

**WYROK**

**z dnia 9 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kuriata  
**Członkowie:** Daniel Konicz  
Anna Kuszel-Kowalczyk  
**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2018 r. przez wykonawcę **TK Telekom sp. z o.o., ul. Kijowska 10/12A; 03-743 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa**, przy udziale **Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **TK Telekom sp. z o.o., ul. Kijowska 10/12A; 03-743 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TK Telekom sp. z o.o., ul. Kijowska 10/12A; 03-743 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **TK Telekom sp. z o.o., ul. Kijowska 10/12A; 03-743 Warszawa** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa**, kwotę **3 600 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 (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi transmisji danych sieci WAN”.

Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 13 września 2018 r. O zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, odwołujący powziął informację w dniu 11 września 2018 r.

Dnia 21 września 2018 roku wykonawca TK Telekom sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Orange Polska S.A (zwanego dalej „Orange”), który na dzień wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia,
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Orange do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie,
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Orange, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
4. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwaną dalej „UZNK”), poprzez błędną ocenę wyjaśnień w zakresie utajnienia i zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji zawartych w ofercie Orange w postaci:
  - 1) pełnej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Orange dokonanego, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, odnośnie złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
  - 2) wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
5. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Orange pomimo, że wykonawca Orange nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. wykluczenia wykonawcy Orange, ewentualnie wezwania do uzupełnienia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia lub dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
3. odtajnienia informacji, dokumentów i oświadczeń wykonawcy Orange dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
4. odrzucenia oferty Orange,
5. wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z postanowieniami Istotnych Warunków Zamówienia. W przypadku, gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp, to oferta odwołującego byłaby jedyną ofertą podlegającą ocenie. W rezultacie, odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia. Szkoda, którą poniesie odwołujący polega na utracie korzyści, jakie odwołujący mógłby osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Orange Polska S.A. (dalej „przystępujący”), który na posiedzeniu złożył pismo procesowe, przedstawiające stanowisko w sprawie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone 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. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, 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 częściowo zasadne, jednakże zakres zarzutów, który został przez Izbę uznany za zasadny, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, dlatego też mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba oddaliła odwołanie w całości.

Odnosząc się zaś szczegółowo do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty przystępującego, który na dzień wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, Izba uznała za bezzasadny.

Odwołujący argumentując przedmiotowy zarzut podniósł, iż przystępujący przedłożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wskazano zamówienie realizowane na rzecz zamawiającego: Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Centrala, Aleje Niepodległości 190, 00-608 Warszawa, polegające na świadczeniu usługi transmisji danych sieci WAN dla KRUS na terenie całego kraju. Zgodnie z treścią załączonego do wykazu dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wskazanej tam usługi jest ona realizowana przez konsorcjum firm: Orange Polska S.A. oraz Integrated Solutions Sp. z o.o. (IS). Zdaniem odwołującego, na podstawie informacji przedstawionych w wykazie usług i dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie usługi nie można stwierdzić, jaki zakres usługi wykonywał każdy z członków tego konsorcjum. Z tego względu, w ocenie odwołującego, na dzień wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, przystępujący nie wykazał, iż posiada niezbędne doświadczenie we wskazanym przez zamawiającego zakresie. Zamawiający uzyskując informację, że wykazane przez wykonawcę doświadczenie zostało nabyte w konsorcjum z podmiotem nie ubiegającym się wspólnie o to zamówienie, obowiązany jest zweryfikować, czy rzeczywiście całość doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu została nabyta w wyniku faktycznego wykonania usług przez wykonawcę, który złożył ofertę.

Zamawiający postawił w rozdziale XI ust. 3 pkt 1 s.i.w.z. warunek udziału w postępowaniu wskazując, że o przedmiotowe zamówienie może ubiegać się wykonawca który w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, świadczył należycie usługi transmisji sieci WAN dla firmy posiadającej 1000 oddziałów/punktów dostępu do sieci lub usługi transmisji sieci WAN dla firmy z co najmniej 200 oddziałami, gdzie łączna przepustowość łączy wynosi co najmniej 3 Gbps.

Jak wynika z argumentacji zamawiającego oraz przystępującego i dowodów przedłożonych na rozprawie, umowa na usługę referencyjną, została podpisana dnia 5 maja 2015 roku. W dacie podpisania umowy konsorcjant przystępującego – wykonawca IS, nie był firmą, która mogła świadczyć usługi transmisji danych, albowiem – jak wynika z danych ujawnionych w rejestrze przedsiębiorców (KRS) – głównym przedmiotem działalności IS, była „sprzedaż hurtowa sprzętu elektronicznego i telekomunikacyjnego oraz części do niego”. Spółka IS, zgodnie z dostępnym na stronie internetowej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wykazem, została wpisana do rejestru przedsiębiorców dopiero w dniu 3 sierpnia 2017 roku (numer wpisu 12091), dlatego też w chwili świadczenia usług objętych przedmiotowymi referencjami, status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego miał wyłącznie przystępujący. Przedłożone referencje, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, dotyczyły świadczenia usług transmisji danych, a zatem usług, które świadczyć może wyłącznie przedsiębiorca telekomunikacyjny w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 27 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1907 z późn. zm.).

Tym samym w chwili świadczenia usług objętych przedmiotowymi referencjami, status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego miał wyłącznie przystępujący, co przesądziło o jego uczestnictwie w realizacji zamówienia w materii ocenianej w ramach warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem tylko przystępujący, mógł w świetle przepisów prawa świadczyć usługi transmisji danych, to właśnie ten podmiot musiał wykonywać zamówienie wskazane w ramach wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że przystępujący prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a czynność zamawiającego w tym zakresie była prawidłowa. Dodatkowo zwrócić należy uwagę na fakt, iż odwołujący, poza twierdzeniami prezentowanymi w odwołaniu, jak i na rozprawie, nie przedłożył żadnego dowodu, który potwierdzałby okoliczności wywodzone w odwołaniu, a to na odwołującym, jako stronie, która wywodzi określone skutki prawne, został nałożony obowiązek dowodowy (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”).

W związku z powyższym, za niezasadny Izba uznała zarzut nr 2 dotyczący naruszenia przepisu 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie, albowiem dokumenty złożone przez tego wykonawcę potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a dokument referencyjny

potwierdza jego prawidłową realizację. Tym samym niezasadne byłoby wzywianie przystępującego do składania nowych dokumentów.

Za całkowicie bezzasadny należało uznać zarzut nr 3 dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, albowiem przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, może znaleźć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie tzw. dwuetapowym, gdzie w pierwszym z etapów oceny dokonywanej przez zamawiającego, badane są warunki podmiotowe, a po ich pozytywnej ocenie wykonawca zapraszany jest do złożenia oferty. Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie niejako równocześnie – w jednym etapie – badana jest zgodność oferty z s.i.w.z. i badana jest zdolność podmiotowa wykonawcy. Powyższe oznacza, że podnoszony przez odwołującego zarzut, nie znajduje zastosowania w tym trybie przetargowym.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwaną dalej „UZNK”) poprzez błędną ocenę wyjaśnień w zakresie utajnienia i zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji zawartych w ofercie przystępującego w postaci:

- pełnej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (TP) przez przystępującego dokonanego, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, odnośnie złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (RNC),
- wyjaśnień w zakresie RNC,

Izba stwierdziła, co następuje.

Przystępujący, odpowiadając na wezwanie zamawiającego (z dnia 25 lipca 2018 r.) w zakresie rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp), pismem z dnia 8 sierpnia 2018 roku, złożył stosowne wyjaśnienia, które zostały przez przystępującego zastrzeżone TP. Wraz ze złożonymi wyjaśnieniami przystępujący złożył pismo, które stanowiło uzasadnienie do zastrzeżenia TP wyjaśnień w zakresie RNC, które również zostało zastrzeżone TP. Zamawiający, uzasadnienie zastrzeżenia TP w części odtajnił.

Odwołujący podniósł, iż prawidłowa analiza informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach musi prowadzić do wniosku, że nie zawierają one informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i winny zostać udostępnione odwołującemu. W ocenie odwołującego, jedyny powód zastrzeżenia tych informacji i brak ich ujawnienia przez

zamawiającego, to chęć uniknięcia weryfikacji dokumentów przez konkurencję, ponieważ dokumenty te mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania.

Odwołujący podał, iż w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że aby wykonawca skutecznie mógł powoływać się na tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, że informacje podlegające ochronie spełniają zarówno przesłanki formalne, jak i przesłanki materialne. Za przesłanki formalne uznaje się wykazanie okoliczności, że dana informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Natomiast przesłanka materialna polega na wykazaniu, że dana informacja jest informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą. Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK, z poufnością informacji mamy do czynienia wówczas, gdy informacja ta nie jest ujawniona do wiadomości publicznej. Elementem niezbędnym do zachowania stanu poufności jest podjęcie działań zabezpieczających taką informację. Artykuł 11 ust. 4 UZNK wymaga od przedsiębiorcy podjęcia "niezbędnych działań w celu zachowania poufności", co wskazuje na subiektywną przesłankę ochrony informacji poufnej w postaci woli przedsiębiorcy. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, zauważył, że: *„taką informację [tj. informację poufną - przyp. autora] można uznać za tajemnicę, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna”*. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu m.in. dokumentu zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia przez przystępującego informacji poufnych. Odwołujący nie widzi przesłanek umożliwiających utajnienie takiego dokumentu, gdyż w ocenie odwołującego w dokumencie takim nie może być informacji spełniających wymogi ustawowe do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jest to kluczowy dokument, którego wydania zamawiający odmówił, a który pozwala na ocenę czy przystępujący faktycznie wykazał, iż informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, czy informacje te winny zostać odtajnione czy nie. Zamawiający nie ma możliwości uznać za skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa całości złożonych przez przystępującego wyjaśnień, choćby ze względu na fakt, że nie jest możliwe, aby cały dokument zawierał w swojej treści tylko i wyłącznie informacje kluczowe dla przedsiębiorstwa tego wykonawcy, które spełniałyby wszystkie przesłanki wymagane dla skutecznego wyłączenia zasady jawności postępowania.

Odwołujący stoi na stanowisku, zgodnie z którym aby jawność składanych dokumentów i materiałów została skutecznie wyłączona z uwagi na ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać, że informacje nie zostały ujawnione oraz że podjął on niezbędne działania w celu zachowania danych dokumentów/materiałów w poufności. Należy zauważyć, że zawarte w zastrzeżonych dokumentach zasady ochrony informacji nie są czymś właściwym



wyłącznie dla przystępującego, a raczej mają charakter powszechny w korporacjach czy też dużych instytucjach. Co oznacza, że fakt ich udostępniania w związku z działalnością gospodarczą przystępującego skutkować musi uznaniem, że nie mamy do czynienia z informacjami podlegającymi ochronie w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK. Co więcej, w złożonym przez przystępującego uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny brakuje także wykazania jaki negatywnych wpływ na działalność tego wykonawcy mogłoby mieć ujawnienie tych informacji. Nie wykazano również, wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a tylko takie informacje mogą podlegać ochronie. W przedłożonym wyjaśnieniu zawarte jest tylko lakoniczne stwierdzenie, że zastrzeżone informacje taką wartość mają, brak jest natomiast uzasadnienia na czym konkretnie polega ich wartość gospodarcza.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest zasadny.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z kolei stanowi, że *„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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”*. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 11 ust. 4 definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako *„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”*. (w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie znajdowały przepisy Znk sprzed nowelizacji).

Jak zatem słusznie podnosi odwołujący dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie, że łącznie ziszczy się przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby przesłanki te nie zaszły, wobec czego zamawiający bezzasadnie uznał zastrzeżenie przedmiotowych informacji jako TP i zaniechał ich odtajnienia.

W tym miejscu wskazać należy, że jakkolwiek niewątpliwym jest, że to na wykonawcy zastrzegającym informacje ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, to na etapie postępowania odwoławczego zadaniem odwołującego się jest udowodnienie, że zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (por. wyrok KIO z dnia 28.01.2016 r., sygn. akt KIO 57/16). W przedmiotowym postępowaniu odwołujący wykazał, iż zamawiający błędnie ustalił

i ocenił dokument złożony przez przystępującego, stanowiący wyjaśnienie do zastrzeżenia TP.

Wskazać bowiem należy, iż wyjaśnienia przystępującego są ogólnikowe i lakoniczne, powołują się na dokumenty, których treść nie została dołączona do wyjaśnień (poza dwoma dokumentami, tj. wyciągiem z zarządzenia nr 20/16 Dyrektora Bezpieczeństwa Korporacyjnego oraz, wyciągiem z Decyzji nr 9/17 Dyrektora Wykonawczego ds. Korporacyjnych). Nadto przystępujący nie wykazał, jaką wartość gospodarczą mają informacje podane w wyjaśnieniach do zastrzeżenia TP, a okoliczność taka jest bezwzględnie wymagana.

Przystępujący, w wyjaśnieniach do zastrzeżenia TP nie wykazał wszystkich elementów charakteryzujących tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk. Co prawda podał, że są to informacje nieujawnione do wiadomości publicznej, co do których podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności – ograniczył ich dostępność do wąskiego grona swoich pracowników i współpracowników, ograniczył dostępność całości rzeczonych informacji jedynie ww. osób. Niewątpliwie są to działania podjęte w celu zachowania poufności informacji. Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał, że informacje mające stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Niemniej dla uznania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, koniecznym jest określenie ich charakteru. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 11 ust. 4 wskazuje na informacje „*techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą*”. W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako TP, przystępujący wskazał, że zastrzeżone informacje mają *niewątpliwie wartość gospodarczą*, jednakże nie podał w czym ta wartość gospodarcza się objawia, poza faktem, że informacje podawane w uzasadnieniu do zastrzeżenia TP nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i że podjął kroki zmierzające do zachowania ich w tajemnicy.

Dla ustalenia skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest ustalenie, czy posiadały one wartość gospodarczą, zgodnie z deklaracją przystępującego. Informacje takie to informacje o charakterze technologicznym, stanowiące know-how wykonawcy i wynikające z jego doświadczenia i stanowią jeden z niematerialnych składników przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 459) – (por. komentarz do art. 55<sup>1</sup> k.c. w System Prawa Handlowego, red. M. Stec, 2017 r., Legalis; Kodeks Cywilny. Komentarz, red. K. Osajda, 2017 r., Legalis). Wskazuje się, że chociaż takie składniki jak doświadczenie czy tajemnice przedsiębiorstwa nie stanowią przedmiotu obrotu i nie dadzą się bezpośrednio wyrazić

w wielkościach, to wpływają w zdecydowany sposób na wartość ogólną przedsiębiorstwa (por. komentarz do art. 55<sup>1</sup> k.c. w System Prawa Handlowego, red. M. Stec, 2017 r., Legalis).

Należy zatem uznać, że skoro zastrzeżone informacje nie świadczą o zastosowanych technologiach i przyjętych rozwiązaniach, które wynikają z doświadczenia i stanowią know-how przedsiębiorcy, to nie mają one wymierności kwalifikowanej przyjęciem, że stanowią wartość gospodarczą.

Dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przystępujący nie wykazał wszystkich przesłanek określonych przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, aby można było uznać, iż wyjaśnienia do zastrzeżenia informacji stanowiących TP zostały przez przystępującego prawidłowo zastrzeżone. W tym zakresie czynność zamawiającego uznać należało za wadliwą.

Konsekwencją powyższego ustalenia jest stwierdzenie, iż już same wyjaśnienia dotyczące RNC powinny ulec udostępnieniu, jednakże z uwagi na okoliczność, iż odwołujący w treści swojego odwołania postawił zarzut dalej idący, a mianowicie zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że przystępujący nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Izba ustaliła, iż złożone wyjaśnienia są prawidłowe, a co za tym idzie przystępujący prawidłowo wykazał, że cena oferty nie jest RNC (o czym poniżej), to nakazywanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień do zastrzeżenia TP oraz odtajnienia wyjaśnień dotyczących RNC, pozostałoby bezcelowe, Izba nie nakazywała zamawiającemu dokonania tej czynności, albowiem Izba orzekając w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), ustaliła, że oferta przystępującego nie zawiera RNC.

Odnosnie zarzutu nr 5 dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że przystępujący nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Odwołujący podniósł, iż analiza udostępnionej odwołującemu treści wyjaśnień skłania do wniosku, że okoliczności podane przez przystępującego przedstawione są na tyle ogólnie, wręcz szablonowo, że nie można zauważyć ich jakiegokolwiek związku z tym konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i zaoferowaną ceną. Przystępujący w przedstawionych wyjaśnieniach wskazywał na powody, dla których nie powinien być wzywany do złożenia wyjaśnień w tym trybie, przytaczając równoległe fragmenty orzecznictwa oraz opisując zamawiającemu, co należy rozumieć pod pojęciem rażąco niskiej

ceny. Treść wyjaśnień wskazywała również na fakt, iż pomiędzy ofertami w postępowaniach (wskazano 2 przykłady) w branży telekomunikacyjnej występują różnice w zakresie cen, na korzyść przystępującego. Wyjaśnienia w swej treści nie zawierają żadnych okoliczności, właściwych temu wykonawcy, które uzasadniałyby zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie. Odwołujący zauważył, że prawidłowości ceny oferty nie można wykazywać poprzez wskazanie, że różnice w cenach ofert są typowe dla danej branży, w tym przypadku dla branży telekomunikacyjnej. W takiej sytuacji, nawet jeśli w danej branży określone różnice w cenach nie są zjawiskiem nietypowym, to i tak wezwany wykonawca jest zobowiązany wykazać, że rzetelnie skalkulował cenę. W związku z tym lakoniczne wywody przedstawione przez przystępującego, a odnoszące się do usprawiedliwienia różnicy między zaoferowaną przez niego ceną a cenami pozostałych ofert (m.in. z powołaniem się na relacje cenowe ofert złożonych w innych postępowaniach przetargowych), nie mogą być argumentem potwierdzającym brak obowiązku odrzucenia oferty ceny, gdyż prawidłowość ceny powinna zostać wykazana wyjaśnieniami składanymi zamawiającemu, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Wymaga podkreślenia, że przystępujący nie pokusił się nawet o próbę wykazania, że zakres przedmiotu zamówień we wskazanych przez niego postępowaniach był tożsamy do zakresu zamówienia udzielanego aktualnie przez zamawiającego. Nie może budzić wątpliwości, że nawet jeśli wysokość ceny nie wynika z nadzwyczajnych okoliczności, na wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował i co w niej uwzględnił.

Odwołujący podniósł, iż mimo zastrzeżenia przez przystępującego, jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny, to jednak znajomość rynku (w tym ofert potencjalnych podwykonawców), a także analiza ofert składanych w innych postępowaniach, pozwala postawić zarzuty potwierdzające rażąco niski charakter zaoferowanej przez przystępującego ceny.

Wątpliwości odwołującego budzi przede wszystkim okoliczność, czy w swoich wyjaśnieniach przystępujący oparł się na dowodach, tj. rzetelnych wyliczeniach oraz ofertach podwykonawców. Dodatkowo, wątpliwości odwołującego związane są z faktem, czy przystępujący wykazał w wyjaśnieniach koszty osobowe na realnym poziomie, przedstawiając uzasadnione założenia odnośnie koniecznego, do stworzenia i utrzymania infrastruktury na wymaganym dokumentacją postępowania, zaangażowania tego personelu wraz ze wskazaniem poziomu wynagrodzeń. Zgodnie informacjami publikowanym przez Główny Urząd Statystyczny przeciętne zatrudnienie oraz przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w gospodarce narodowej według sektorów własności w I kwartale 2018 r. w pozycji „informacja i komunikacja” dla sektora prywatnego, kształtuje się na poziomie ok 8500 zł co przekłada się na łączny koszt pracodawcy na poziomie ok 10 300 zł. Zamawiający powinien zatem poddać weryfikacji wyjaśnienia ceny przedstawione przez

przystępującego również pod tym kątem. Analizując wymogi dokumentacji postępowania oraz wysokość cen zaoferowanych przez przystępującego, odwołujący pragnie zwrócić uwagę na jeden z istotnych elementów zamówienia, którego cena w sposób nie budzący wątpliwości została zaniżona przez tego wykonawcę - budowę łącz. W ocenie odwołującego, za cenę przedstawioną przez przystępującego, wykonawca ten nie ma możliwości wybudowania łącz w żadnej z dostępnych technologii, tj. radiowej lub kablowej.

Odwołujący w treści odwołania przedstawił analizę załączonej do oferty przez przystępującego tabeli nr 4. Wykaz opłat dla łącz na posterunkach ruchu (str. 34 oferty), która została przeprowadzona przez odwołującego pod kątem wymogów dokumentacji przetargowej, obowiązujących przepisów oraz wiedzy odwołującego jako profesjonalisty działającego na rynku usług będących przedmiotem niniejszego postępowania.

Dalej odwołujący przedstawił założenia i wyliczenia, dla każdego z trzech dopuszczonych przez zamawiającego typów łącz, tj. dla technologii miedzianej, radiowej i światłowodowej.

Odwołujący wskazał, iż przedstawione w formularzu cenowym przystępującego stawki dla poszczególnych elementów zamówienia nie pozwalają na ich wykonanie w przewidzianym przez tego wykonawcę budżecie. Zgodnie z treścią ust. 3 rozdziału XVI s.i.w.z. *„Opis sposobu obliczenia ceny”*: *„Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Formularza Ofertowego powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji Formularza Oferty i nie mogą być przenoszone do innych pozycji”*.

Powyższy zapis wprost oznacza brak możliwości przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza cenowego, w związku z czym każda pozycja musi uwzględniać wszelkie uwarunkowania związane z realizacją zamówienia tj.: koszty bezpośrednie, pośrednie, oszacowanie ryzyka, koszty osobowe, przewidywany zysk itp. Wyjaśnienia wykonawcy winny wskazywać bezsprzecznie że skalkulowana w ramach oferty cena jest realna i przedstawiać oszczędności jakie przystępujący jest w stanie uzyskać w czasie realizacji zamówienia co pozwalało mu na zaoferowanie tak niskiej ceny. W efekcie skutkować to winno obowiązkiem uwzględnienia wszystkich kosztów związanych z instalacją jednego łącz z danej grupy SLA, a więc również kosztów związanych z ewentualną budową nowej infrastruktury przez przystępującego dla poszczególnych łącz w jednej kolumnie. Przystępujący wskazał tam wartość 3000 zł dla jednego łącz co w sposób oczywisty, na podstawie przeprowadzonej analizy nie pozwala na stwierdzenie że niezbędne koszty zostały tam ujęte. Co więcej, we wskazanej powyżej pozycji („Opłata instalacyjna”), winien zostać uwzględniony koszt związany z obowiązkiem wybudowania lub wydzierżawienia infrastruktury transmisyjnej (kable, radiolinie, szafy, linie zasilające do swoich urządzeń) pomiędzy siecią szkieletową wykonawcy, a punktem odbioru usługi przez zamawiającego. Wymóg ten wynika wprost z rozdziału 12 ust. 3 Opisu przedmiotu zamówienia („Wymagania dla usługi transmisji danych „IP Selektor”) jaki obowiązuje w prowadzonym postępowaniu.

Obiektywne koszty z tym związane jakie przystępujący będzie musiał ponieść, obniżają dodatkowo wiarygodność zaoferowanych cen.

Na rozprawie odwołujący przedłożył dowody, które w ocenie Izby nie potwierdzają okoliczności podnoszonych w odwołaniu, a ponadto w większości dotyczą rozwiązań, które są inne niż te, które zaoferował przystępujący.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia złożone przez przystępującego są pełne, poparte stosownymi wyliczeniami oraz dowodami, w tym ofertami firm będących we współpracy z przystępującym, dotyczącymi tego konkretnego przedmiotu zamówienia.

Wskazać również należy, iż przystępujący poza częścią ogólną złożonych wyjaśnień, złożył wyjaśnienia szczegółowe (objęte TP), w których to wyjaśnieniach podał sposób realizacji tego zamówienia, z uwzględnieniem przyjętej przez siebie technologii oraz wyliczył i podał wysokość zysku, jaki zamierza osiągnąć realizując przedmiotowe zadanie. Udzielone zamawiającemu wyjaśnienia w szczególności zawierały opis sposobu kalkulacji ceny oferty i okoliczności, które miały szczególne znaczenie dla ustalenia jej na zaoferowanym poziomie. Wyjaśnienia poparto wyliczeniami i dowodami wykazując rentowność przedsięwzięcia oraz uwzględnione przez przystępującego pozycje kosztowe. Kalkulacji dokonano z uwzględnieniem zarówno okresu trwania zamówienia, jak i zakresu przedmiotu zamówienia. Przystępujący wykazał rentowność takiego kontraktu wskazując poziom przewidywanej marży oraz opisując poszczególne kategorie uwzględnionych kosztów.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba w całości podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego jak i przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....