

Sygn. akt: KIO 1835/16

WYROK

z dnia 13 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2016 r. przez wykonawcę **T-Mobile S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Polkomtel Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odtajnienie treści pisma z dnia 8 września 2016 r., stanowiącego odpowiedź Polkomtel Sp. z o.o. na wezwanie do złożenia wyjaśnień.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T-Mobile S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa na rzecz T-Mobile S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych z akcesoriami oraz modemów transmisji danych z aktywnymi i skonfigurowanymi kartami SIM dla centrali GDDKiA i oddziałów GDDKiA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 lipca 2016 r. po nr 2016/S 128-230631.

W dniu 30 września 2016 r. Odwołujący - T- mobile Polska S.A. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezasadne uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa i odmowę udostępnienia Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień z dnia 8 września 2016 r. złożonych przez Polkomtel sp. z o.o.
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na podaniu w pozycjach Formularza „Jakość” nierealnych do spełnienia, zaniżonych wartości, w celu uzyskania większej liczby punktów.
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez niezasadne przyznanie punktów wykonawcy Polkomtel w kwestionowanych pozycjach i dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą;
4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. udostępnienia Odwołującemu pełnej treści odpowiedzi Polkomtel na wezwanie z dnia 8 września 2016 r.,
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
4. odrzucenia oferty Polkomtel,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący, wykazując zachowanie terminu, wymogów formalnych oraz interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia szkody, polegającej na nie uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, podniósł, że Zamawiający odmówił Odwołującemu dostępu do pełnej treści wyjaśnień udzielonych przez Polkomtel w zakresie treści złożonej oferty - zadeklarowanych czasów wykonania usług, z dnia 8 września 2016 r. Odmowa

udostępnienia tych informacji nie jest zasadna, gdyż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie zostały prawidłowo zastrzeżone. Udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień Polkomtel, ma istotne znaczenie dla uargumentowania zarzutów Odwołującego w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji, którego dopuścił się Polkomtel poprzez zaniżenie (podanie nierealnych) do wykonania czasów wykonania usług, jedynie po to, aby uzyskać lepszą ocenę punktową. Dostęp Odwołującego do złożonych wyjaśnień pozwoliłby mu na sformułowanie argumentacji bezpośrednio odnoszącej się na twierdzeniach przedstawionych przez Polkomtel, a nie tylko bazujących na ogólnej wiedzy Odwołującego w tym zakresie (jakkolwiek ona również jest wystarczająca, aby dostrzec, że zadeklarowane czasy wykonania usług zostały zaniżone).

Jako szczególny przypadek działania, zmierzającego przede wszystkim do utrudnienia innym wykonawcom skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego, jest utajnienie samego uzasadnienia przedstawionego przez Wykonawcę w celu wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, mimo iż one same nie zawierają lub zawierają w stopniu znikomym, jakiegokolwiek informacje, które mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku wyjaśnień złożonych przez Polkomtel, Odwołującemu nie udostępniono tej części wyjaśnień, w której Wykonawca uzasadnia i wykazuje poufny charakter przedstawianych w wyjaśnieniach z dnia 8 września 2016 r. informacji. Z dokumentacji postępowania wynika ponadto, że Polkomtel nie wykazał i nie udowodnił za pomocą załączonych dowodów, iż spełnia wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk, tj. iż podejmuje działania w celu zachowania poufności informacji, które stanowią dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień ani też do oferty nie załączono żadnych dowodów w tym zakresie. Złożone wraz z ofertą Polkomtel uzasadnienie, dotyczące zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty, odnosi się wyłącznie do utajnionego dokumentu listy podmiotów należących do grupy kapitałowej, zatem w żaden sposób (jakkolwiek w ocenie Odwołującego, również tutaj Polkomtel nie dopełnił obowiązku prawidłowego wykazania zasadności zastrzeżenia) nie może być odniesione do złożonych Zamawiającemu wyjaśnień z dnia 8.09.2016 r. Brak prawidłowego wykazania, iż Polkomtel zasadnie skorzystał z wyjątku od zasady określonej w art. 8 ust. 1 Pzp, uniemożliwia uznanie takiego zastrzeżenia za skuteczne i powinno skutkować ujawnieniem przez Zamawiającego niezasadnie zastrzeżonych informacji. Wobec brzmienia art. 8 ust. 3 Pzp, nie jest również dopuszczalne poprawienie czy też uzupełnienie raz złożonych wyjaśnień na późniejszym etapie, w szczególności - na etapie postępowania odwoławczego. Na poparcie swoich twierdzeń, Odwołujący powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Wskazał także, że przedstawione w piśmie z dnia 8 września informacje, które miały wyjaśnić, w jaki sposób wykonawca zaplanował zrealizowanie usługi w zadeklarowanym czasie i potwierdzić, że jest on realnie możliwy do spełnienia, nie dają się zaklasyfikować jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie mają istotnej wartości gospodarczej, gdyż długość wykonywania poszczególnych zleceń została ujawniona w formularzu „Jakość” do powszechnej wiadomości. Także treść złożonych wyjaśnień, zgodnie z wezwaniem, nie ujawnia żadnych informacji natury technicznej czy technologicznej. W zakresie organizacyjnym zaś, nie mogą być to informacje, które nie byłyby znane i wspólne wszystkim operatorom (wykorzystanie zasobów ludzkich, korzystanie z udogodnień związanych z wykorzystaniem narzędzi informatycznych). Do wyjaśnień, zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp. zostali wezwani wszyscy trzej wykonawcy (każdy w zakresie tych pozycji, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego) i jedynie Polkomtel zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia jako tajemnice przedsiębiorstwa.

Odnosnie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji i nieprawidłowej oceny punktowej, wskazał, że Zamawiający prawidłowo powziął wątpliwości w zakresie zadeklarowanych przez Polkomtel czasów wykonania usługi. Podniósł jednak, że odniesienie się bezpośrednio do treści wyjaśnień Polkomtel, nie jest możliwe na obecnym etapie, gdyż Zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał skuteczność zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zbudowanie pełnej argumentacji będzie możliwe dopiero w sytuacji, w której Izba rozpozna zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i nakaze udostępnienie Odwołującemu treści złożonych przez Polkomtel wyjaśnień, która podlegała zastrzeżeniu jedynie w celu utrudnienia Odwołującemu kwestionowania złożonej przez Polkomtel oferty. Odwołujący nie ma, w szczególności, możliwości zweryfikowania, czy opisany przez Polkomtel w wyjaśnieniach sposób świadczenia usługi jest zgodny z wymaganiami SIWZ.

Jednak już sama objętość złożonych wyjaśnień (Zamawiający wymagał odniesienia się aż do 7 pozycji Formularza ofertowego) wskazuje, że są one lakoniczne i ograniczają się do deklaracji Wykonawcy. Tak udzielone wyjaśnienia, które nie są przekonujące i nie powołują się na okoliczności właściwe tylko Polkomtel i pozwalające na uzyskanie czasów wykonania odbiegających od czasów zaoferowanych przez konkurentów, nie powinny zostać zaakceptowane przez Zamawiającego. Już sam rodzaj usług podlegających wykonaniu (usługi wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu) wskazuje, że nie są to czynności, które można wykonać w deklarowanym przez Polkomtel czasie 1 lub 2 godziny. Wątpliwości budzi też nieuwzględnienie przez Polkomtel skali zamówienia. Zamawiający wymagał podania czasów wykonania usług nie tylko pod warunkiem zlecenia usługi wyłącznie przez pojedynczego użytkownika (jednego numeru), ale w zakresie całości zamówienia, które

obejmowało ponad 3500 aktywacji w oddziałach Zamawiającego na terenie całego kraju. Należało zatem uwzględnić sytuacje, w których Wykonawca otrzyma do zrealizowania w jednym momencie większą ilość takich samych lub odrębnych zleceń. Taka ewentualność powinna być wzięta pod uwagę przez każdego operatora telefonii komórkowej, biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia i wskazane w nim informacje, co do rodzaju zamawianych usług i ilości aktywacji. Dodatkowo, doświadczenie Odwołującego, jako operatora obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego potwierdza, że w zakresie części usług - w tym również tych, co do których zadeklarowany czas wykonania przez Polkomtel wynosi 1 godzinę - zdarzały się w przeciągu chociażby ostatnich 3 miesięcy świadczenia usługi, sytuacje w których jednego dnia zlecana była aktywacja ponad 100 usług jednocześnie. Gwarantowany przez Wykonawcę czas ich wykonania powinien odnosić się wówczas do każdego ze zleceń, bez możliwości przekroczenia ze względu na ilość jednoczesnych zgłoszeń. Ponadto, odpowiedź udzieloną na pytanie nr 8, w wyjaśnieniach SIWZ z dnia 2 sierpnia 2016 r., w której Zamawiający zastrzegł, iż Wykonawca zobowiązany jest do wpisania w Formularzu „Jakość”, czasów wykonania danej usługi, przy jej realizacji bez użycia aplikacji udostępnianej Zamawiającemu.

Zastrzeżenia Odwołującego budzi czas 1 godziny wskazany przez Polkomtel w celu wykonania usługi „potwierdzenie salda abonenckiego”. Termin „potwierdzenie salda”, ma swoje ustalone znaczenie (m.in. posługuje się tym terminem ustawa o rachunkowości z dnia 29 września 1994 r., tj. z dnia 22 czerwca 2016 r.; Dz. U. z 2016 r. poz. 1047) i dotyczy procedury potwierdzania sald pomiędzy kontrahentami w celu ustalenia wzajemnych zobowiązań i należności. Jest to procedura przeprowadzana przez działy finansowo-księgowe kontrahentów, która ma istotne znaczenie jako jedna z dopuszczalnych metod inwentaryzacji. Ponieważ jest to procedura o istotnym znaczeniu dla wzajemnych rozliczeń oraz rozliczeń podatkowych, odróżnia się procedurę potwierdzenia salda od zwykłego „poinformowania o stanie konta” czy „poinformowania o saldzie”, które wykonywane jest przez zwykłego konsultanta, bez pisemnego potwierdzenia uprawnionej osoby w dziale księgowym operatora.

W konkluzji, Odwołujący wskazał, że podanie przez Polkomtel zaniżonych czasów realizacji, które stanowią kryterium oceny ofert i mają wpływ na wynik postępowania (uzyskanie przez Polkomtel punktów w zakresie kwestionowanych podkryteriów przesądziło o wyborze jego oferty; przyznanie 0 pkt za przedmiotowe podkryteria powoduje, iż oferta Odwołującego uzyskuje najwyższą ilość punktów), stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zadeklarowanie zaniżonych, nierealnych czasów wykonania usług, stanowi działanie zarówno na szkodę Zamawiającego, jak i Odwołującego. Stanowi to naruszenie nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, ale również prowadzi do naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, gdyż w rezultacie,

oferta wybrana nie jest ofertą najkorzystniejszą - zarówno pod względem ceny, jak i pozostałych kryteriów oceny.

Tym samym, złożenie oferty Polkomtel wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jest to działanie sprzeczne z prawem i naruszające dobre obyczaje. W jego wyniku, naruszony zostaje zarówno interes Zamawiającego, który dokonuje wyboru oferty nie najkorzystniejszej ekonomicznie i nie odpowiadającej ustalonym kryteriom oceny ofert, jak również - interes Odwołującego, który pomimo iż złożył rzetelną ofertę, wskutek manipulacji Polkomtel został w praktyce pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W rozdz. 15 SIWZ Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert: cena - 80 pkt, jakość – 20 pkt. W ramach kryterium „Jakość” zamawiający wskazał, iż oceniany będzie czas realizacji poszczególnych usług, liczony od momentu złożenia wniosku przez Zamawiającego i podał:

1. aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSISDN (w godz.) - 5 pkt
2. zmiana numeru telefonu (w godz.) - 5 pkt
3. aktywacja usług dodatkowych dla konta abonenckiego (w godz.) - 5 pkt
4. wystawienie duplikatów faktur VAT, rachunków szczegółowych na żądanie Zamawiającego (w godz.) - 10 pkt.
5. modyfikacja danych w systemach Wykonawcy związanych z: zmianą abonenta (cesja); zmianą danych adresowych; ustawieniem dodatkowych adresatów do korespondencji (w godz.) – 10 pkt
6. rozliczenia i reklamacje: rozpatrywanie reklamacji finansowych, obsługa skarg technicznych (w dniach roboczych) – 10 pkt
7. czas odbioru telefonu do naprawy (w dniach roboczych) – 20 pkt
8. naprawa aparatów telefonicznych i modemów objętych gwarancją (w dniach roboczych) – 10 pkt
9. potwierdzenie salda abonenckiego (w godz.) – 10 pkt,
10. wysłanie duplikatu karty SIM (w godz.) – 15 pkt.

Do udziału w postępowaniu przystąpiło trzech wykonawców, którzy złożyli oferty z następującymi cenami:

1. Orange Polska S.A. - 2 966.840,98 zł
2. Polkomtel Sp. z o.o. - 2 356. 377,16 zł

3. T-Mobile Polska S.A. - 2012.262,73 zł.

Wykonawcy zadeklarowali następujące czasy wykonania usług:

1. aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSISDN – Orange: 3 godz., Polkomtel – 1 godz., T-Mobile – 4 godz.
2. zmiana numeru telefonu - Orange: 8 godz., Polkomtel – 1 godz., T-Mobile – 4 godz.
3. aktywacja usług dodatkowych dla konta abonenckiego - Orange: 3 godz., Polkomtel – 1 godz., T-Mobile – 7 godz.
4. wystawienie duplikatów faktur VAT, rachunków szczegółowych na żądanie Zamawiającego - Orange: 8 godz., Polkomtel – 2 godz., T-Mobile – 16 godz.
5. modyfikacja danych w systemach Wykonawcy związanych z: zmianą abonenta (cesja); zmianą danych adresowych; ustawieniem dodatkowych adresatów do korespondencji - Orange: 8 godz., Polkomtel – 2 godz., T-Mobile – 8 godz.
6. rozliczenia i reklamacje: rozpatrywanie reklamacji finansowych, obsługa skarg technicznych - Orange: 3 dni robocze., Polkomtel – 3 dni robocze, T-Mobile – 15 dni roboczych.
7. czas odbioru telefonu do naprawy - Orange - 1 dzień roboczy., Polkomtel – 1 dzień roboczy, T-Mobile – 1 dzień roboczy.
8. naprawa aparatów telefonicznych i modemów objętych gwarancją (w dniach roboczych) – Orange - 7 dni roboczych, Polkomtel – 10 dni roboczych, T-Mobile – 2 dni robocze.
9. potwierdzenie salda abonenckiego - Orange - 2 godz., Polkomtel - 1 godz., T-Mobile – 640 godz.,
10. wysłanie duplikatu karty SIM - Orange: 8 godz., Polkomtel - 1 godz., T-Mobile - 4 godz.

Zamawiający, pismami z dnia 31.08.2016 r., wezwał wykonawców: Orange, Polkomtel, T-Mobile do złożenia wyjaśnień dotyczących treści ofert w zakresie podanych przez nich czasów wykonywania usług, które odbiegały od czasów oferowanych przez konkurentów. Odnośnie oferty Polkomtel wezwał o wyjaśnienie czasów usług ujętych w poz. 1, 3, 4, 9, 10, 14 i 15 Załącznika nr 5, w których to pozycjach wykonawca wskazał czas wykonania 1 lub 2 godz.

W dniu 8.09.2016 r., Polkomtel złożył odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, której treść zastrzegł jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa zostało objęte zarówno samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jak również merytoryczna część wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą wskazał, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Polkomtel, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podtrzymuje jedynie jako zarzut alternatywny w stosunku do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegającego na niezasadnym uznaniu tajemnicy przedsiębiorstwa i odmowie udostępnienia Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień z dnia 8 września 2016 r., złożonych przez Polkomtel. Wniósł o rozpatrzenie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp jedynie w sytuacji nie uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp. Z tych względów, Izba w pierwszej kolejności rozpoznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i uznała, że Zamawiający w sposób bezpodstawny uznał skuteczność poczynionego przez Polkomtel zastrzeżenia.

Zauważyć należy, co Izba wielokrotnie podkreślała już w orzeczeniach, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z fundamentalnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do tych informacji może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Z przywołanego przepisu wynika, że ustawodawca przykłada szczególną wagę do wykazania przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia i wskazuje, że wszelkie wyjątki do zasady jawności winny być interpretowane w sposób ścisły i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami. Intencja ustawodawcy została także wyrażona w treści samego uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień

publicznych (nowelizacja z dnia 29 sierpnia 2014 r. Dz.U. 2014.1232, Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653), gdzie wskazano, m.in., że: „słuszny w swym założeniu przepis (*przyp. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp*) jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne.”

Wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.

Aby skutecznie wyjaśnić poczynione zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uzkn tj.:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby, złożone przez wykonawcę Polkomtel wyjaśnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści pisma z dnia 8 września 2016 r. nie spełniają przesłanek, wynikających z art. 11 ust. 4 uzkn. W szczególności niezasadnym jest już samo zastrzeżenie treści „uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa”, zawarte na stronach 3 i 4 pisma z dnia 8 września 2016 r. „Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa” nie zawiera żadnych informacji, mających charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny. Nie są nimi z całą pewnością przywołane fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jest ogólne, lakoniczne, co oznacza, że wykonawca na którym spoczywa ciężar wykazania zasadności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podołał temu obowiązkowi. Również w dalszej części pisma z dnia 8 września 2016r. nie ujęto żadnych informacji, które mogłyby stanowić know - how przedsiębiorcy, sam wykonawca wskazał na stronie 4 pisma, że cyt. „sposób wykonania zamówienia nie odbiega od warunków wykonywania świadczenia na rzecz niektórych klientów Polkomtel (...) Proponowane rozwiązania są przez nas stosowane, nie istnieje zatem ryzyko niedotrzymania przez nas zadeklarowanych

warunków wykonywania świadczenia”.

Brak podstaw, aby uznać, że w zał. nr 1 do odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień podano informacje mogące stanowić, jak wskazywał Polkomtel, tajemnicę organizacyjną czy gospodarczą przedsiębiorstwa. Za takie informacje nie można uznać tabeli z czasami świadczenia usług, która jest powieleniem treści zawartej w jawnej ofercie, jak również informacji o zakresie obowiązków specjalistów Zespołu Obsługi Klientów Kluczowych czy możliwości skorzystania w toku realizacji zamówienia z aplikacji powszechnie dostępnej na stronie internetowej wykonawcy.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. IIICZP 74/05 badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie warunków, wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy do obowiązków zamawiającego. Ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów badania i oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej czynności. Wadliwa ocena tej czynności dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym skuteczne skorzystanie ze środków ochrony. W konsekwencji, oznacza to, że bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wywołuje konieczność unieważnienia czynności oceny ofert.

Z uwagi na to, że Odwołujący w toku rozprawy oświadczył, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podtrzymuje jedynie jako zarzut alternatywnym w stosunku do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Izba, w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odtajnienie treści pisma z dnia 8 września 2016 r. złożonego przez Polkomtel, objętego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: