

sygn. akt: **KIO 854/21**

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2021 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Izba Administracji Skarbowej w Łodzi, Al. T. Kościuszki 83; 90-436 Łódź**, przy udziale wykonawcy **Enter T&T sp. z o.o., ul. Plac Andersa 7; 61-894 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Administracji Skarbowej w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą central telefonicznych dla Izby Administracji Skarbowej w Łodzi i podległych jednostek województwa łódzkiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 31 grudnia 2020 r., pod nr 777061-N-2020.

Dnia 11 marca 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 16 marca 2021 roku wykonawca Orange Polska S.A. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U, z 2020 r. poz. 1913 ze zm., dalej „ustawa znk”), a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp – poprzez:
 - a) zaniechanie ujawnienia i udostępnienia pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez Enter T&T w dn. 4.02.2021 r. pomimo, iż Enter T&T nie wykazał, iż zastrzeżone informacje 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, oraz że posiadają dla niego wartość gospodarczą,
 - b) uznanie, że informacje zawarte we wskazanych w pkt 1 lit. a) oświadczeniach i dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Enter T&T pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy,
 - c) prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą jawności i przejrzystości oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać zweryfikowana przez odwołującego pod kątem wykazania przez Enter T&T, iż nie zaferował rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, z uwagi na nieujawnienie i nieudostępnienie odwołującemu w całości treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny złożonych

w postępowaniu przez Enter T&T, tj. pisma Enter T&T z dn. 4.02.2021 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, z dn. 29.01.2021 r., pomimo że Enter T&T nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, co stanowi również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Enter T&T z uwagi na fakt, iż oferta Enter T&T jest niezgodna z przepisami ustawy i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Enter T&T, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na fakt zaoferowania przez Enter T&T świadczenia usługi w lokalizacji Urząd Skarbowy w Bełchatowie ul. Piłsudskiego 18 (97-400 Bełchatów) ilości i typu łączny / kanałów miejskich w liczbie 9 PSTN, podczas gdy zamawiający wymagał dla wskazanej lokalizacji 10 linii POTS,

a ponadto z ostrożności procesowej, w przypadku gdy Krajowa Izba Odwoławcza uzna, iż termin wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej biegnie od dnia zawiadomienia przez zamawiającego o dokonaniu tej czynności, bez względu na fakt nieujawnienia i niedostępnięcia odwołującemu pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny złożonych w postępowaniu przez wykonawcę Enter T&T, tj. pisma Enter T&T z dn. 4.02.2021 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, z dn. 29.01.2021 r., niezbędnych do zbadania i oceny oferty Enter T&T pod kątem zaistnienia podstaw odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp:

3. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez:
 - a) niewłaściwą ocenę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, udzielonych przez wykonawcę Enter T&T, i uznanie, że wyjaśnienia te wraz ze złożonymi dowodami są wystarczające do wykazania, że wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Enter T&T z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - b) zaniechanie odrzucenia oferty Enter T&T jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a to z powodu nieuwzględniania bądź zaniżenia niezbędnych kosztów świadczenia usług dotyczących zapewnienia infrastruktury telekomunikacyjnej w lokalizacjach zamawiającego (zbudowania bądź wydzierżawienia) niezbędnej do należytego

świadczenia usług w sytuacji, gdy Enter T&T nie posiada w lokalizacjach zamawiającego własnej infrastruktury.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty wykonawcy Enter T&T na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu zaoferowania niezgodnej z żądaniem zamawiającego (mniejszej) liczby linii POTS w lokalizacji Urząd Skarbowy w Belchatowie ul. Piłsudskiego 18,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Enter T&T na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi, iż oferta ta jest niezgodna z ustawą, oraz że jej złożenie z uwagi na niezasadne zastrzeżenie tajemnicy informacji jej dotyczących stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. przeprowadzenia ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych.

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę żądania zawartego w pkt 3, nakazanie Zamawiającemu:

5. odtajnienia i udostępnienia pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny złożonych w postępowaniu przez Urząd Skarbowy w Belchatowie ul. Piłsudskiego 18, tj. pisma Enter T&T z dn. 4.02.2021 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, z dn. 29.01.2021 r.,

a nadto ewentualnie w przypadku, gdy Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględni zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia i udostępnienia odwołującemu pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny złożonych w postępowaniu przez Enter T&T, tj. pisma Enter T&T z dn. 4.02.2021 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp z dn. 29.01.2021 r.:

6. odrzucenia oferty Enter T&T na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
7. przeprowadzenia ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zaniechanie udostępnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i co, do których wykonawca Enter T&T Sp. z o.o. (dalej Enter T&T), którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie spełnił obowiązku wykazania, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, uniemożliwia odwołującemu weryfikację prawidłowości oceny oferty ww. wykonawcy

z wymaganiami zamawiającego oraz przepisami ustawy Pzp. Nadto, zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Enter T&T pomimo tego, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty tego wykonawcy. W przypadku zgodnego z przepisami ustawy Pzp działania zamawiającego, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co umożliwiłoby odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym odwołujący może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego.

Zarzut nr 1. Odwołujący, przechodząc do złożonego przez Enter T&T uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny (obejmującego niecałe dwie strony), podkreślił, iż Enter T&T ograniczył się jedynie do poinformowania zamawiającego, że wyjaśnienia mają wartość gospodarczą, zawierają bowiem informacje stanowiące know-how wykonawcy w zakresie przygotowania ofert. Wykonawca zastrzegający określone informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać zamawiającemu m.in., że dane informacje (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra, jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona, jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny. Enter T&T takiej obiektywnej wartości nie wykazał poprzestając na ogólnych stwierdzeniach. Nadto, wbrew twierdzeniom Enter T&T, iż tekst wyjaśnień jest skondensowany i istotne informacje o strategii firmy obrazujące jej działalność na rynku pojawiają się w różnych jego częściach, przez co nie jest możliwe ujawnienie fragmentu wyjaśnień bez zdradzania treści poufnych, sam wykonawca w swoim piśmie do zamawiającego z dn. 18.02.2021 r. ujawnił część informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących ceny. Odpowiadając na dodatkowe wezwanie zamawiającego, dokonane w trybie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp, Enter T&T ujawnił informacje dotyczące okoliczności mających wpływ na cenę, tj. brak korzystania przy realizacji zamówienia z usług hurtowego dostępu do usług telekomunikacyjnych sieci Orange. Odwołujący wskazał, iż brzmienie art. 11 ust. 2 ustawy znk wskazuje, że ocena, czy

wykonawca podjął odpowiednie działania mające na celu utrzymanie określonych informacji w poufności powinna być dokonywana przez pryzmat wymaganej od wykonawcy należytej staranności. Odpowiedni poziom tej staranności powinien być oceniany z uwzględnieniem przede wszystkim sytuacji określonego wykonawcy, w szczególności formy i skali prowadzonej przez niego działalności, specyfiki rynku i charakteru zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji. Zamawiający zobligowany jest do zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może przy tym polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, co do spełnienia wymaganych przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy znk, ale powinien samodzielnie przeprowadzić ocenę zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to może stać się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający, po przeprowadzeniu stosownego badania, dochowując należytej staranności, pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy znk. W przeciwnym razie – jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dn. 4.08.2015 r., sygn. akt I OSK 1639/14 – o dostępie do informacji publicznej, ujmując rzecz w pewnym uproszczeniu, decydowałby sam wykonawca.

Zamawiający, dokonując badania zasadności utajnienia części oferty, powinien rozważyć, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje – mogące mieć charakter poufny – faktycznie posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania, ograniczając tym samym innym wykonawcom zapewnienie ochrony prawnej (za wyrokiem Sądu Najwyższego z dn. 3.10.2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 oraz wyrokiem Sądu Najwyższego z dn. 5.09.2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00). Konieczne jest także zweryfikowanie, czy wykonawca wykazał występowanie wszystkich przesłanek pozwalających na objęcie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie przeprowadził badania i oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Enter T&T zgodnie z wyżej opisanymi zasadami.

Odwołujący ponadto podniósł, iż zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez zamawiającego takiego zastrzeżenia, z jednej strony stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, a także może stanowić naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (tak w wyroku Izby z dn. 26.02.2019 r. sygn. KIO 260/19).

Zarzut nr 2. Odwołujący wskazał, iż wykonawca Enter T&T w złożonej ofercie zaoferował świadczenie usług telekomunikacyjnych w lokalizacji Urząd Skarbowy w Bełchatowie ul. Piłsudskiego 18 (97-400 Bełchatów) w liczbie 9 łączy PSTN, podczas gdy zamawiający dla tej lokalizacji wymagał liczby 10 łączy. Odwołujący zwrócił uwagę, że wymagana przez zamawiającego liczba 10 łączy (POTS) wprowadzona została na skutek modyfikacji treści s.i.w.z. przez zamawiającego, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak też wzoru formularza oferty. Enter T&T, składając ofertę, nie uwzględnił zmienionych wymagań zamawiającego. Błąd ten nie może zostać konwalidowany ani na skutek wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę, ani też poprzez dokonanie poprawienia treści oferty wykonawcy przez zamawiającego. Jakakolwiek zmiana treści oświadczenia Enter T&T stanowiłaby bowiem niedozwoloną ingerencję w treść oferty, niedopuszczalna po upływie terminu składania ofert. Niezgodności treści oferty Enter T&T z treścią siwz polegającej na zaoferowaniu świadczenia usługi za pomocą niewystarczającej liczby łączy nie może usunąć wyjaśnienie wykonawcy udzielone w piśmie z dn. 16.02.2021 r. Enter T&T wskazał, że zaoferował urządzenie do dzierżawy central telefonicznych – Slican NCP, które obsługuje zarówno 9, jak i 10 linii analogowych, a centrala posiada możliwość obsługi do 12 linii PSTN w zależności od konfiguracji oraz zastosowanych modułów - kart. Zdaniem Enter T&T zaoferowanie urządzenia mającego możliwość obsługi większej liczby linii analogowych „naprawia” błąd w postaci zaoferowania świadczenia usługi na 9 – a nie a 10 – liniach (łączach). Stanowisko to jest oczywiście niezasadne. Po pierwsze, zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny określił liczbę łączy, na których ma być świadczona usługa. Po drugie, zaoferowanie urządzenia mającego możliwość obsługi większej liczby łączy nie zmienia oświadczenia Enter T&T, że w lokalizacji Urząd Skarbowy w Bełchatowie będzie świadczył usługę tylko na 9 łączach PSTN. Po trzecie, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telefonii stacjonarnej w sposób wymagany przez zamawiającego, a nie dostawa urządzeń. Podsumowując, zaoferowanie urządzenia dającego możliwość obsługi do 12 linii PSTN w zależności od konfiguracji oraz zastosowanych modułów – kart, nie ma wpływ na oświadczenie Enter T&T zawarte w ofercie, że będzie świadczył usługę na 9 łączach. Potwierdzenie faktu, że Enter T&T oferuje świadczenie usług na 9 łączach PSTN – a nie na 10 żądanych przez zamawiającego – zawarte jest wprost w treści wyjaśnień udzielanych przez Enter T&T w piśmie z dn. 16.02.2021 r.

Zarzut 3 (ewentualny). Sformułowany zarzut, wobec braku możliwości zapoznają się przez odwołującego z wyjaśnieniami udzielonymi przez wykonawcę Enter T&T dotyczącymi wyliczenia ceny, oparty jest na porównaniu warunków, kosztów i cen dotyczących przedmiotowego zamówienia oraz treści wyjaśnień Enter T&T udzielonych w piśmie z dn. 18.02.2021 r. pkt II (strona 2 i 3 pisma). Odwołujący wskazał, iż wykonawca Enter T&T

zaoferował tę samą cenę abonamentu za świadczenie usług telekomunikacyjnych dla wszystkich lokalizacji zamawiającego, bez względu na charakterystykę tych lokalizacji (ilość i typ łączy, ilość wewnętrznych portów systemowych, ilość analogowych portów wewnętrznych). Każda z lokalizacji posiada odmienną konfigurację usług – co zostało pominięte przez Enter T&T przy kalkulacji ceny oferty. Faktem oczywistym i niezaprzeczalnym jest, że cena 180 zł brutto miesięcznie za 70 łączy POTS jest kwotą niewystarczającą do pokrycia kosztów utrzymania choćby tylko sieci telekomunikacyjnej, gdyż podzielenie kwoty miesięcznego abonamentu przez ilość usług daje wartość 0,39 zł brutto całkowitego miesięcznego przychodu za jedną linię PSTN. W kwocie 0,39 zł brutto znajdują się koszty utrzymania łączy i marża wykonawcy. Okoliczność powyższa wzbudziła wątpliwości zamawiającego w zakresie oferowanej przez Enter T&T ceny. Z treści drugiego wezwania zamawiającego z dn. 15.02.2021 r. dokonanego na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp, wynika, że w złożonych uprzednio przez Enter T&T wyjaśnień dotyczących ceny oferty (pismo wykonawcy z dn. 04.02.2021 r.) brak było wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny opłaty abonamentowej dla poszczególnych jednostek, w tym złożenia dowodów potwierdzających koszt wynajmu/dzierżawy infrastruktury, z której wykonawca zamierza korzystać przy realizacji przedmiotowego zamówienia, będącego istotnym elementem składowym opłaty abonamentowej. Odwołujący podkreślił, że wykonawca Enter T&T nie posiada własnej infrastruktury w lokalizacjach zamawiającego, na której może świadczyć usługę będącą przedmiotem zamówienia. Aby możliwe było przez Enter T&T świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia niezaprzeczalna jest konieczność wybudowania własnej infrastruktury lub wydzierżawienia takiej infrastruktury od operatora, który posiada sieć w lokalizacjach zamawiającego. A skoro tak, istotnym kosztem związanym z realizacją zamówienia jest koszt wybudowania lub wydzierżawienia infrastruktury telekomunikacyjnej. Wykonawca Enter T&T oświadczył w wyjaśnieniach udzielonych w piśmie z dn. 18.02.2021 r., że realizacja zamówienia odbywać się będzie drogą radiową, poprzez doprowadzenie kablem optotelekomunikacyjnym oraz poprzez doprowadzenie kablem telekomunikacyjnym o żyłach miedzianych. Jeżeli przedstawione założenie nie odpowiada faktycznemu sposobowi realizacji usług będących przedmiotem zamówienia przez Enter T&T, wykonawca ten winien przedstawić w udzielonych w dn. 4.02.2021 r. wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty informacje i dowody potwierdzające faktyczne koszty świadczenia usługi we wskazany sposób. Dodowem potwierdzającym realność kosztów może być umowa z właścicielem sieci telekomunikacyjnej, z której korzystać będzie Enter T&T, ewentualnie umowy lub oferty potwierdzające koszty doprowadzenia kabli optotelekomunikacyjnych oraz kabli telekomunikacyjnych o żyłach miedzianych. Koszt związany z zapewnieniem infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług nie został przez Enter T&T opisany ani w wyjaśnieniach z dn.

04.02.2021 r. – co wynika wprost z drugiego wezwania zamawiającego z dn. 15.02.2021 r., ani też w wyjaśnieniach z dn. 18.02.2021 r. W tym drugim piśmie Enter T&T ograniczył się do stwierdzenia, że przy realizacji przedmiotowego zamówienia nie zamierza korzystać z usług hurtowego dostępu do usług telekomunikacyjnych sieci Orange. Enter T&T nie złożył wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny opłaty abonamentowej dla poszczególnych jednostek, w tym nie złożył dowodów potwierdzających koszt zapewnienia infrastruktury, wchodząc jedynie w polemikę z zamawiającym co do zasadności wezwania.

Odwołujący z ostrożności wskazał, że gdyby w jakimkolwiek stopniu wyjaśnienie Enter T&T dotyczące kosztów związanych z zapewnieniem infrastruktury telekomunikacyjnej oraz wskazania zysku uzyskanego z realizacji zamówienia oparte zostało przez Enter T&T na wkalkulowaniu części kosztów w opłatę za taryfikowane oddzielnie połączenia telefoniczne, to kalkulacja taka jest nierzetelna z uwagi na zastrzeżenie w s.i.w.z. braku gwarancji wielkości ruchu określonego przez zamawiającego na potrzeby obliczenia ceny (formularz cenowy). Enter T&T, na podstawie opisu przedmiotu zamówienia nie jest w stanie przewidzieć na potrzeby rzetelnej kalkulacji ceny oferty, jaki faktycznie miesięcznie ruch zostanie wygenerowany przez zamawiającego w czasie realizacji zamówienia. Skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień, co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest - w świetle przywołanych przepisów ustawy - obowiązek odrzucenia oferty. Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający dwukrotnie wezwał wykonawcę Enter T&T do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny: pismem z dn. 29.01.2021 r. oraz pismem z dn. 15.02.2021 r. Przy tym z treści drugiego wezwania (z dn. 15.02.2021 r.) wynika, że pierwotnie udzielone przez Enter T&T wyjaśnienia nie zawierały informacji dotyczących wyliczenia ceny opłaty abonamentowej dla poszczególnych jednostek, w tym złożenia dowodów potwierdzających koszt zapewnienia infrastruktury, z której wykonawca zamierza korzystać przy realizacji zamówienia. Odnosząc się do powyższego odwołujący podkreślił, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego

usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień, czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę - na pierwsze wezwanie (za wyrokiem KIO z dn. 4.08.2020 r. sygn. KIO 1461/20). Tymczasem, jak wynika z drugiego wezwania zamawiającego z dn. 15.02.2021 r., pierwotne wyjaśnienia dotyczące ceny złożone przez Enter T&T nie obejmowały wyliczenia cen opłaty abonamentowej. Zasadne wydaje się w tych okolicznościach zakwestionowanie możliwości złożenia przez Enter T&T wyjaśnień uzupełniających. Niezależnie jednak od oceny dopuszczalności drugiego wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny, wykonawca Enter T&T w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dn. 15.02.2021 r. w ogóle nie złożył wyjaśnień. Już tylko sam ten fakt aktualizuje przesłankę odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten obejmuje również sytuację określoną w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca 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. W przypadku art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaferowania rażąco niskiej ceny. Użyte w tym przepisie sformułowanie „odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień” oznacza również sytuację, gdy wykonawca składa wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. W wyroku z dn. 24.11.2017 r. sygn. KIO 2380/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przedstawione przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia i dowody podlegają więc ocenie zamawiającego, który następnie dokonuje odpowiednich czynności, tj. przyjmuje bądź odrzuca ofertę. Stąd też istotnym jest, aby wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące zaferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania, w jakich ta kalkulacja była dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji, a także inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaferowanej ceny. Informacje, o których mowa, zamawiający uzyskuje od wykonawcy, do którego kierowane jest wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Skoro więc źródłem informacji są wyjaśnienia wykonawcy i to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien też załączyć do wyjaśnień stosowne dowody.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Enter T&T sp. z o.o. (dalej „przystępujący”), który przed otwarciem posiedzenia złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba podzieliła argumentację przedstawioną ustnie do protokołu przez zamawiającego oraz pisemnie oraz ustnie do protokołu przez przystępującego.

Zarzut nr 1 – TP - art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U, z 2020 r. poz. 1913 ze zm., dalej „ustawa znk”), a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny. Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, 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. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa – zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy znk – rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący dokonał zastrzeżenia informacji w chwili ich przekazania oraz podał okoliczności, które w Jego ocenie pozwalały na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa (TP) treści składanych wyjaśnień.

Przystępujący w swoich zastrzeżeniach podał, iż „Niniejszym oświadczamy, że przedmiotowe wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że zawierają informacje dotyczące: poziomu wynagrodzeń, przyjętych marż handlowych, poziomu cen jednostkowych za poszczególne materiały i produkty oraz zakresu współpracy z innymi podmiotami, szczególną informację o metodologii realizacji usługi, tj. informacje chronione w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. [...] Wykonawca zastrzega, że wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wraz z załącznikiem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Zgodnie z wyżej wskazanym przepisem „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”. Wynika z tego, że za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać określoną informację (wiadomość), jeżeli łącznie spełnia trzy warunki:

- informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny o wartości gospodarczej; nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do tej informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wykonawca wskazuje, że całość wyjaśnień dot. elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wraz z załącznikami należy traktować, jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Przekazano wiele informacji wskazujących na sposób ustalenia ceny, poziom cen jednostkowych, oraz metodykę pracy Wykonawcy. Konkurencyjny wykonawca mógłby uzyskać wiedzę na temat kształtowania relacji kosztów dostaw do przychodu, stosowanych stawek, innymi słowy do wypracowanej przez lata strategii kształtowania oferty na tożsamym rynku, co bez wątplenia można zaliczyć do tzw. know-how wykonawcy. Sposób wyceny i szacowanie tego rodzaju usług jest możliwe dzięki wiedzy i doświadczeniu Wykonawcy i stanowi o jego pozycji na rynku i nie może być ujawniane osobom trzecim. Pozwala mu to na kształtowanie atrakcyjnych cenowo ofert dla rynku publicznego. W konsekwencji należy podkreślić, że przedstawione w niniejszym piśmie informacje mają wartość gospodarczą, zawierają bowiem informacje stanowiące know-how przedsiębiorcy w zakresie przygotowywania ofert, które wykonawca uzyskał w toku swojej działalności na specyficznym rynku dostaw wyposażenia wojskowego. Ujawnienie zastrzeżonych informacji dałoby konkurencyjnym podmiotom przewagę rynkową z uwagi na możliwość zweryfikowania i oceny poprawności swojego własnego podejścia do kalkulacji ofert z uwzględnieniem wiedzy na temat sposobu działania Wykonawcy, co utrudniłoby wykonawcy uzyskanie zamówień w przyszłości. Tekst wyjaśnień jest skondensowany

i istotne informacje o strategii firmy obrazujące jej działalność na rynku pojawiają się w różnych jego częściach, przez co nie jest możliwe ujawnienie fragmentu wyjaśnień bez zdradzania treści poufnych. W tym kontekście warto też podkreślić, iż zasadność zastrzeżenia informacji dotyczących kalkulacji ceny, przedstawianych w ramach wyjaśnień dokonywanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzona została przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej "KIO") m.in. w wyroku z dnia 7 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 523/14) gdzie wskazane zostało, iż „(...) sposób kalkulacji ceny, a przede wszystkim kosztów osobowych, (...) można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji”. Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że spełnione są wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje podane w wyjaśnieniach nie zostały w żaden sposób ujawnione do informacji publicznej. Wykonawca nie informował w oficjalny lub nieoficjalny sposób żadnych podmiotów o sposobie ukształtowania oferty dla niniejszego postępowania. Oferta jest znana jedynie ograniczonej grupie osób. Wykonawca podjął niezbędne, rozsądne i konieczne w danych okolicznościach - działania w celu zachowania tych informacji w poufności. W szczególności zobowiązał wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty do zachowania poufności w tym względzie. Należy dodać, że Wykonawca ściśle kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do informacji dotyczących oferty w postępowaniu przetargowym. Żadne informacje ofertowe zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są udostępniane osobom nieupoważnionym tj. niez zaangażowanym przy konkretnym projekcie, w tym pracownikom Wykonawcy. Ponadto Wykonawca stosuje klauzule poufności w umowach z pracownikami, jak i z osobami współpracującymi. Informacje podane w niniejszym piśmie mają wartość gospodarczą oraz dotyczą w szczególności organizacyjnych aspektów działania przedsiębiorstwa. Ujawnienie ich przyniosłoby znaczną szkodę, gdyż ujawniłyby kluczowe informacje o działalności konkurencyjnym podmiotom, co zostało wyżej szerzej uzasadnione. Zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje należy traktować, jako jedną całość i nie mogą być one wybiórczo wyciągane z kontekstu. Takie postępowanie może bowiem doprowadzić do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Żadne z informacji zawartych w niniejszych wyjaśnieniach nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i jako całość są w dalszym ciągu chronione przez wykonawcę. Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.”.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przystępujący w myśl przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne było objęcie ich treści walorem tajemnicy przedsiębiorstwa. Podnieść należy, że odwołujący poza ogólnymi twierdzeniami nie powołał się na żadne dowody, które potwierdzałyby okoliczności podnoszone w odwołaniu. Odwołujący nie udowodnił,

że zastrzeżone przez przystępującego informacje nie posiadają wartości gospodarczej. Odwołujący nie wykazał, ale również nie próbował wykazać, że zastrzeżone przez przystępującego informacje są powszechnie dostępne z innych źródeł. Izba wskazuje, że każdy z wykonawców, który decyduje się na zastrzeżenie pewnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w sposób zindywidualizowany, właściwy temu wykonawcy ma obowiązek wykazać zamawiającemu, że zastrzeżenie takie znajduje podstawy prawne, a okoliczności dają się w prosty sposób ustalić. Dlatego też oceniając zastrzeżenie należy uwzględnić wszystkie okoliczności właściwe danemu wykonawcy. Nie ma bowiem jednego, uniwersalnego wzorca dającego się przypisać wszystkim wykonawcom w jednakowy sposób. Może się bowiem okazać, że w jednym przypadku konieczne będzie powołanie licznych dowodów, w innym zaś przypadku wystarczy samo wyjaśnienie. Istotne jest, aby wykonawca sprostął dyspozycji omawianego przepisu, tj. wykazał, że zastrzeżenie jest zasadne. W przedmiotowym postępowaniu przystępujący sprostął temu ciężarowi i wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia.

Zarzut nr 2 – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący postawił zarzut w oparciu o okoliczność, iż przystępujący w treści oferty, w załączniku nr 6 (dla punktu w Bełchatowie) podał 9 zamiast 10 linii. W okolicznościach przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż zamawiający dostrzegł powyższą rozbieżność pomiędzy wymaganiami s.i.w.z. a treścią oferty i zdecydował się na jej wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący podał, że *„Wykonawca – Enter T&T sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 12 lutego 2021 r. zawierające wezwanie do udzielenia wyjaśnień – zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - dotyczących treści złożonej oferty informuje, że oferta spełnia wymagania zamawiającego zawarte w SIWZ. W punkcie 6 Formularza ofertowy wykonawca zaoferował urządzenie do dzierżawy central telefonicznych - Slican NCP, które spełnia wymagania w zakresie obsługi zarówno 9, jak i 10 linii analogowych. Ze względu na określone przez producenta Slican parametry techniczne urządzenia NCP, centrala zaoferowana w niniejszym postępowaniu posiada możliwość obsługi do 12 linii PSTN (w zależności od konfiguracji oraz zastosowanych modułów – kart). Oznacza to, że bez znaczenia dla dokonania oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ jest określenie przez wykonawcę w tabeli (poz. 6 Oferty) ilości linii PSTN na poziomie 9 linii. W związku z tym, wykonawca wyjaśnia – odpowiadając na pytanie zamawiającego „w jaki sposób Wykonawca będzie realizował usługę w Urzędzie Skarbowym w Bełchatowie oferując centralę telefoniczną z ilością PSTN 9 sztuk zamiast wymaganych 10 sztuk”: usługa realizowana będzie za pomocą zaoferowanego urządzenia Slican NCP, które zostało wskazane w tabeli*

dla poz. Urząd Skarbowy w Bełchatowie. Przedmiotowe urządzenie obsługuje do 12 linii PSTN – co wynika ze specyfikacji tego urządzenia.”.

Z treści udzielonych wyjaśnień oraz w wyniku przeprowadzonej rozprawy, Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty przystępującego z treścią s.i.w.z. Pomimo stwierdzonej i niekwestionowanej omyłki w ofercie przystępującego, co najwyżej uznać można, że oferta obarczona jest inną omyłką dająca się sanować (poprawić) w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej (omyłki) poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w ofercie. Okoliczność powyższa wynika z faktu, że zgodnie z treścią s.i.w.z. zamawiający wymagał wyceny realizowanych usług telekomunikacyjnych dla każdej z lokalizacji poprzez wskazanie ceny miesięcznego abonamentu (vide Formularz Cenowy - załącznik nr 3 do s.i.w.z.). Wbrew twierdzeniom odwołującego w ramach przedmiotu zamówienia wchodzi również dostawa urządzeń. Na ten aspekt zwraca uwagę tytuł postępowania - Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą central telefonicznych dla Izby Administracji Skarbowej w Łodzi i podległych jednostek województwa łódzkiego. W zakresie dzierżawy urządzeń zamawiający wymagał wypełnienia tabeli zawartej w pkt 6 Formularza Ofertowego - parametry techniczne oferowanych urządzeń do dzierżawy. W punkcie 6 Formularza ofertowego przystępujący zaoferował urządzenie do dzierżawy central telefonicznych - Slican NCP, które spełnia wymagania w zakresie obsługi zarówno 9, jak i 10 linii analogowych. Ze względu na określone przez producenta Slican parametry techniczne urządzenia NCP, centrala zaoferowana w niniejszym postępowaniu posiada możliwość obsługi do 12 linii PSTN (w zależności od konfiguracji oraz zastosowanych modułów – kart).

Izba wskazuje, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. ustalana być musi przez zamawiającego w oparciu o całokształt informacji będących w posiadaniu przez zamawiającego, tj. tych wynikających bezpośrednio z treści oferty oraz ewentualnych wyjaśnień składanych przez wykonawcę. Należy podkreślić, że Izba za niedopuszczalne uznaje sytuację, w której treść oferty zostaje uzupełniana wyjaśnieniami. Wyjaśnienia mają za zadanie jedynie wskazanie elementów oferty, które potwierdzają jej zgodność z treścią s.i.w.z., oczywiście w przypadku, gdy takich okoliczności nie daje się ustalić samodzielnie i bezpośrednio.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, że przystępujący oferując określony model urządzenia potwierdził wymagania zamawiającego dotyczące parametru liczby linii.

Zarzut nr 3 (ewentualny) – art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż „Wykonawca Enter T&T zaoferował tę samą cenę abonamentu za świadczenie usług telekomunikacyjnych dla wszystkich lokalizacji Zamawiającego, bez

względu na charakterystykę tych lokalizacji (ilość i typ łączy, ilość wewnętrznych portów systemowych, ilość analogowych portów wewnętrznych). Każda z lokalizacji posiada odmienną konfigurację usług – co zostało pominięte przez Enter T&T przy kalkulacji ceny oferty. Faktem oczywistym i niezaprzeczalnym jest, że cena 180 zł brutto miesięcznie za 70 łączy POTS jest kwotą niewystarczającą do pokrycia kosztów utrzymania choćby tylko sieci telekomunikacyjnej, gdyż podzielenie kwoty miesięcznego abonamentu przez ilość usług daje wartość 0,39 zł brutto całkowitego miesięcznego przychodu za jedną linię PSTN. W kwocie 0,39 zł brutto znajdują się koszty utrzymania łączy i marża wykonawcy.” oraz „Koszt związany z zapewnieniem infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług nie został przez Enter T&T opisany ani w wyjaśnieniach z dn. 04.02.2021 r. – co wynika wprost z drugiego wezwania Zamawiającego z dn. 15.02.2021 r., ani też w wyjaśnieniach z dn. 18.02.2021 r. W tym drugim piśmie Enter T&T ograniczył się do stwierdzenia, że przy realizacji przedmiotowego zamówienia nie zamierza korzystać z usług hurtowego dostępu do usług telekomunikacyjnych sieci Orange. Enter T&T nie złożył wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny opłaty abonamentowej dla poszczególnych jednostek, w tym nie złożył dowodów potwierdzających koszt zapewnienia infrastruktury, wchodząc jedynie w polemikę z Zamawiającym co do zasadności wezwania.”.

Odwołujący, ponad argumentację wskazaną w odwołaniu, na rozprawie podniósł, iż w jego ocenie, w przypadku rezygnacji z realizacji zamówienia dla jednego z punktów o małej liczbie linii, koszt abonamentu z punktu o dużej liczbie linii nie będzie w stanie pokryć kosztów, jakie dany punkt będzie generował.

W powyższym zakresie stwierdzić należało, że zamawiający w rozdziale XV s.i.w.z. (Sposób obliczania ceny) wskazał, iż „1. Wykonawca podaje cenę całkowitą wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze wskazaniem formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ). 2. Cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej S.I.W.Z. oraz obejmować wszelkie niezbędne koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na cenę przedmiotu zamówienia. 3. Cena oferty musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym koszty utrzymania łączy oraz dzierżawy urządzeń wymaganych oraz uwzględnia wszystkie opłaty, podatki (w tym podatek od towarów i usług VAT) i opusty, jakie wykonawca stosuje.”.

Powyższe unormowania, w sposób oczywisty wskazują, iż brak jest podstaw do uznania zarzutów za zasadne, albowiem skoro wykonawcy mieli obowiązek ukształtowania ceny ofertowej obejmującej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia - ogólnie, to sposób prezentacji tych kosztów w rozbiću, jakiego wymagał zamawiający, pozostaje bez znaczenia dla weryfikacji oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Powyższe stanowisko zostało

oparte o oświadczenie zamawiającego, który na rozprawie oświadczył, że rozbitcie abonamentów na poszczególne punkty świadczenia usług konieczne było ze względów finansowo-księgowych.

Jak słusznie wskazał przystępujący „Warto w tym miejscu podkreślić, że co do zasady podnosi się, że spośród dwóch punktów odniesienia, które w art. 90 ust. 1a Pzp przyjął ustawodawca, to średniej arytmetycznej przypisać należy kluczowe znaczenie i to właśnie porównanie do tej wartości daje realny obraz ceny oferty danego wykonawcy. Wynika to z tego, że inni wykonawcy szacują swoje koszty w analogicznych warunkach, uwzględniając przy tym okoliczności pozwalające obniżyć ostateczną wycenę. To z kolei nie dotyczy instytucji zamawiającej, która nie rywalizując z innymi podmiotami, oszacowuje wartość zamówienia, która niekoniecznie ma charakter konkurencyjny. Do analogicznych wniosków dochodzi Izba, np. w wyroku w sprawie o sygn. KIO 499/153 „w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług”. Tymczasem odniesienie ceny oferty Przystępującego do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert wskazuje, że samo odniesienie się do kwoty oszacowanej przez Zamawiającego nie daje odpowiedzi na pytanie o prawidłowość wyceny, bowiem wartość oferty Przystępującego jest niższa zaledwie o 11,07% od średniej arytmetycznej. Zatem to nie nadzwyczajne i nieuzasadnione zaniżenie ceny przez Przystępującego jest przyczyną różnic cenowych w relacji oferta Enter - wartość Zamawiającego, lecz oszacowanie przez Zamawiającego kwoty, która, jak widać w oparciu o kalkulacje ofertowe wykonawców, istotnie odbiega o rzeczywistej wartości rynkowej zamówienia. [...]. Nie mniej ewidentnie błędne określenie wartości zamówienia może pociągać za sobą konieczność zastosowania instytucji art. 90 ustawy Pzp, a co za tym idzie żądania od wykonawcy wyjaśnienia w zakresie kalkulacji swojej oferty – i to pomimo, że jego oferta zawiera cenę rynkową. Tym samym, ze względu na błąd zamawiającego wykonawca może zostać narażony na konieczność nieuzasadnionego wyjaśniania ceny swojej oferty. Rodzi to oczywiście dalsze skutki w postaci przedmiotowego postępowania odwoławczego, gdzie odwołujący z góry zakłada tezę, że skoro zastosowano przepis art. 90 ustawy Pzp to tym samym istnieje domniemanie rażąco niskiej ceny. A tak w niniejszej sprawie nie jest. Przyjmując zatem powyższe wartości, które stanowią najpełniejszą wiedzę wskazującą na rynkową wycenę zleczanych usług przez wykonawców jako profesjonalnych podmiotów nie

może być mowa o rażąco niskiej cenie oferty złożonej przez Przystępującego. Przeciwnie uznać należy, że cena zaofferowana przez Przystępującego jest ceną idealnie wpisującą się w średnie ceny rynkowe. Nie sposób zatem zgodzić się z odwołującym, że błędna czynność zamawiającego może stanowić prawidłową przesłankę do dokonania oceny oferty odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę. Tym samym domaganie się przez odwołującego odrzucenia oferty Przystępującego należy uznać za niezasadne. [...]. Reasumując, skoro cena oferty Przystępującego była niższa o tylko 11% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert to tym samym nie ulega jakimkolwiek wątpliwości, że jest to cena rynkowa. A tym, samym zarzut Odwołującego o rażąco niskiej cenie należy uznać za chybiony.”.

Przepis art. 537 pkt 1 nPzp stanowi, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zgodnie z przepisem art. 535 nPzp, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Izba stwierdziła, że przepisy nPzp nie wyłączają obowiązku dowodowego po stronie odwołującego w przypadku, gdy zarzuty odwołania dotyczą oferty wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny. Jak wynika z ww. przepisów, wykonawca, którego oferta jest kwestionowana pod kątem rażąco niskiej ceny i który jest jednocześnie uczestnikiem postępowania odwoławczego winien udźwignąć ciężar dowodu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. I tak zazwyczaj jest, ponieważ wykonawca dowody przedstawia już na etapie składanych zamawiającemu wyjaśnień i w tym zakresie wystarczy, że wykonawca powoła do postępowania odwoławczego już wcześniej składane dowody (art. 537 pkt 1 nPzp).

Odwołujący natomiast, kwestionując prawidłowość ceny ofertowej, zobowiązany jest wykazać (udowodnić), że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę. Same oświadczenia i domniemania odwołującego nie mogą stanowić wystarczającego dowodu potwierdzającego zasadność stawianych zarzutów. Tym samym, wobec braku jakichkolwiek dowodów ze strony odwołującego, na potwierdzenie okoliczności podnoszonych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: