

Sygn. akt: KIO 165/20

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 7 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Aneta Mlącka  
**Członkowie:** Izabela Niedziałek-Bujak  
Andrzej Niwicki  
**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 7 lutego 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2020 r. przez Wykonawcę **Netia S.A. (ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Centrum Informatyki Resortu Finansów (ul. Samorządowa 1, 26-600 Radom)**

przy udziale Wykonawcy **Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Netia S.A. (ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa)** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Netia S.A. (ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego **Netia S.A. (ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Centrum Informatyki Resortu Finansów (ul. Samorządowa 1, 26-600 Radom)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Informatyki Resortu Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi transmisji danych w sieci rozległej WAN resortu finansów.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 174-424558.

Odwołujący Netia S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonych w Postępowaniu przez Orange Polska S.A. tj. pisma Orange Polska S.A. z dnia 29 października 2019 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 października 2019 r. oraz pisma z dnia 28 listopada 2019 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 listopada 2019 r. co doprowadziło do naruszenia zasady równości, proporcjonalności, przejrzystości i legalizmu w Postępowaniu, pomimo otrzymania i wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 15 stycznia 2020 r., sygn. 2616/19; art. 8 ust. 3 Ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach i dokumentach stanowią tajemnicę Orange Polska S.A. podczas gdy z wyroku KIO z dnia 15 stycznia 2020 r. sygn. 2616/19 wyraźnie wynika, informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa; art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia pełnej treści oświadczeń i dokumentów dotyczących wyliczenia ceny przez Orange Polska S.A. podczas gdy z wyroku KIO z dnia 15 stycznia 2020 r. sygn. 2616/19 wyraźnie wynika, informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i odtajnienie, udostępnienie pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonych w Postępowaniu przez Orange Polska S.A. tj. pisma Orange Polska S.A. z dnia 29 października 2019 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 października 2019 r. oraz pisma z dnia 28 listopada 2019 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 listopada 2019 r.

W dniu 23 października 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawców, Netia S.A. oraz Orange Polska S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny w trybie art. 90 ust. 1 PZP. 29 października 2019 r. i 28 listopada 2019 roku oba podmioty przedstawiły wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny, wraz z dowodami, które opatrzyły klauzulą poufności podając uzasadnienie zastrzeżenia poufności. Zamawiający podzielił stanowisko obu

podmiotów, dotyczące zasadności zastrzeżenia informacji poufnych i ujawnił jedynie część pism zawierającą uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w pismach.

12 grudnia 2019 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie wybierając jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez Wykonawcę Netia S.A.

24 grudnia 2019 roku Wykonawca Netia S.A. wystąpił do Zamawiającego z pisemną prośbą o udostępnienie pełnej dokumentacji dotyczącej oferty Orange Polska S.A. złożonej w postępowaniu oraz wyjaśnień do niej.

30 grudnia 2019 roku Zamawiający przekazał wykonawcy Netia S.A. wnioskowane dokumenty wraz z korespondencją prowadzona z Wykonawcą Orange Polska S.A.

### **Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie z art. 182 ust.1 pkt 1 Ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, co w przypadku zaniechania udostępnienia pełniej treści wyjaśnień w sprawie wysokości ceny oznaczało odpowiedź na wniosek Wykonawcy z dnia 24.12.2019 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumenty dotyczące oferty Orange Polska S.A. z wyłączeniem treści wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w dniu 30.12.2019 r. Oznacza to, że już 30 grudnia 2019 roku Wykonawca Netia S.A. powziął wiadomość o braku odtajnienia przez Zamawiającego dokumentów stanowiących wyjaśnienia Wykonawcy Orange Polska S.A. Zatem od dnia 30 grudnia 2019 roku rozpoczął bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień Wykonawcy Orange Polska S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny (z dnia 29 października i 28 listopada a 2019 roku). Termin upłynął w dniu 9 stycznia 2020 roku, a więc odwołanie wniesione w dniu 27 stycznia 2020 roku należało uznać za wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie, wbrew twierdzeniu Odwołującego, termin na wniesienie odwołania nie mógł być liczony od dnia wydania wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2020 roku sygn. akt KIO 2616/19. Wyrok ten nie miał odniesienia do oferty Orange Polska S.A., w tym złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących wysokości ceny z dnia 29 października 2019 r. i 28 listopada 2019 r. Nawet przyjmując, że Zamawiający dokonując ponownych czynności w postępowaniu mógł wykroczyć poza nakazane wyrokiem odtajnienie wyjaśnień Wykonawcy Netia S.A., nie oznacza, iż termin na zaniechanie odtajnienia dokumentów Orange Polska S.A. powinien być liczony inaczej, tj. z pominięciem czynności Zamawiającego z dnia 30.12.2019 r. Na sposób liczenia terminu na wniesienie odwołania nie ma wpływu przekonanie wykonawcy co do istnienia lub braku zagrożenia

interesu w uzyskaniu zamówienia, ale fakt zaistnienia zdarzenia – zachowania Zamawiającego, które miało naruszać przepisy Ustawy Pzp. W przypadku Wykonawcy Netia S.A. zarówno przy pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Netia) z dnia 12 grudnia 2019 r., jak i ponownym wyborze oferty Netia S.A. z dnia 17 stycznia 2020 roku to oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą. Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie miała zatem wpływu decyzja Zamawiającego o zaniechaniu udostępnienia pełnej treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Orange Polska S.A. Nie budzi wątpliwości, iż Wykonawca powziął wiadomość o zaniechaniu udostępnienia objętej tajemnicą przedsiębiorstwa treści dokumentów w dniu 30.12.2019 r., a nie w dniu ogłoszenia orzeczenia w sprawie KIO 2616/19.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący powinien mieć świadomość skutków zwłoki we wniesieniu odwołania wobec zaniechania udostępnienia treści wyjaśnień do oferty Orange Polska S.A., na co mógł złożyć odwołanie jeszcze przed wydaniem rozstrzygnięcia Izby w sprawie zarzutów kierowanych wobec utajnienia treści oferty Netia S.A.

Postawa Wykonawcy Netia S.A., który tłumaczył, iż był przekonany o zasadności zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa treści własnych wyjaśnień i dopiero po niekorzystnym dla siebie wyroku podejmuje kroki celem podważenia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie konkurencyjnej, nie może uzasadniać twierdzenia, iż termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od dnia wykonania wyroku przez Izbę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....