamawiający w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do art. 90 ust. 3 Pzp (...).”

W nawiązaniu do powyższych orzeczeń Odwołujący wskazał, że SUNTAR w wyjaśnieniach ceny nawet nie usiłowało wykazać w jaki konkretny sposób powołane przez niego okoliczności wpływają na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, w szczególności nie wskazało na żadne oszczędności, które może dzięki nim poczynić, nie mówiąc już o wskazaniu i udowodnieniu konkretnej wysokości tych oszczędności. Także powyższy brak całkowicie dyskwalifikuje złożone wyjaśnienia.

Dalej Odwołujący wskazał i podkreślał, że każdy wykonawca ma obowiązek złożyć profesjonalne i kompletne wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oraz załączyć dowody dotyczące wyliczenia ceny w terminie wskazanym w wezwaniu. Złożone przez SUNTAR pismo z 16.02.2021 r. nie zawiera jakichkolwiek dowodów odnoszących się do zaoferowanej ceny.

Tymczasem każdy wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak, aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Odwołujący pragnie podkreślić, że obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez zamawiającego, musi nastąpić poprzez złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp i poparcie ich dowodami.

Wyjaśnienia muszą być poparte dowodami, co jasno i wyraźnie wynika zarówno z art. 90 ust. 1 Pzp jak i z wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do SUNTAR. Jak to słusznie wskazano w wyroku z 11.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12: *„Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska.”* Brak dowodów oznacza natomiast nie tylko, że SUNTAR nie uczyniło zadość wezwaniu Zamawiającego, ale przede wszystkim, iż nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny. Wszystko powyższe jednoznacznie wskazuje jak wadliwe, niepełne a także nieudowodnione są wyjaśnienia ceny złożone przez SUNTAR. W szczególności SUNTAR nie przedstawiło żadnych dowodów, które pozwalałyby na stwierdzenie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający kolejnym pismem, z 19.02.2021 r., skierowanym do wykonawcy SUNTAR wskazał, że złożone przez niego w dniu 16.02.2021 r. wyjaśnienia nie zawierają załącznika, jaki, zgodnie z treścią pisma, miał być do dokumentu dołączony: *„Suntar potwierdza zaoferowaną cenę za wykonanie przedmiotowego zamówienia.*

Należy wskazać, iż w załączeniu do niniejszych wyjaśnień Suntar przedkłada szczegółową kalkulację ceny zgodną z wezwaniem Zamawiającego.” W konsekwencji Zamawiający poprosił o uzupełnienie wyjaśnień.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący podnosi, że działanie Zamawiającego stanowi podwójne i nieuprawnione wzywanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Poza sporem pozostaje okoliczność, że bez szczegółowej kalkulacji ceny Zamawiający nie ma jakkolwiek możliwości zweryfikowania realności zaproponowanej ceny ofertowej. Skoro kalkulacja ta nie została załączona do wyjaśnień udzielonych przez SUNTAR pismem z 16.02.2021 r., to udzielone w dniu 16.02.2021 r. należy uznać za wadliwe, niewystarczające, niepełne i nieudowodnione. W ocenie Odwołującego, mając na uwadze przepisy Pzp oraz orzecznictwo Izby i Sądów Okręgowych, Zamawiający nie może wzywać wykonawcy do uzupełnienia dowodów na okoliczność braku rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy dowody te nie zostały w ogóle złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 90 ust. 1a Pzp. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że przedstawienie samej kalkulacji ceny oferty w żaden sposób nie wystarcza do wykazania, iż zaoferowana cena ma charakter realny, a nie rażąco niski. Przedstawienie samej kalkulacji ceny może co najwyżej wskazywać jakie rodzaje prac i kosztów wykonawca uwzględnił w cenie, natomiast z samej kalkulacji w żaden sposób nie wynika, że przyjęte przez wykonawcę wielkości poszczególnych kosztów mają rynkowy charakter, są realne i zapewnią prawidłową realizację zamówienia. To dopiero zestawienie kalkulacji ceny z dowodami, które powinny być złożone wraz z kalkulacją,

pozwoliłoby na ustalenie, czy koszty przyjęte w kalkulacji nie zostały zaniżone i że faktycznie przy takich właśnie kosztach wykonawca będzie w stanie należycie wykonać zamówienie.

Na obowiązek poparcia przedstawionej Zamawiającemu kalkulacji ceny odpowiednimi dowodami Izba zwróciła uwagę m.in. w wyroku z 19.04.2019 r., sygn. akt: KIO 619/19, stwierdzając, iż: „(...) nie sposób podzielić argumentacji odwołującego, że nie był on zobligowany do przedłożenia dowodów potwierdzających, że sporządzona przez niego kalkulacja ceny oferty jest rzetelna, a zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Nadal pozostaje aktualne stanowisko wynikające z orzecznictwa, że norma art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 Pzp, który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w świetle wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.” Podobnie w wyroku z 24.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1894/19, Izba, oddalając odwołanie wniesione przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazała, że: „Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego tylko częściowo zostały poparte złożonymi wraz z nimi dowodami. Nie przekonały Izby przedstawione w tym zakresie przez odwołującego wyjaśnienia, iż na obecnym etapie prowadzonego postępowania oferty podwykonawców nie stanowią jednoznacznego dowodu przyjętych cen, lecz stanowią jedynie podstawę sporządzenia przez wykonawcę jego własnej kalkulacji. Trzeba bowiem podkreślić, iż sporządzone przez wykonawców kalkulacje stanowią również wyjaśnienia wykonawcy (to, czy zostaną przedstawione jako ich część czy jako załącznik do pisma zawierającego wyjaśnienia stanowi wybór wykonawcy), które powinny zostać poparte dowodami, za które w szczególności należy uznać dokumenty na podstawie których takie kalkulacje zostały opracowane. Obowiązek złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów z pewnością dotyczy dokumentów mających podstawowe znaczenie dla dokonanej wyceny, których złożenie nie nastrecza wykonawcom dużych problemów.”

Jeżeli zatem przedłożona przez SUNTAR kalkulacja nie zawiera żadnych dowodów, bądź przedstawione dowody w jakikolwiek sposób nie uzasadniają dokonanej wyceny, należy uznać, że wykonawca SUNTAR nie wykazał, iż zaoferowana cena oraz dokonana kalkulacja są realne i znajdują potwierdzenie w realiach rynkowych, a wskazane koszty poszczególnych elementów zamówienia i w konsekwencji cena oferty są możliwe do osiągnięcia. Podsumowując, szczegółowa analiza wyjaśnień ceny z 16.02.2021 r., a w szczególności brak załączenia dowodów do tych wyjaśnień, nie pozostawia żadnych wątpliwości, że wszystkie zarzuty i zastrzeżenia zgłoszone powyżej w odwołaniu są w pełni uzasadnione.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN, pomimo, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ. Treść ofert złożonych przez wykonawców SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN nie odpowiada treści SIWZ, a zatem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp powinny zostać one odrzucone przez Zamawiającego. Za wyrokiem KIO 2478/13 z 13.11.2013 r. wskazał, iż: „(...) niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.” W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie mamy do czynienia z merytoryczną niezgodnością oferty z treścią SIWZ, polegającą na zaoferowaniu urządzeń nie spełniających wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego. Przesądzają o tym następujące względy.

Zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 5 (OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA)

Zamawiający wymaga dostawy systemu telekomunikacyjnego o następujących parametrach:

Aparat telefoniczny typ II (wraz z zasilaczem 230V) – 20 szt.:

Funkcje telefonu:

25) 8 klawiszy funkcyjnych: wiadomość, zestaw słuchawkowy, **konferencja**, wyciszenie, wstrzymanie, transfer, redial, głośnomówiący

Interfejs:

5) wbudowany port USB obsługujący zestawy słuchawkowe Bluetooth (za pomocą adapter USB) o parowanie urządzeń mobilnych o obsługa dodatkowych modułów sekretarskich

o 1 port RJ12 (6P6C) EHS

Zarówno wykonawca SUNTAR, jak i wykonawca TELEKOMFORT DOMIN, zaoferowali w złożonych ofertach aparaty telefoniczne typ II producenta Yealink model T46U.

W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż zaoferowany aparat telefoniczny Yealink T46U jest standardowym produktem firmy Yealink i nie spełnia wymagań OPZ tj. nie posiada 8 klawiszy funkcyjnych, w tym klawisza konferencja, jak również wymaganego interfejsu w postaci portu RJ12 (6P6C) EHS. Okoliczność ta wynika już tylko z oficjalnej karty katalogowej aparatu Yealink T46U (Załącznik nr 8 do odwołania), zawierającej specyfikację telefonu, gdzie w sekcji „Klawisze Funkcyjne” wskazano m.in. :

> 7 klawiszy funkcyjnych: wiadomość, zestaw słuchawkowy, zawieszenie, wyciszenie, transfer, ponowne wybieranie, zestaw głośnomówiący

Ilość oraz umiejscowienie klawiszy funkcyjnych wynika również ze zdjęcia przedmiotowego telefonu (prawa strona, dolna część aparatu).

/W tym miejscu odwołanie znajduje się zdjęcie spornego aparatu telefonicznego/

Co do wymaganego przez Zamawiającego w OPZ portu RJ12 (6P6C) EHS Odwołujący wskazał, iż karta katalogowa aparatu Yealink T46U zawiera sekcję „Interfejs”, w której wymagany postanowieniami OPZ port nie występuje. Odwołujący wskazał, że aparat telefoniczny Yealink T46U jest standardowym aparatem produkowanym seryjnie przez Yealink. Tym samym nie jest możliwe, aby pod oznaczeniem „Yealink T46U” krył się jakiś inny produkt tj. telefon o innych parametrach, w szczególności o dodatkowych klawiszach i portach, zgodnych z SIWZ.

Odwołujący za wyrokiem Izby z 27.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1513/11 (podzielonym co do wyrażonego w nim poglądu m.in. w wyroku Izby z 3.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1493/13) wskazuje, że: *„W postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma innej treści oferty niż wyrażona na piśmie i przedstawiona w ten sposób zamawiającemu. W przypadku gdy wykonawca oznacza w ofercie przedmiot dostawy przy pomocy indywidualizujących ją symboli (np. tak jak w tym postępowaniu płytę główną), które określają co dokładnie jest oferowane, ale jego intencją w rzeczywistości było zaferowanie urządzenia zmodyfikowanego czy rozszerzonego, to winien powyższe w treści swojej oferty uwidocznic. Brak zastrzeżenia tego typu oznacza, iż zaferowano model posiadającego cechy niezgodne z wymaganiami siwz lub nieposiadającego wymaganych tam funkcjonalności czy parametrów.”* . Jeśli zatem przyjąć by nawet, że którykolwiek z ww. dwóch wykonawców chciał zaferować Zamawiającemu aparat telefoniczny specjalnie zmodyfikowany na potrzeby przedmiotowego postępowania, to w żaden sposób nie zaznaczył tego ani w treści swojej oferty. Wręcz przeciwnie, każdy z wykonawców wskazał w swojej ofercie na aparat Yealink T46U, który jest seryjnie produkowany przez Yealink i którego nazwa determinuje określone parametry urządzenia. W świetle powyższego treść ofert wykonawców SUNTAR i

TELEKOMFORT DOMIN jest w oczywisty sposób niezgodna z treścią SIWZ. Trzeba przy tym podkreślić, że nie jest możliwe usunięcie opisanej powyżej niezgodności w żaden sposób przewidziany Ustawą. Każda próba usunięcia opisanych powyżej niezgodności musiałaby bowiem polegać na zastąpieniu zaoferowanych aparatów Yealink T46U innym, niewskazanym w ofercie urządzeniem, spełniającym już kwestionowane wymagania OPZ. Tymczasem zarówno art. 84 ust. 1, jak i art. 87 ust. 1 Pzp, wyraźnie zabraniają dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert. Zakaz modyfikacji treści oferty poprzez składanie wyjaśnień został wyraźnie wyartykułowany w art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp. Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi żadnych wątpliwości, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a zwłaszcza nie mogą służyć usuwaniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy SUNTAR i wykonawcy TELEKOMFORT DOMIN, pomimo, że ww. wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j. z dnia 2020.10.30) w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2021.275 t.j. z dnia 2021.02.11), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę SUNTAR i przez wykonawcę TELEKOMFORT DOMIN, pomimo iż złożenie ww. ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; a także odnośnie podnoszonego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN do złożenia wyjaśnień dotyczących treści tych ofert w zakresie ich istotnych podobieństw oraz istnienia zмовы przetargowej tych wykonawców. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Przepis ten stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej również: „dyrektywa 2014/24/UE” lub „dyrektywa klasyczna”), zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi

wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy czym zarówno według orzecznictwa KIO (wyroki wydane: 15.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2865/12, 03.03.2014 r., sygn. akt: KIO 309/14, i 23.12.2013 r., sygn. akt KIO 2851/13), jak i doktryny (zob. D. Szczepański, Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, komentarz praktyczny, Wydawnictwo ABC) należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z kolei art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę generalną, co oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec tego należy brać pod uwagę również art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, według którego zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu pracy i ceny. Przy czym art. 6 ust. 1 ww. ustawy nie zawiera zamkniętego katalogu zakazanych porozumień ograniczających konkurencję, a zatem wyszczególnienie w kolejnych pkt, na czym może polegać zakazane antykonkurencyjne porozumienie, nie ma charakteru katalogu zamkniętego. W doktrynie i orzecznictwie dotyczącym ochrony konkurencji porozumienie stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określane jest w skrócie jako tzw. zmowa przetargowa. Zmowa taka może mieć w szczególności charakter porozumienia horyzontalnego (poziomego), tj. zawieranego pomiędzy przedsiębiorcami, którzy w normalnych warunkach konkurują ze sobą. Przy czym w doktrynie wskazuje się, że przejawem takiego niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego (zmowy przetargowej) mogą być m.in.: - ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); - porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek niezupelnienia dokumentów, wadium itp.); - składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny; - składanie tzw. ofert kurtuazyjnych (zob. W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s.

286; D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Kraków 2004; E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002). W przypadku zmowy przetargowej, która stanowi jedno z najcięższych naruszeń prawa konkurencji, nie wymaga się, aby porozumienie było wykonane albo odniosło jakiś skutek. Wystarczający jest sam zamiar wpłynięcia przez przedsiębiorców na wynik lub przebieg postępowania. Z tego względu na mocy art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zмова przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu zakazu w trybie art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zob. K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 286; E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, s. 86). Wskazał, że zmovę przetargową uznaje się również za tzw. współpracę kwalifikowaną, stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, opisany w art. 15 ust. 1 pkt 5 tej ustawy. Zgodnie z ww. artykułem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem nie ma żadnego znaczenia forma zakazanego porozumienia między wykonawcami, które może być pisemne, ustne, a nawet dorozumiane. Wystarczające jest, aby zaistniały skoordynowane formy działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji (wyrok SO w Warszawie z 27.04.2011 r., sygn. akt: XVII AmA 44/09). Także w orzecznictwie unijnym wskazuje się na ten aspekt (wyrok sądu w sprawie T-7/89 SA Hercules Chemicals NV p-ko Komisji, wyrok sądu w sprawie T-305/94 NV Limburgse Winył Maatschapij p-ko Komisji). Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) (zob. wyroki KIO wydane: 03.03.2014 r., sygn. akt KIO 309/14, 23.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2851/13, 15.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2865/12, i 20.03.2013 r., sygn. akt: KIO 517/13). Sąd Najwyższy w wyroku z 09.08.2006 r. (sygn. akt III SK 6/06) wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 KPC), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności

konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczalne w orzecznictwie. Za wyrokiem KIO z 15.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1761/17, wskazał, że: *„Dla wykazania istnienia zmowy przetargowej nie jest możliwe a zatem i wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny czyn. Wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że w istocie doszło do zawarcia tzw. <<zmowy przetargowej>>”*. Powyższe rozważania należy uznać za mające znaczenie również przy stosowaniu art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp, który w istocie stanowi stypizowanie w ramach przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia horyzontalnej zmowy przetargowej z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, bez odwoływania się do rynku właściwego. Jak to słusznie wskazała Izba w wyroku z 13.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1279/18: *„w szczególności <<wykazanie za pomocą stosownych dowodów>> nie oznacza, że zamawiający mają obowiązek uzyskania bezpośrednich dowodów zawarcia zmowy przetargowej przez wykonawców. Wprowadzenie bezpośrednio do przepisów dotyczących zamówień publicznych sankcji za uczestniczenie wykonawcy w horyzontalnej odmianie zmowy przetargowej wskazuje, że zwalczanie tego typu porozumień wykonawców ma kluczowe znaczenie dla zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. A interpretacja rozumienia <<wykazania za pomocą stosownych dowodów>> nie może abstrahować od tego, że krajowy przepis stanowi implementację przepisu dyrektywy klasycznej, w którym mowa o <<stwierdzeniu na podstawie wiarygodnych przesłanek>>, że doszło do takiej zmowy.”*. W ocenie Odwołującego okoliczności niniejszej sprawy pozwalają na wyprowadzenie wniosku, że wykonawcy SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN zmówili się ze sobą. Porozumienie pomiędzy nimi obejmowało co najmniej ustalenie, że ww. wykonawcy złożą odrębne oferty, lecz ustalą warunki składanych ofert jak i dalsze działania ww. wykonawców w toku postępowania. Tym samym niewątpliwie wykonawcy SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN dopuścili się udziału w zмовie przetargowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp. Ponadto takie postępowanie ww. wykonawców - nie tylko sprzeczne z dobrymi obyczajami, które nakazują wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia uczciwie konkurować pomiędzy sobą, ale wprost naruszające art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także interes Zamawiającego jako organizatora przetargu nieograniczonego, z założenia służącego wyłonieniu najkorzystniejszej oferty spośród uczciwie konkurujących ze sobą na równi wykonawców - oznacza, że złożenie przez ww. wykonawców ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. O zмовie pomiędzy wykonawcą SUNTAR i wykonawcą TELEKOMFORT DOMIN świadczą w szczególności następujące okoliczności:

1) każdy z wykonawców zaoferował identyczny przedmiot zamówienia tj.:

- dostawę i wdrożenie systemu telekomunikacyjnego SwitchVoIP 2000, którego producentem jest Suntar Professional Services Sp. z o.o.,
- dostawę i wdrożenie systemu taryfikacyjnego SwitchVoIP Billing, którego producentem jest Suntar Professional Services Sp. z o.o.,
- dostawę i wdrożenie systemu zarządzania SwitchVoIP Billing, którego producentem jest Suntar Professional Services Sp. z o.o., - aparaty telefoniczne typ I Yealink T33G,
- aparaty telefoniczne typ II Yealink T46U.

Odwołujący podnosił, że obaj wykonawcy zaoferowali w niniejszym postępowaniu w szczególności ten sam system telekomunikacyjny, taryfikacyjny i zarządzania. System ten pochodzi od firmy Suntar Professional Services Sp. z o.o., która posiada tę samą siedzibę, tego samego wspólnika (Zbigniew Cich), ten sam Zarząd oraz tego samego Prokurenta, co wykonawca SUNTAR Sp. z o.o.. Firma Suntar Professional Services Sp. z o.o., działająca przez Zarząd lub Prokurenta, oferując swoje rozwiązania dwóm wykonawcom miała zatem zasadniczy wpływ na kształt ofert SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN, w szczególności na ich cenę. Wykonawcy ci musieli zatem wiedzieć o tym, iż złożą odrębne oferty w tym samym postępowaniu, oraz znali nawzajem warunki swoich ofert przed ich złożeniem. Taki stan rzeczy również oceniać należy jako porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2) oferty i dokumenty złożone przez wykonawców SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN są swoją niemal dokładną kopią. Jedyne, łatwo wytłumaczalne różnice dotyczą zaoferowanych cen, danych teleadresowych wykonawców, danych osobowych osób, które podpisały oferty i dokumenty w imieniu ww. wykonawców. Nie jest możliwe, aby dwaj wykonawcy, gdyby faktycznie działali niezależnie i bez wiedzy o swoich ofertach, złożyli oferty i dokumenty, które są do siebie tak podobne, że niemalże identyczne. Podobieństwa pomiędzy ofertami i dokumentami złożonymi przez wykonawców SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN dotyczą m.in.:

- a) używania w tych samych miejscach Formularza Oferty pogrubionych (lub nie) czcionek, znaków interpunkcyjnych (np. w wierszu dot. osoby wyznaczonej do kontaktu z Zamawiającym), używania tych samych znaków graficznych wyboru (np. x), umiejscowienia miejscowości i daty podpisania oferty w identycznym miejscu formularza;
- b) zaoferowania Zamawiającemu dokładnie tych samych urządzeń i oprogramowania. Nie jest możliwe, aby dwóch wykonawców, działających niezależnie, zaoferowało dokładnie to samo, zwłaszcza w sytuacji gdy wymogi Zamawiającego spełniało wiele różnych produktów

różnych producentów. Takiego podobieństwa złożonych ofert nie da się logicznie wytłumaczyć w inny sposób, niż ścisłą współpracą ww. wykonawców na etapie przygotowania ofert;

c) używania w tych samych miejscach Załącznika nr 3 do SIWZ (oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) pogrubionych (lub nie) czcionek, odstępów między wierszami, dokonywania przekreśleń w tych samych miejscach i w ten sam sposób, umiejscowienia miejscowości i daty złożenia oświadczenia w identycznym miejscu formularza, bardzo charakterystycznym (blisko podpisu i środka strony);

d) używania w tych samych miejscach Oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej pogrubionych (lub nie) czcionek, odstępów między wierszami, dokonywania przekreśleń w tych samych miejscach i w ten sam sposób;

e) zaoferowania z jednej strony zbliżonych cen ofertowych, z drugiej zaś zachowanie 25%owego odstępu pomiędzy cenami, co w sytuacji odrzucenia tańszej oferty, wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania bądź odmowy zawarcia umowy z Zamawiającym (w postępowaniu nie było wymagane wniesienie wadium), mogło doprowadzić do zawarcia przez Zamawiającego umowy z następnym w kolejności wykonawcą i zapłacenia przez Zamawiającego o 25% wyższego wynagrodzenia za identyczny przedmiot zamówienia. Podsumowując, wszystkie okoliczności wskazane powyżej prowadzą do jednego logicznego wniosku: wykonawcy SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN dopuścili się zмовы przetargowej, w szczególności ustalili, że złożą odrębne oferty, oraz ustalili warunki zawarte w tych ofertach, a następnie współdziałali ze sobą.

Odnosząc się do sformułowanego z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazuje, że ustawodawca w przepisie art. 87 Pzp przyznał Zamawiającemu prawo do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 Pzp powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zaznaczyć należy, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia

złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy Odwołujący wskazuje, że w opisanym wyżej stanie faktycznym, w szczególności z uwagi na identyczne rozwiązania oferowane przez wykonawców SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN oraz istotne podobieństwa dokumentów przetargowych przez nich złożonych, Zamawiający powinien zwrócić się do każdego z tych wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści tych ofert celem wyjaśnienia istotnych podobieństw pomiędzy złożonymi ofertami oraz zweryfikowania istnienia zмовы przetargowej tych wykonawców. Takie działanie Zamawiającego nie miało jednak miejsca w niniejszym postępowaniu, czym zdaniem Odwołującego naruszone zostały przepisy art. 7 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp. Podsumowując, opisane wyżej okoliczności powinny zostać niezwłocznie wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a obowiązkiem wykonawców jest właściwe konkurowanie o wybór ich ofert.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty SUNTAR jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert. Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferty złożone przez wykonawców SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN powinny zostać odrzucone przez Zamawiającego, Zamawiający, po jej odrzuceniu, jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 24.03.2021 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawcy: SUNTAR Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność

przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: SUNTAR Sp. z o.o.

W dniu 29.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawcę TELEKOMFORT DOMIN Spółka jawna zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząco oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: TELEKOMFORT DOMIN Spółka jawna.

W dniu 01.04.2021 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Stwierdził, że: „(...) uwzględnienia zarzuty odwołania od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę SUNTAR sp. z o.o., jako najkorzystniejszej oferty,
 - b) czynności badania i oceny ofert złożonych przez Wykonawcę SUNTAR sp. z o.o. oraz Wykonawcę TELEKOMFORT DOMIN spółka jawna,
 - c) zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców SUNTAR sp. z o.o. i TELEKOMFORT DOMIN spółka jawna
- przedstawione w odwołaniu wniesionym przez Cyfrowe Systemu Telekomunikacyjne sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

W związku z powyższym Zamawiający dokona ponownej oceny oferty najkorzystniejszej, uwzględniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez SUNTAR sp. z o.o. i TELEKOMFORT DOMIN spółka jawna, pomimo, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ.”.

W dniu 07.04.2021 r. (e-mailem) Prezes KIO w związku z zarządzeniem Izby z 07.04.2021 r. wezwał TELEKOMFORT DOMIN Spółka jawna na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 08.04.2021 r. (e-mailem) Prezes KIO w związku z zarządzeniem Izby z 08.04.2021 r. wezwał SUNTAR Sp. z o.o. na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 12.04.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) TELEKOMFORT DOMIN Spółka jawna złożył sprzeciw od stanowiska Zamawiającego.

W dniu 12.04.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) SUNTAR Sp. z o.o. złożył sprzeciw od uwzględnienia odwołania, przy czym stwierdził, że: „W związku z uwzględnieniem częściowym zarzutów z odwołania”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 924/21:

W dniu 22.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) TELEKOMFORT DOMIN Spółka jawna wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z 16.03.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Suntar z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, brak złożenia kompletnych wyjaśnień, bezpodstawne ponownie wezwanie wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w tym samym zakresie), ewentualnie brak wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, mimo że to wykonawcę obciąża ciężar wykazania tej okoliczności,
- b) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. dokonał unieważnienia wyboru oferty Suntar jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym:
 - a. odrzucił ofertę Suntar z uwagi na zaoferowania rażąco niskiej ceny, ewentualnie brak wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
 - b. odtajnił i udostępnił Odwołującemu załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Suntar z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, brak złożenia kompletnych wyjaśnień, bezpodstawne ponownie

wezwanie wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w tym samym zakresie), ewentualnie brak wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, mimo że to wykonawcę obciąża ciężar wykazania tej okoliczności. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto w myśl art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Analiza dokumentacji postępowania wskazuje na następujące działanie Zamawiającego, które w ocenie Odwoływającego jest sprzeczne z przepisami Pzp:

1. Zamawiający wezwał SUNTAR sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w dniu 11.02.2021;
2. Suntar złożył odpowiedź w dniu 16.02.2021 r., w której nie przedłożył kalkulacji cenowej
3. Zamawiający wezwał SUNTAR sp. z o. o. do uzupełnienia (w brakującym zakresie) złożonych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w dniu 19.02.2021
4. Suntar złożył odpowiedź w dniu 23.02.2021 r. przedkładając brakującą kalkulację cenową.

Wskazał, że zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W myśl zaś § 2 tego przepisu należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Suntar jako profesjonalista zobowiązany był składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do udowodnienia (wykazania) Zamawiającemu, że złożona przez niego oferta nie jest rażąco niska. Suntar przedłożył w dniu 16.02.2021 r. ogólne wyjaśnienia, w większości obejmujące powołanie się na orzecznictwo KIO. W treści wyjaśnień znalazło się niewiele przydatnych do oceny oferty wyjaśnień, zaś wykonawca w treści powołał się na kalkulację cenową, która w ocenie Odwoływającego miałaby decydujące znaczenie dla oceny czy cena oferty jest rażąco niska. Co istotne sam Zamawiający uznał, że przedłożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie jest rażąco niska (nie obala domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny), w związku z czym wezwał Suntar do uzupełnienia złożonych wyjaśnień w zakresie brakującej kalkulacji cenowej. W ocenie Odwoływającego ponowne wezwanie Suntar do wyjaśnień (w zakresie, do którego wykonawca ten był już raz wzywany) stanowi naruszenie przepisów ustawowych. Co więcej z treści wyjaśnień Suntar nie wynika, aby wykonawca ten przedłożył do wyjaśnień jakiegokolwiek dowody. Powyższe okoliczności w ocenie Odwoływającego wskazują, że Suntar nie sprostął ciężarowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w związku z czym zaktualizowała się przesłanka do odrzucenia złożonej przez niego oferty zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp. W pozostałym zakresie dopiero odtajnienie złożonego (w ocenie Odwoływającego bezprawnie) załącznika w postaci kalkulacji cenowej pozwoli

Odwołującemu na skierowania ponownego odwołania. W wyroku KIO z 19.10.2018 r., KIO 1975/18 wskazano, że: *„Odnótowania wymaga, że Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia dostrzegł ich braki, a dokonana przez niego ocena była trafna i powinna być prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie do kontynuacji procedury wyjaśniającej. W orzecznictwie Izby powszechnie i jednolicie jest prezentowany pogląd, że w razie przedstawienia wyjaśnień lakonicznych, zbyt ogólnych i nie załączenia dowodów brak jest podstaw do ponownego wezwania i sytuacja taka powinna skutkować odrzuceniem oferty.”* Podobne stanowisko znaleźć można również w we wcześniejszych orzeczeniach, przykładowo w wyroku KIO z 13.10.2014 r., KIO 2025/14, gdzie wskazano, iż: *„W przypadku, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, mało rzeczowe, zamawiający ma obowiązek dokonać oceny tych wyjaśnień. Zamawiający może domagać się dodatkowo wyjaśnienia wątpliwości, które powstały na tle wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchyla się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy.”* W ocenie Odwołującego dokładnie taka sytuacja jak w opisanych tezach Izby zaistniała w niniejszym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący otrzymując wgląd w dokumentację postępowania powziął informacje, że pełna treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny Suntar nie zostanie udostępniona z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego zaniechanie Zamawiającego co do udostępnienia pełnej treści wyjaśnień nie znajduje podstaw prawnych ani w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, ani w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Brak jest jakichkolwiek przepisów ustawowych, które zezwalałyby na ograniczenie jawności postępowania, poza art. 8 ust. 3 Pzp, w myśl którego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosił przy tym,

że Suntar nie wykazał, że informacje zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazać należy, że poza ogólnym, gołosłownym powołaniem się na okoliczności, iż kalkulacja cenowa posiada wartość gospodarczą Suntar nie przedstawił jakichkolwiek szczególnych okoliczności w tym zakresie. Co więcej sam fakt uzyskania takich informacji w żaden sposób nie wpłynie na pozycję rynkową tego wykonawcy jeśli Odwołujący nie uzyska informacji na podstawie jakich ofert handlowych Suntar zaoferował takie a nie inne ceny. Odwołujący zmierza jedynie do uzyskania informacji odnośnie rozbitcia cenowego oferty Suntar, które to informacje mogą posłużyć co najwyżej do zakwestionowania poszczególnych elementów cenotwórczych, ewentualnie wskazania na elementy nie wycenione przez Suntar, które mogą jednoznacznie potwierdzić okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego w toku prowadzonego postępowania Suntar nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co skutkować winno odtajnieniem i udostępnieniem Odwołującemu informacji w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania. Za wyrokiem KIO z 20.01.2020 r. o *udzielenie zamówienia publicznego*. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto podkreślił, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa - podmiotem tym jest wyłącznie wykonawca zastrzegający informacje, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych. Tym samym w ocenie Odwołującego z uwagi na brak spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz brak wykazania tych przesłanek Zamawiający winien być udostępnić Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Suntar.

Zamawiający w dniu 24.03.2021 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o.

W dniu 26.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawcy: SUNTAR Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: SUNTAR Sp. z o.o.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21, sygn. akt: KIO 924/21:

W dniu 20.05.2021 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia obu odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, że w związku z okolicznościami jakie zaistniały od momentu złożenia ww. odwołań informuję, że termin związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup centrali telefonicznej wraz z aparatami telefonicznymi (przedłużony na wezwanie Zamawiającego) upłynął w dniu 30.04.2021 r. Do momentu jego upływu tylko wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o. o. złożył pismo informujące o kolejnej (samodzielnej) zgodzie na przedłużenie terminu do 30.06.2021 r. Pozostali Wykonawcy w postępowaniu nie są już związani ofertą. Ponadto poinformował, że:

1) Zamawiający oceniając wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę SUNTAR uznał, że są one wystarczające i Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednocześnie podkreślił, że istnieje możliwość kilkukrotnego wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, tak aby nie budziły one żadnych wątpliwości. Wskazuje na to dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Ponadto komisja przetargowa dokonała analizy zasadności zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa i uznała, że zastrzeżenie zostało dokonane właściwie (protokół z oceny prawidłowości zastrzeżenia z dnia 25.02.2021 r. w dokumentacji postępowania).

2) dokonując oceny złożonych w postępowaniu ofert Zamawiający nie dopatrył się znamion „zmowy przetargowej” Wykonawców SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN podniesionej w odwołaniu Wykonawcy CST – czyli naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp i zaniechania wykluczenia ww. Wykonawców. Sam fakt złożenia oferty na formularzu ofert (stanowiącym wzór załączony do dokumentacji postępowania) wypełnionym w podobny sposób, jak również zaoferowanie takich samych produktów nie musi świadczyć o porozumieniu Wykonawców mającym na celu zakłócenie konkurencji między Wykonawcami.

3) pismem z 01.04.2021 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołującego CST sp. z o.o. dot. naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez SUNTAR sp. z o.o. i TELEKOMFORT DOMIN spółka jawna, pomimo, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający planuje dokonać ponownej oceny oferty najkorzystniejszej, uwzględniając powyższe zarzuty. Zamawiający nadto wskazał, iż wyłoniony w postępowaniu wykonawca - SUNTAR Sp. z o.o., nie przystąpił do postępowania odwoławczego w terminie określonym w art. 525 ust. 1 NPzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących (wnoszących sprzeciw do sprawy o sygn. akt: KIO 908/21) do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawcy posiadają legitymację procesową w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp uprawniającą do ich złożenia. Zamawiający podnosił, że upłynął termin związania ofertami widząc w tym przeszkodę procesową, Izba nie podziela tego stanowiska. Po pierwsze, umknęło uwadze Zamawiającego, że przesłanki materialnoprawne uprawniające do wnoszenia środka zaskarżenia bada się na moment jego złożenia, zaś odwołania zostały wniesione w terminie związania ofertami. Po drugie, w związku z datą wniesienia odwołań zastosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z ze zm.) – która nakazuje odrzucenie oferty, kiedy wykonawca nie przedłuży terminu jej związania (art. 226 ust. 1 pkt 12 i 13 Pzp) – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) – ogranicza się do norm postępowania odwoławczego, a nie prawa materialnego. Zatem na kanwie ustawy, która ma zastosowanie w sprawie (ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) ustawodawca nie wiąże żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, którego termin związania ofertą upłynął. Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą różnicą, że działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy, który nie może być już po terminie związania do zawarcia umowy skutecznie przymuszony. Tym samym nie ma przeszkód do dokonania wyboru takiej oferty, a następnie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 21.09.2012 r., sygn. akt XIII Ga 379/12, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 17.01.2014 r. sygn. akt IX Ga 392/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16.07.2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 19.06.2015 r., sygn. akt sygn. XXIII Ga 729/15, postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 24.02.2010 r. sygn. akt SK 22/08), co trafnie stwierdzono w wyroku Izby sygn. akt KIO 105/19, którego argumentację skład orzekający przyjmuje za własną. Nie ma więc żadnej podstawy prawnej, aby po upływie terminu związania ofertą Zamawiający mógł odstąpić od jej oceny i badania oraz nie ma żadnej przeszkody prawnej do wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej, ani nie ma żadnego powodu, by odmówić Odwołującym prawa do wniesienia odwołania.

Jednocześnie, Izba dostrzegła, że wbrew twierdzeniu zawartemu w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie załączył do odpowiedzi na odwołanie z 20.05.2021 r. samodzielnego przedłużenia terminu związania oferty do 30.06.2021 r. przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21.

Ponadto warto zaznaczyć, że wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21) w rankingu złożonych ofert zajął trzecie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Natomiast wykonawca TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 924/21) w rankingu złożonych ofert zajął drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienia, tak jak wskazano w sentencji orzeczenia. Skład orzekający oddalił zastrzeżenia Cyfrowego Systemu Telekomunikacyjnego Sp. z o.o. (zgłoszone na posiedzeniu) oraz Zamawiającego (w ramach przesłanych odpowiedzi na odwołania) względem skuteczności przystąpienia SUNTAR Sp. z o.o. do sprawy o sygn. akt: KIO 908/21. Zgodnie z dokumentacją postępowania SUNTAR Sp. z o.o. skutecznie zgłosił przystąpienia do obu spraw, w tym prawidłowo doręczył zgłoszenia przystąpień wszystkim uczestnikom sporu. Izba dokonała weryfikacji prawidłowości

doręczenia, w tym poprawności adresu e-mail, na który przesłano przystąpienia, co skutkowało stwierdzeniem, że wykonawca uczynił to prawidłowo, tj. na adres wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu (zamowienia.publiczne@malopolska.uw.gov.pl), co miało miejsce w dniu 26.03.2021 r. (tak w sprawie KIO 908/21, jak i KIO 924/21). Dotrzymano też 3 dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia wynikającego z art. 525 ust. 1 Pzp, więc nie było podstaw aby nie przyznać SUNTAR Sp. z o.o. statusu Przystępującego do sprawy o sygn. akt: KIO 908/21 (jak i KIO 924/21). Zamawiający, który nie stawiał się na posiedzenie z udziałem stron i rozprawę utracił tym samym możliwość podważenia skuteczności tego doręczenia. W konsekwencji przyznając SUNTAR Sp. z o.o. statusu Przystępującego do sprawy o sygn. akt: KIO 908/21 (jak i KIO 924/21).

Jednocześnie, Izba wskazuje, że w konsekwencji powyższego należy uznać że SUNTAR Sp. z o.o. skutecznie wniósł sprzeciw w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21 na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego pismem z 01.04.2021 r. Sprzeciw wniósł również TELEKOMFORT DOMIN Sp. j.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp dopuszczył w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej w formie elektronicznej w sprawie sygn. akt: KIO 908/21, KIO 924/21, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” po modyfikacji z 26.01.2021 r., Opisu Przedmiotu Zamówienia zwanej dalej: „OPZ” po modyfikacji z 26.01.2021 r., formularza ofertowego SUNTAR Sp. z o.o. i TELEKOMFORT DOMIN Sp. j., oświadczenia o spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej SUNTAR Sp. z o.o. i TELEKOMFORT DOMIN Sp. j., czy też oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą SUNTAR Sp. z o.o., TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. i Cyfrowego Systemu Telekomunikacyjnego Sp. z o.o. do dnia 30.04.2021 r., jak i protokołu komisji Przetargowej z 25.02.2021 r. i 10.03.2021 r.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21 załączniki do odwołania na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) wezwanie z dnia 11.02.2021 r. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny SUNTAR Sp. z o.o.,
- 2) wyjaśnienia SUNTAR Sp. z o.o. z 16.02.2021 r.,
- 3) wezwanie z 19.02.2021 r. do złożenia szczegółowej kalkulacji ceny SUNTAR Sp. z o.o.,
- 4) uzupełnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny (23.02.2021 r.),
- 5) informacja z dnia 16.03.2021 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 6) karta katalogowa aparatu Yealink T46U,
- 7) odpis z KRS dla Suntar Sp. z o.o.,
- 8) odpis z KRS dla Suntar Professional Services Sp. z o.o.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 908/21 Izba zaliczyła złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) 3 oferty internetowe zestawu słuchawkowego adaptera EHS 40, czyli tzw. przejściówek /na okoliczność, że niniejsze przejściówki są oferowane w sposób oddzielny i są urządzeniami znacznej wartości/,
- 2) instrukcję obsługi wraz z tłumaczeniem zestawu słuchawkowego adaptera EHS 40 /na okoliczność, że niniejsze przejściówki są oferowane w sposób oddzielny.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 908/21 Izba zaliczyła złożone na rozprawie przez Suntar Sp. z o.o.:

- 1) zdjęcia aparatu o nr SIP -T46U, 4 zdjęcia, obrazujące możliwość zaprogramowania funkcji „konferencja” określonego klawiszowi, jednemu lub większej jego liczbie,
- 2) kartę katalogową wraz z tłumaczeniem telefonu SIP -T46U,
- 3) fragment karty katalogowej, gdzie jest przedstawiony adapter bezprzewodowy zestawu słuchawkowego EHS40,
- 4) korespondencję e-mailową z dystrybutorem telefonu Yealink (z 13.01.2021 r. oraz 23.05.2021 r.).

/wszystkie na okoliczność wykazania zgodności zaoferowano sprzętu z wymogami SIWZ Zamawiającego/.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 908/21 Izba zaliczyła złożone na rozprawie przez TELEKOMFORT DOMIN Sp. j.:

- 1) fragment instrukcji obsługi wraz z tłumaczeniem /na okoliczność potwierdzenia możliwości zastosowania funkcji klawiszy dostępnych w telefonie; wynika z nich również, że klawiszami funkcyjnymi są klawisze liniowe/,
- 2) katalog telefonu zaoferowanego przez Odwołującego /na okoliczność tego rodzaju, że gdyby w tak restrykcyjny sposób rozumieć postanowienia SIWZ, jak Odwołujący to również aparat Odwołującego nie spełniałby wymogów SIWZ – pkt 23 i 24, z dowodu bowiem wynika, iż tylko 2 klawisze mają podświetlenie/.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby miał na uwadze zakres zaskarżenia w obu odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących, którzy wnieśli sprzeciw w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21, a także stanowiska złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 908/21, jak i KIO 924/21 zasługują na uwzględnienie, pierwsze w części, a drugie w całości.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21:

Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. sformułowało w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- a) art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez SUNTAR, pomimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, nie załączył dowodów oraz nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- b) art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN, pomimo, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ;
- c) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy SUNTAR i wykonawcy TELEKOMFORT DOMIN, pomimo, że ww. wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j. z dnia 2020.10.30) w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów Dz.U.2021.275 t.j. z dnia 2021.02.11), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę SUNTAR i przez wykonawcę TELEKOMFORT DOMIN, pomimo iż złożenie ww. ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; z ostrożności – zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców SUNTAR i TELEKOMFORT DOMIN do złożenia wyjaśnień dotyczących treści tych ofert w zakresie ich istotnych podobieństw oraz istnienia zмовы przetargowej tych wykonawców;
- d) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy SUNTAR jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 908/21, Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz załączników wskazanych w nim i załączonych do niego. Nadto, stan faktyczny wynikający z treści odpowiedzi na odwołanie. Dodatkowo, Zamawiający w I - wezwaniu z 11.02.2021 r. wskazał, że: „(...) Zaoferowana przez Państwa cena (152 952,26 zł) jest niższa o 32,02% od wartości zamówienia powiększonej o należny

podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (225 000,00 zł) oraz o 39,59 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, jak np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. 2020 poz. 2207), pomoc publiczną udzielaną na podstawie odrębnych przepisów, itp. (...)

W odpowiedzi SUNTAR Sp. z o.o. wyjaśnił w piśmie z 16.02.2021 r. (I wyjaśnienia), że: „(...) przedstawiamy poniższe wyjaśnienia, potwierdzające, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Oszczędność metody wykonania zamówienia:

Cena została skalkulowana na podstawie naszego doświadczenia w realizacji zadań o podobnej złożoności, znajomości kosztów porównywalnych projektów. Ponadto w kalkulacji ceny ujęto wszystkie elementy mające na nią wpływ, obejmujące wszystkie wymagania wskazane w SIWZ, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz wzorze umowy.

Wykonawca zatrudnia osoby z doświadczeniem pozwalającym na wypracowanie optymalizacji realizacji niezbędnych zadań, dzięki którym ograniczamy zbędne koszty przy wykonywaniu usług. Koszt świadczenia pracy (w szczególności przyjętych założeń odnośnie pracochłonności) zostały skalkulowane na podstawie doświadczenia Wykonawcy.

Wybrane rozwiązania techniczne

Oferta przetargowa została opracowana na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W cenie uwzględniono wykonanie dostaw i usług zgodnie z odpowiednimi tolerancjami i wymaganiami. Wykonawca, opracował odpowiednie procedury pozwalające na minimalizację kosztów świadczenia usług. Z tego powodu standaryzacja usług oraz przeszkolenie kadry Wykonawcy w stosowaniu procedur skutkuje oszczędnościami czasu wykonywania poszczególnych działań.

Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia

Przy kalkulowaniu ceny ofertowej Wykonawca wziął pod uwagę również inne wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, w tym m.in.:

- zwiększenie efektywności pracy poprzez swobodne łączenie obowiązków wykonywanych na rzecz Zamawiającego przez personel Wykonawcy oraz innych obowiązków służbowych

kadry Wykonawcy – z dochowaniem spełnienia wszelkich wymogów i obowiązków wskazanych w SIWZ,

- brak kosztów Helpdesku (wykorzystanie bieżącego potencjału)

Koszty pracy

Koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny, nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679 z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314). Wykonawca posiada stałą, wykwalifikowaną kadrę do realizacji zamówienia. W związku z powyższym jest w stanie zapewnić udział w wykonywaniu zamówienia przy jednoczesnej optymalizacji kosztów jego utrzymania.

Suntar potwierdza zaoferowaną cenę za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Należy wskazać, iż w załączeniu do niniejszych wyjaśnień Suntar przedkłada szczegółową kalkulację ceny zgodną z wezwaniem Zamawiającego.

2. Pomoc publiczna

Suntar nie korzysta z dozwolonej pomocy publicznej.

3. Wymagania w zakresie przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie

Suntar w zakresie kalkulacji cenowej przyjęła stawki roboczogodzin zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami.

4. Wymagania w zakresie przepisów prawa ochrony środowiska

Suntar w zakresie kalkulacji cenowej przyjął wszelkie wymagania w zakresie przepisów prawa ochrony środowiska.

5. Powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy

Suntar nie zamierza powierzyć wykonania jakiegokolwiek części przedmiotu zamówienia podwykonawcy.

Dodatkowo wskazać należy, że Wykonawca posiada wyjątkowo stabilną sytuację finansową oraz wysoki w skali prowadzonej działalności kapitał obrotowy, co oznacza, że w ofercie zbędne było kalkulowanie kosztów finansowych obsługi kredytów na potrzeby realizacji zamówienia. Ponadto podkreślamy również, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10, że: „cena zatem „rażąco niska” to taka, która jest nierealistyczna, znacząco odbiega od cen rynkowych stosowanych w określonej branży. (...). Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze

podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. (...) podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny niskiej. Te dwa pojęcia nie są tożsame”. Jak wynika z treści art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, co w niniejszej sprawie nie zachodzi, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 15 marca 2013 r., sygn. akt KIO 472/13, wskazać należy, że: „w postępowaniu odwoławczym obowiązują zwykłe reguły dowodzenia, czyli ciężar dowodu spoczywa na twierdzącym (art. 190 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c.). Jeśli zamawiający odrzuca ofertę po ocenie wyjaśnień otrzymanych na podstawie art. 90 ust.1 Pzp, winien – w granicach wynikających z uzasadnienia odrzucenia oferty – wykazać przed Izbą, że z treści wyjaśnień wynika zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Mając na uwadze powyższe potwierdzamy, iż przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ i załącznikami do SIWZ oraz oświadczamy, że zaproponowana przez nas cena jest ceną realną. W niniejszej sprawie nie zachodzi przesłanka do uznania ceny oferty Suntar za rażąco niską. Wykonawca ponownie oświadcza, że cena naszej oferty została ustalona rzetelnie, z uwzględnieniem wszystkich wymagań Zamawiającego i uwzględnia cały zakres przedmiotu zamówienia określony w SIWZ. Cena ta została obliczona zgodnie z najlepszą wiedzą i doświadczeniem, w sposób staranny i zapewnia realizację zamówienia w sposób należyty. Wykonawca ponownie wskazuje, iż ustawa Pzp nie wprowadza nakazu jednokrotnych wyjaśnień, ani zakazu kilkukrotnego wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie orzekała o dopuszczalności, a nawet obowiązku Zamawiającego do żądania ponownych/dodatkových wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości Zamawiającego. W wyroku z dnia 06 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1490/15 wskazano, iż: „Nie ma przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 p.z.p., gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Ponadto w wyroku z dnia 23 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1166/14 wskazano również, iż: „Wyjaśnienia ceny rażąco niskiej powinny zmierzać do ustalenia stanu faktycznego, aby umożliwić ocenę prawidłowości zastosowanej ceny. Wyjaśnienia nie muszą być jednoetapowe, gdyż w miarę uzyskiwania wyjaśnień mogą powstawać kolejne pytania. W przypadku podania w ofercie wyłącznie ceny globalnej (bez

jej rozbicia w formularzu ofertowym lub cenowym), prawdopodobnie takie nawet być nie mogą (...). Jeśli wykonawca w ramach wezwania do wyjaśnień otrzyma od zamawiającego konkretne pytania, może udzielić mu szczegółowych odpowiedzi w kwestiach, które najbardziej interesują zamawiającego. Jeśli takich pytań nie otrzyma, udziela odpowiedzi w zakresie, który on sam uznaje za najbardziej istotny i trudno mu z tego robić zarzut". Natomiast w wyroku z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 586/14 wskazano, iż: „W razie wątpliwości, co do złożonych wyjaśnień, w szczególności, gdy nie wyjaśniają one oczekiwanego przez zamawiającego zakresu, zamawiający jest zobowiązany do uzyskania dalszych wyjaśnień wykonawcy, by było możliwe dokonanie oceny, czy cena zawarta w ofercie jest rzeczywiście ceną rażąco niską(...). Z powyższego wynika, że nawet w sytuacji złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, które nie rozwiewają wątpliwości zamawiającego, brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie zarówno art. 90 ust. 3, jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., bez dalszych czynności zamawiającego zmierzających do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy". Ponadto w Wyroku z dnia 12 maja 2014 r., sygn. akt KIO 785/14 wskazano, iż: „Przy ocenie wyjaśnień i dowodów zamawiający musi kierować się realiami rynku i własnym doświadczeniem w zakresie realizacji tego typu usług i dotychczasowego przebiegu usług serwisowych posiadanego sprzętu". Tym samym, jeśli Zamawiający poweźmie jakiegokolwiek dalsze wątpliwości w odniesieniu do przedłożonych informacji, Sutar gotowa jest niezwłocznie udzielić dodatkowych wyjaśnień. (...)"

Zamawiający w II - wezwaniu z 19.02.2021 r. wskazał, że: „(...) Zamawiający zwrócił się (pismem z dnia 11.02.2021 r.) z prośbą udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez Państwa za wykonanie zamówienia na zakup centrali telefonicznej wraz z aparatami telefonicznymi. Wyjaśnienia złożone w dniu 16.02.2021 r. nie zawierają załącznika, jaki, zgodnie z treścią pisma, miał być do dokumentu dołączony: „Sutar potwierdza zaoferowaną cenę za wykonanie przedmiotowego zamówienia. Należy wskazać, iż w załączeniu do niniejszych wyjaśnień Sutar przedkłada szczegółową kalkulację ceny zgodną z wezwaniem Zamawiającego.” Proszę o uzupełnienie wyjaśnień. (...)"

W odpowiedzi SUTAR Sp. z o.o. w piśmie z 23.02.2021 r. (II wyjaśnienia) stwierdził, że: „(...) w związku z otrzymaniem ponownego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm., dalej jako: „Pzp” lub „Ustawa”) w zakresie kalkulacji cenowej, która nie została pierwotnie załączona do wyjaśnień, niniejszym przedkładamy brakujący załącznik.

UWAGA! WSKAZUJEMY, ŻE BRAKUJĄCY PIERWOTNIE ZAŁĄCZNIK DO WYJAŚNIEŃ STANOWI TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA. W ZWIĄZKU Z POWYŻSZYM, WNOSIMY O ICH NIEUJAWNIANIE PODMIOTOM NIEUPRAWNIONYM,

W SZCZEGÓLNOŚCI INNYM WYKONAWCOM

Wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na wstępie Wykonawca wyjaśnia, iż załącznik do niniejszego pisma stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W związku z tym na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zastrzegamy go jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wnosimy o jego nieudostępnianie innym wykonawcom. Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 11 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Sposób wyceny tego rodzaju przedmiotu zamówienia jest wartością i doświadczeniem Wykonawcy stanowiącym o jego pozycji na rynku i nie może być ujawniany osobom trzecim. Wiedza składająca się na zastosowany sposób wyceny stanowi dla Wykonawcy informację o charakterze organizacyjnym, posiadającą znaczną wartość gospodarczą, o czym świadczyć powinien choćby fakt zaferowania Zamawiającemu najkorzystniejszej ceny spośród wszystkich złożonych ofert. Koszty zostały skalkulowane w oparciu o oferty uzyskane przez Wykonawcę od podmiotów zewnętrznych. Sutar informuje również, że podjęła wszelkie niezbędne działania zmierzające do zachowania poufności wiedzy w tym zakresie, stosując w swojej działalności m.in. rygorystyczną politykę bezpieczeństwa dotyczącą informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, dzięki czemu informacji poufnych nie udostępnia się podmiotom nieuprawnionym. Wskazać przy tym należy, iż wiedzę w zakresie przedkładanych informacji, w szczególności w zakresie kalkulacji ceny posiada jedynie ograniczony krąg osób. Ponadto zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej w jakikolwiek sposób. Jednocześnie Wykonawca wskazuje, iż we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przedstawiane są analogiczne informacje, zastrzegane są one jako

tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa i potwierdza zasadność dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia. W kontekście powyższego Wykonawca wskazuje na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności na wyrok z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2631/14: „informacje tam zawarte podlegają takiej ochronie, zawierają bowiem one informacje dotyczące optymalizacji robót (indywidualne, specyficzne tylko dla tego wykonawcy rozwiązania przyjęte do realizacji przedmiotowego postępowania), dotyczące dostępności materiałów wraz z wykazem dostawców i ofertami cenowymi (stanowią wartość gospodarczą), dotyczące organizacji robót (informacje organizacyjne)”. Ponadto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 11811/13 wskazano, iż: „okoliczność, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy dotyczą elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny odczytanej podczas jawnego otwarcia ofert w żaden sposób nie przesądza ich jawnego charakteru, gdyż decydujące znaczenie ma to, czy treść tych wyjaśnień z punktu widzenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być uznana za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”. (...).”

Nadto, zgodnie z Rozdz. III Opis przedmiotu zamówienia w pkt 3.2:

„3.2. Warunki realizacji zamówienia oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierają załączniki nr 1 - wzór umowy i nr 5 do siwz - opis przedmiotu zamówienia.”

W ramach Załącznika nr 5 do SIWZ OPZ Zamawiający określił, m.in. że:

„(...) Zamawiający wymaga dostawy systemu telekomunikacyjnego o następujących parametrach: (...)

55. Wykonawca przed rozpoczęciem instalacji dokona w trybie roboczym z Zamawiającym, pisemnych ustaleń na temat numeracji, instalacji i wymaganej konfiguracji sprzętu oraz oprogramowania.

56. Wykonawca proponuje optymalną dla potrzeb Zamawiającego konfigurację systemu. Jeżeli do wdrożenia wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności niezbędne będzie dostarczenie dodatkowych licencji, Wykonawca dostarczy je w ramach dostawy, bez dodatkowej opłaty.

57. Wykonawca przeszkoli minimum 5 osób wyznaczonych przez Zamawiającego z zakresu obsługi i konfiguracji systemu w siedzibie Zamawiającego.

58. Wykonawca zapewni wsparcie administracyjne i techniczne systemu na okres minimum 36 miesięcy.

59. Wsparcie administracyjne i techniczne systemu obejmuje:

a. administrowanie Systemem przez pierwsze 6 miesięcy od dnia podpisania umowy, realizowane przez Wykonawcę; Zamawiający ma dostęp do czynności administracyjnych

realizowanych przez Wykonawcę oraz na bieżąco ma dostęp do informacji pozwalających na przejęcie tych czynności,

b. samodzielną administrację Systemem przez Zamawiającego w kolejnych miesiącach przy ciągłym wsparciu przez Wykonawcę. Przez ciągłe wsparcie rozumie się: wsparcie telefoniczne dla administratorów Systemu, wsparcie zdalne (zdalna administracja) w przypadku skomplikowanych błędów bądź zmian konfiguracji oraz w przypadku zmian konfiguracji sprzętowej bądź znaczących zmian konfiguracji oprogramowania, wsparcie na miejscu.

60. W ramach Usługi wsparcia Zamawiający oczekuje w szczególności:

a. okresowej weryfikacji poprawności działania i działań naprawczych poszczególnych komponentów Systemu oraz analizy ich logów,

b. monitorowania stanu działania Systemu, w szczególności: monitorowanie wydajności Systemu, analizy komunikatów z systemu monitoringu, logów systemów operacyjnych i baz danych, identyfikacji zagrożeń dla poprawnej pracy Systemu (działania pro aktywne), analizy przyczyn wystąpienia błędów i przywrócenia Systemu po naprawieniu błędów, diagnozy i opracowania zaleceń przy wystąpieniu problemów wydajnościowych. (...)

Aparat telefoniczny typ II (wraz z zasilaczem 230V) – 20 szt.:

Funkcje telefonu: (...)

23) co najmniej 8 klawiszy funkcyjnych z podświetleniem

24) co najmniej 8 klawiszy funkcyjnych w których można zaprogramować funkcje

25) 8 klawiszy funkcyjnych: wiadomość, zestaw słuchawkowy, konferencja, wyciszenie, wstrzymanie, transfer, redial, głośnomówiący (...)

Interfejs:

1) 2 porty RJ45 Gigabit Ethernet

2) PoE (IEEE 802.3af),

3) 1 port RJ9 (4P4C) na słuchawkę ręczną

4) 1 port RJ9 (4P4C) na zestaw słuchawkowy

5) wbudowany port USB obsługujący zestawy słuchawkowe Bluetooth (za pomocą adapter USB) o parowanie urządzeń mobilnych o obsługa dodatkowych modułów sekretarskich o 1 port RJ12 (6P6C) EHS (...)"

Zgodnie z treścią formularzy ofertowych SUNTAR Sp. z o.o., jak i TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. zaoferowali obaj – system telekomunikacyjny:

Producent: Suntar Professional Services Sp. z o.o., Nazwa produktu, model: SwitchVoIP 2000; system taryfikacyjny i zarządzania: Producent: Suntar Professional Services Sp. z o.o. Nazwa produktu systemu taryfikacyjnego: SwitchVoIP Biling, Producent: Suntar Professional Services Sp. z o.o., Nazwa produktu systemu zarządzania: SwitchVoIP Monitoring; - aparatów telefonicznych typ I Yealink T33G; - aparatów telefonicznych typ II Yealink T46U.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

W ocenie Izby, wyjaśnienia z 16.02.2021 r. są niewystarczające aby wykazać, że Wykonawca zaoferował cenę, która nie jest rażąco niska. Należy zauważyć, że zasadnie wskazywał Odwołujący na brak jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny. Wzmiankowana w treści wyjaśnień z 16.02.2021 r. kalkulacja nie została dołączona. A jej dowożenie na skutek II wezwania z 19.02.2021 r. wraz z wyjaśnieniami z 23.02.2021 r., Izba uznaje za niedopuszczalne, a zarazem spóźnione. Nadto, sama kalkulacja operuje pewnymi kwotami, które z uwagi na charakter zamówienia mają swoje oparcie w cenach zakupu określonego sprzętu od producentów. Wykonawca nie przedstawił ofert będących źródłem cen wynikających z tej kalkulacji. Jednocześnie, pewne okoliczności faktyczne wzmiankowane w wyjaśnieniach z 16.02.2021 r. nie zawierają istniejącego przełożenia na zaoferowaną cenę. Nie wiadomo w jaki sposób przedstawione okoliczności przekładają się, tzn. mają wpływ na zaoferowanie takiej, a nie innej ceny. Izba wskazuje za orzecznictwem wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 13.03.2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15: *"(...) warto przywołać wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2794/13, w którym Izba zauważyła, że »nie można z góry przesądzić, czy w danym przypadku konieczne było przedstawienie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów, czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych, energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, położenia siedziby blisko miejsca wykonania zamówienia, etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych...«.* Nawiązując do tego wyroku Sąd Okręgowy wskazuje, że wykonawca winien dążyć do wykazania wartości rynkowej poszczególnych elementów zamówienia, a tego bez wątpienia skarżący zaniechał".

W ocenie Izby wyjaśnienia nie tylko są gołosłowne, nie zawierają bowiem żadnych dowodów (czego wymaga art. 90 ust. 2 Pzp), ale są nadzwyczaj ogólne i szablonowe. W żaden sposób nie można uznać, że odnoszą się stricte do zaoferowanej ceny w tym

postępowaniu, nie stanowią bowiem materiału, na podstawie którego zamawiający mógł uznać, że zaoferowana cena ma charakter realny i pozwala na prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji postępowania. Natomiast wyjaśnienia powinny być oceniane przez pryzmat zawodowego wykonywania działalności na rynku zamówień publicznych, a tergo standardu oceniane wyjaśnienia nie spełniają.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie drugiego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Przedmiotowy zarzut dotyczył tak oferty SUNTAR Sp. z o.o., jak i TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. Izba biorąc pod uwagę całokształt okoliczności i złożone dowody, tak przez SUNTAR Sp. z o.o., TELEKOMFORT DOMIN Sp. j., jak i Odwołującego oddaliła zarzut. Względem wymaganych 8 klawiszy funkcyjnych i brakującego klawisza: konferencje. Należy wskazać, że tak pkt 25 OPZ, jak i 23 i 24 odnoszą się wprost do klawiszy funkcyjnych. Jednakże postanowienia OPZ mimo, że we wskazanych punktach wszystkie odnoszą się do klawiszy funkcyjnych, to w żaden sposób nie precyzują w jaki sposób oczekiwane przez Zamawiającego funkcje w aparacie telefonicznym mają być spełnione, czy też zrealizowane. Zamawiający pozostawił to swobodzie wykonawcom. W konsekwencji należy uznać zasadność stanowiska SUNTAR Sp. z o.o., że Zamawiający nie oczekiwał klawiszy funkcyjnych dedykowanych konkretnie pod m.in. konferencje. W rezultacie trafnym i wystarczającym była możliwość zapewnienia klawisza funkcyjnego: konferencje poprzez zaprogramowanie jednego z istniejących klawiszy, na co jednoznacznie wskazywały (na taka możliwość) dowody złożone przez SUNTAR Sp. z o.o., jak i TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. Aparat posiada nie 7 klawiszy, ale 17, co umożliwia takie działanie. Względem portu RJ12 (6P6C) EXS. Należy podnieść, że postanowienia OPZ jednoznacznie wskazywały na konieczność zaoferowanie aparatu z określonymi interfejsami. Przy czym, Zamawiający nie oczekiwał wbudowanego portu RJ12, ale wbudowanego portu USB obejmującego zestaw słuchawkowy Bluetooth (za pomocą adaptera USB). Dalsza część poniżej tego wymogu, to możliwość do czego może być wykorzystany port USB (określone funkcje) m.in. do 1 portu RJ12 (6P6C) EXS. W konsekwencji nie zasadne jest stanowisko Odwołującego z odwołania, jak i argumentacja z rozprawy, że należało w ramach oferty (jej formularzu) zaoferować również stosowny adapter (przejściówkę) pozwalającą za jej pomocą uzyskać port RJ12. Na kanwie dokumentacji postępowania należało bowiem zapewnić urządzenie z portem USB, za pomocą którego można podłączyć zestaw słuchawkowy EXS, co nie znaczy, że taki zestaw należało zaoferować, tak jak nie należało zaoferować innych urządzeń, które można podłączyć, w szczególności w zakresie wymienionych w OPZ „odnosnie portu USB”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie trzeciego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego z odwołania i rozprawy odnośnie rzekomych podobieństw pomiędzy formularzem ofertowym, oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu czy też oświadczeniu o przynależności do grupy kapitałowej SUNTAR Sp. z o.o., jak i TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. Przywołane podobieństwa w odwołaniu (np. co do czcionki, znaków interpunkcyjnych, używania tych samych znaków graficznych) oraz na rozprawie (identyczny charakter daty oraz miejscowości wskazanej w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, takiego samego rodzaju przekreślenia w tym oświadczeniu znajdujące się w dalszej jego części, obecność w formularzu ofertowym kropki po numerze telefonu osoby wyznaczonej do kontaktu z Zamawiającym) nie są w swej treści jednoznaczne, gdyż dokumenty te zawierają także różnice (czcionka ukośna/prosta w formularzach ofertowych, odstępy/brak odstępu w numerze telefonu osoby wyznaczonej do kontaktu z Zamawiającym, czcionka ukośna/prosta daty oraz miejscowości wskazanej w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu). Odwołujący skupił się na rzekomych podobieństwach dokumentów, pomijając różnice w ich treści, wycinkowo wskazując na to, co było pasujące pod jego tezę, jednakże oceniając treść dokumentu należy spojrzeć na niego w całości, a nie subiektywnie powybierać fragmenty, które są dla strony wygodne i pominąć całą resztę. Nadto, Izba uwzględniła okoliczność, że Zamawiający przygotowywał określone wzorce tych dokumentów, tak formularz, jak i przywołane oświadczenia określając zasady dokonywania skreśleń określonych fragmentów w wypadku, gdy nie mają one zastosowania, czy też ich nie dotyczą. Okoliczność zaoferowania tych samych systemów telekomunikacyjnych, taryfikacyjnych i zarządzania oraz aparatów telefonicznych nie może świadczyć sama w sobie o zмовie przetargowej. A dodatkowo uwzględniono, że wybór urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego jest ograniczony, szczególnie w zakresie urządzeń, których nie trzeba dostosowywać pod wymagania Zamawiającego. Okolicznością notoryjną jest fakt, że dostosowywanie ma wpływ na zwiększenie ceny, więc racjonalnym jest wybór urządzeń, których nie trzeba modyfikować, zaś Odwołujący, pomimo stanowiska, że istnieje wiele urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego, które można zaoferować (sam oferując także urządzenia takie jak inny wykonawca w przetargu) nie udowodnił podnoszonej okoliczności.

W rezultacie Odwołujący nie wykazał powiązań między firmą SUNTAR Sp. z o.o., a TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. Izba także wskazuje, że TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. zanegował wybór oferty SUNTAR Sp. z o.o. w oddzielnym odwołaniu (sygn. akt: KIO 924/21). Odnośnie powiązań osobowych między SUNTAR Sp. z o.o., a Suntar Professional

Services Sp. z o.o., to Przystępujący SUNTAR Sp. z o.o. im nie przeczył wskazując, że nie mogą one same w sobie świadczyć o znowie przetargowej, tym bardziej, że SUNTAR Sp. z o.o. jest oddzielnym podmiotem gospodarczym. Niewątpliwie istnieją różnicę w ramach wspólników obu podmiotów oraz wysokości ich udziałów. Nadto istnienie powiązań osobowych, czy siedziby pomiędzy SUNTAR sp. z o.o. i Suntar Professional Services sp. z o.o. nie pozwala w żaden sposób na ustalenie, że istnieje niedopuszczalne porozumienie pomiędzy SUNTAR sp. z o.o. TELEKOMFORT DOMIN sp. j. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił dowodów, ani twierdzeń świadczących o istnieniu takiego porozumienia wywodzonego z faktu powiązań pomiędzy SUNTAR sp. z o.o. i Suntar Professional Services. Należy więc uznać, że całokształt okoliczności sprawy nie pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia znowy przetargowej. Izba podzieliła stanowisko zgodnie z którym: *„(...) stwierdzenie znowy przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności danej sprawy, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Innymi słowy, stwierdzenie znowy przetargowej, o ile odbywa się nie na podstawie wyraźnego i pozostającego poza jakimikolwiek wątpliwościami porozumienia, wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy.”* (za wyrokiem KIO z 13.07.2021 r., sygn. akt: KIO 1171/20). W konsekwencji powyższego stanowiska, w ocenie Izby, brak jest także podstaw do wzywania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w spornym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec uwzględnienia pierwszego zarzutu, Izba uwzględniła także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, jako zasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła częściowo odwołanie o sygn. akt: KIO 908/21 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 924/21:

TELEKOMFORT DOMIN Sp. j. sformułowało w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- a) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Suntar z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, brak złożenia kompletnych wyjaśnień, bezpodstawne ponownie wezwanie wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w tym samym zakresie), ewentualnie brak wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, mimo że to wykonawcę obciąża ciężar wykazania tej okoliczności,
- b) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 924/21, Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie z 20.05.2021 r. Nadto, przywołuje stan faktyczny przytoczony do sprawy o sygn. akt: KIO 908/21. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

W tym zakresie Izba ponawia argumentację przedstawioną w zakresie pierwszego zarzutu w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21 uznając ją za adekwatną względem zarzutu pierwszego w odwołaniu o sygn. akt: KIO 924/21.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie drugiego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny. W tym zakresie Izba wskazuje na następujące okoliczności. Po pierwsze, w pierwotnym wyjaśnieniu z 16.02.2021 r. (I – wyjaśnienia) SUNTAR Sp. z o.o. nie zastrzegł załącznika, tj. kalkulacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W rezultacie późniejsze zastrzeżenia przy II - wyjaśnieniach jest, w ocenie Izby nieskuteczne (spóźnione), gdyż nie zostało skutecznie dokonane zastrzeżenie

tajemnicy przedsiębiorstwa przy pierwszej czynności Wykonawcy. Izba wskazuje za orzecznictwem: „Przepis art. 8 ust. 3 Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. (...)” (za wyrokiem KIO z 15.01.2020 r., sygn. akt: KIO 2616/19).

Po drugie, Wykonawca nie wykazał wszystkich trzech przesłanek pozwalających na uznanie że kalkulacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeśli bowiem uznać, że Wykonawca wskazał wartość gospodarczą tej kalkulacji, to w żaden sposób nie wykazał, że podjął w stosunku do niego niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na to, że jest u niego dokument określający politykę bezpieczeństwa w firmie, czy też kopii wyciągów umów z pracownikami zobowiązujących ich do zachowania poufności. Izba wskazuje za wyrokiem KIO z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18: „(...) zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego Wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia /okoliczność takich ograniczeń przywołana/ co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu – np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa – w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Albo złożony w ograniczonym zakresie – fragmentu, wyciągu, pierwsza strona, bez podania danych osobowych, z klauzulą poufności. Izba podnosi za wyrokiem KIO z 10.03.2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16: „Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Na konieczność wykazania jednoznacznie wskazywano w toku prac nad znowelizowaniem tego przepisu m.in. podczas prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych - plik wideo z 21.03.2014 r. - plik wideo z 10.VII.2014 r.”, czy też wyrokiem KIO z 01.06.2020 r., sygn. akt: KIO 477/20: „(...) zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże”. Izba także wskazuje, że wycenie podlegały określone elementy wskazane w OPZ, więc wątpliwe jest aby wiedza

składająca się na zastosowany sposób wyceny stanowiła dla Wykonawcy informacje o charakterze organizacyjnym. W żaden sposób nie zostało to wykazane, biorąc pod uwagę, że elementy konieczne do wyceny wynikały z OPZ i były powszechnie znane wszystkim Wykonawcom. Przykładowo od pkt 55 do 60 OPZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 924/21 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami). Jednocześnie w zakresie sprawy o sygn. akt: KIO 908/21 Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów w oparciu o § 7 ust. 5 wskazanego wyżej rozporządzenia. Uznając, że przemawia za tym rodzaj uwzględnionych zarzutów, ich waga, jak i sytuacja procesowa, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. Przede wszystkim uwzględnione zarzuty Odwołującemu Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne dają szansę na osiągnięcie celu wynikającego z wniesionego odwołania i przybliżają go do uzyskania zamówienia, tym samym Wykonawca eliminując Przystępującego z postępowania zaspokoił większość żądań podniesionych w odwołaniu. Izba uznała także wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 908/21 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 5 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba uznała również wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 924/21 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 5 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Izba, działając na podstawie art. 556 Pzp, wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 908/21, sygn. akt: KIO 924/21 orzeczenie łączne.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....