Sygn. akt KIO 260/19

WYROK
z dnia 26 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Emil Kawa
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13.02.2019 r. przez wykonawcę **SkyCash Poland S.A, ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa**w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa-Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **mPay S.A., ul. Jasna 1/421, 00-013 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1.uwzględnia odwołanie w zakresie pierwszego zarzutu odwołania, dotyczącego niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy w zakresie kalkulacji ceny oferty i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy mPay S.A. w zakresie oferowanej ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2.w pozostałej części odwołanie oddala,
3.zalicza w poczet kosztów postepowania kwotę 7 500 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
4.kosztami postępowania obciąża stosownie do wyniku w ¼ zamawiającego i w ¾ odwołującego
5.zasądza od zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa-Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa na rzecz odwołującego SkyCash Poland S.A, ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa, kwotę 1875 (jeden tysiąc osiemset siedemdziesiąt pięć) złotych stanowiących ¼ wysokości uiszczonego wpisu od odwołania.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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:……..…

Sygn. akt KIO 260/19

UZASADNIENIE

Miasto Stołeczne Warszawa-Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa, zwane dalej „Zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego z wykorzystaniem platform/kanałów mobilnych*", znak postępowania: DPZ/116/PN/105/18.

W dniu 08.02.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę mPay S.A.,, ul. Jasna 1/421, 00-013 Warszawa, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Sky Cash Poland S.A, ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa, dalej zwany „Odwołującym" wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu dokonania wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu ponieważ wykonawca mPay nie udzielił wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, ewentualnie dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nadto Zamawiający uniemożliwił weryfikację Odwołującemu zaoferowanej ceny przez mPay S.A poprzez zaniechanie odtajnienia informacji oznaczonych przez jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo że wykonawca mPay nie wykazał w dostateczny sposób, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe czynności wyczerpują według Odwołującego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3, art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy mPay, która z uwagi na brak spełniania przez przedmiotowego wykonawcę wymogów wynikających z ustawy z dn. 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (dalej „ustawa AML") nie gwarantuje realizacji zamówienia zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego,

b)art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy mPay, mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na zaoferowaniu usług poniżej kosztów ich świadczenia,

c)art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy mPay, której wybór narusza bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa z uwagi na niespełnianie przez wykonawcę mPay wymogów wynikających z art. 36 ust. 1 pkt 1), art. 42 i art. 74 ust. 1 ustawy AML,

d)art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy mPay, który powinien był zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co do możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, z pominięciem informacji o niespełnianiu przez mPay wymogów prawa powszechnie obowiązującego, wynikających z ustawy AML, których dochowanie jest niezbędne dla zgodnego z prawem wykonania zamówienia, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)udostępnienia Odwołującemu w całości (odtajnienie) wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę mPay w piśmie z dnia 26.11.2018 r., jak i wyjaśnień dodatkowych dotyczących ceny złożonych w piśmie z dnia 13.12.2018 r., a także udostępnienie Odwołującemu w całości (odtajnienie) pisma Zamawiającego z dnia 10.12.2018 r.;

3)odrzucenia oferty wykonawcy mPay;

4)powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

5)dokonania ponownej czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na wstępie wskazać należy, że postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem zasad obowiązujących dla wartości zamówień poniżej progów unijnych w zakresie usług.

W uzasadnieniu zarzutu pierwszego dotyczącego niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny - czy cena ta nie jest rażąco niska Odwołujący wskazał na uregulowania ustawowe i podał, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dn. 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. 2018 poz. 419 ze zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *„informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*". W przypadku, gdy nie zostanie spełniony którykolwiek z wyżej wskazanych warunków, informacja nie może zostać objęta tajemnicą przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślił, że wykonawca mPay dwukrotnie składał wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny: tj. 26.11.2018 r. oraz 13.12.2018 r. Niezależnie od podania nieprawidłowej podstawy prawnej, wykonawca mPay - co istotniejsze - wykazując, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie odniósł się do wszystkich przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a co do pozostałych przesłanek, odniósł się jedynie lakonicznie, co przesądza o tym, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę mPay powinny zostać przez Zamawiającego odtajnione.

Podał, że z uzasadnienia złożonego wraz z wyjaśnieniem ceny z dnia 26.11.2018 r. nie wynika, że informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem usług, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Wykonawca mPay nie odniósł się do tej przesłanki nawet poprzez proste oświadczenie. Wobec powyższego nie można uznać, że ta okoliczność została „wykazana" przez tego wykonawcę. Pominięcie tej okoliczności przesądza o tym, że treść wyjaśnień sposobu obliczenia ceny z dnia 26.11.2018 r. powinna zostać odtajniona.

Zwrócił uwagę również na oświadczenie wykonawcy mPay w zakresie pozostałych przesłanek pozwalających prowadzących do możliwości uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnosząc się do charakteru organizacyjnego zastrzeżonych informacji oraz ich wartości gospodarczej wskazał, że przedłożone uzasadnienie ogranicza się do prostego stwierdzenia, że tak jest z uwagi na to, że to ma znaczenie dla pozycji na rynku mPay. Podniósł, że wykonawca mPay pisze o podjęciu „niezbędnych działań zmierzających do zachowania poufności wiedzy", tymczasem ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosi się do podjęcia przy zachowaniu należytej staranności działań w celu utrzymania ich [informacji] w poufności. Prowadzi to do wniosku, że wykonawca mPay podjął jedynie niezbędne działania zmierzające do zachowania poufności wiedzy (nie informacji), przy czym wykonawca mPay nie oświadczył, aby realizując te działania dochował należytej staranności. W świetle wyjaśnień mPay nie można wykluczyć, że zostały podjęte niezbędne działania, które jednak były wykonywane na tyle niedbale, że nie zapewniały ochrony utajnianych informacji. W konsekwencji należy przyjąć, że i ta przesłanka utajnienia nie została wykazana przez wykonawcę mPay.

Podkreślił, że analogiczne zastrzeżenia odnoszą się do uzasadnienia objęcia tajemnicą dodatkowych wyjaśnień ceny składanych przez wykonawcę mPay dnia 13.12.2018 r. Treść uzasadnienia objęcia tajemnicą dodatkowych wyjaśnień jest tożsama z oświadczeniem załączonym do wyjaśnień złożonych dnia 26.11.2018 r.

Mając na względzie powyższe, zdaniem Odwołującego należy uznać, że wykonawca mPay nie tylko nie wykazał przesłanek dla objęcia wyjaśnień tajemnica przedsiębiorstwa, ale nawet nie odniósł się do wszystkich przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a to nie pozwala uznać, że zastrzeżenie tych informacji było skuteczne w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego informacje te powinny zostać przekazane Odwołującemu, a zaniechanie ich udostępnienia stanowi utrudnienie dla skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Odnosząc powyższą argumentację do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego wskazał, że zarzut w zakresie niezasadnego objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa jest zarzutem podstawowym, a zarzut rażąco niskiej ceny jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w sytuacji nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego. Podkreślił, że fakt utajnienia wyjaśnień uniemożliwił Odwołującemu możliwość zweryfikowania prawidłowego i zgodnego z zasadami rynkowymi kalkulacji ceny oferty mPay.

W zakresie zarzutu ewentualnego dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego wskazał na kwestie, iż to Odwołujący posiada ponad 7 letnie doświadczenie w obsłudze strefy płatnego parkowania w Warszawie oraz danych statystycznych zebranych w tym okresie. Dlatego też zasadnie uważa, że wykonawca mPay mógł błędnie oszacować rzeczywisty koszt realizacji kontraktu - gdyż siłą rzeczy nie opierał się na danych rzeczywistych, a tylko na wartościach prognozowanych. Wskazał na postanowienia SIWZ z których wynika, że aby dokonać kalkulacji ceny, każdy wykonawca musiał wycenić wszystkie wymogi, określone w Rozdziale V SIWZ (opis przedmiotu zamówienia). Najważniejsze z nich to:

1)*„2.5 Każda zmiana statusu postoju (rozpoczęcie, zakończenie) musi zostać potwierdzona sms-em zwrotnym do użytkownika".*

2)„3.16. Zapewnienie przez Wykonawcę możliwości wnoszenia przez Użytkownika opłaty za postój przy użyciu karty płatniczej. Wykorzystanie wirtualnej portmonetki będzie nieobowiązkową funkcjonalnością dodatkową Systemu."

3)„3.17. Zabronione jest pobieranie od użytkowników jakichkolwiek dodatkowych opłat za korzystanie z usługi mobilnej (np. opłat za zasilenie portmonetki, obsługę wielu użytkowników lub pojazdów na jednym koncie, opłat transakcyjnych)."

W odniesieniu do powyższych wymagań podał, że Zamawiający określił, że wartość przedmiotu postępowania to kwota 18 000 000 zł w okresie 12 miesięcy.

W warunkach zamówienia Zamawiający nie określił, jak wysoki będzie wolumen pojedynczych parkowań, co ma zasadniczy wpływ na cenę. Jednakże Odwołujący posiada szczegółową i rzeczywistą statystykę liczebności oraz kosztów parkowań z których wynika, że w okresie 30 listopada 2017 - 1 grudnia 2018 (czyli w okresie analogicznym do okresu wskazanego w SIWZ, tyle że rok wcześniejszym) faktyczna, średnia opłata za parkowanie wyniosła 6,17 zł. W związku z powyższym należy oszacować, że liczebność parkowań wyniesie 2 917 342, co przełoży się na obowiązek wysyłki 5 834 684 wiadomości SMS. Koszt hurtowy jednej wiadomości SMS przy przedmiotowej skali oscyluje w granicach 2-4 groszy netto. Przyjmując średni koszt wiadomości na poziomie 3 groszy netto, koszty po stronie

Zamawiającego wyniosą 215 299,84 zł brutto (z uwzględnieniem podatku od towarów i usług w wysokości 23%). Podał, że Odwołujący uzyskał stawkę jednostkową za wiadomość SMS na poziomie 2 groszy netto. Aby wykonawca mPay był w stanie wykonać kontrakt w cenie 266 400 zł, musiałaby również przedstawić Zamawiającemu cenę 2 grosze netto za 1 wiadomość SMS.

Podniósł, że Odwołujący przez okres 7 lat, w których obsługiwał płatności za parkowanie w Warszawie to były one realizowane w ciężar elektronicznego portfela („wirtualna portmonetka"). Odwołujący oferuje możliwość zasilenia portfela na kilka sposobów, co każdorazowo wiąże się z kosztami transakcyjnymi. Szacując koszt, z jakim będzie się wiązało realizowanie płatności, należy oczywiście - poza kosztem zasilenia konta - uwzględnić koszt płatności kartą za parkowanie. Bazując na danych statystycznych Odwołującego, średnie zasilenie konta wynosi 24 zł, a realny koszty obsługi płatności to łącznie 83 160 zł. Sumując dwie tylko wartości - koszt wysyłki wiadomości SMS (przy koszcie jednostkowym 3 grosze netto i faktycznej wartości 6,17 zł średniego kosztu jednostkowego parkowania) oraz minimalny, możliwy koszt obsługi zasileń portmonetki, uzyskujemy minimalną, możliwą wartość łączną 215 299,84 zł + 67 500 zł = 282 799,84 zł.

Przy założeniu, że portmonetka będzie zasilana zgodnie ze strukturą wskazaną w Tabeli nr 3, zaś koszt 1 wiadomości SMS to 3 grosze netto to koszt łączny dwóch głównych pozycji kosztowych wyniesie: 215 299,84 zł + 83160 zł = 298 459,84 zł, a obie wartości są wyższe niż łączna cena zamówienia (266 400 zł) zaproponowana przez wykonawcę mPay.

W zakresie pozostałych zarzutów, Odwołujący odniósł się w zasadzie tylko do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp stwierdzając na rozprawie, iż wskazana podstawa zawiera omyłkę, gdyż właściwszą jest podstawa prawna naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp, a dotyczących naruszenia przepisów ustawy z dn. 01 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu.

W tym zakresie wskazał, że istotną przesłanką prawidłowego wykonywania usług płatniczych przez krajową instytucją płatniczą, zwaną dalej „KIP", w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (dalej: „ustawa UP") jest przestrzeganie ogólnie obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z punktem 7.3.6. SIWZ „Pobieranie opłat za postój w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego z wykorzystaniem platform/kanałów mobilnych", wykonawcy nie wolno przedstawiać informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego lub mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod rygorem wykluczenia z przetargu. Tymczasem w naszej opinii, spółka mPay nie wypełnia wymogów powszechnie obowiązującego prawa w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy, zaś informacja ta mogła mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego.

Krajowe instytucje płatnicze (czyli. m.in. mPay) są instytucjami obowiązanymi zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 3) ustawy AML - mającymi obowiązek stosować przepisy tej ustawy, m.in. w zakresie stosowania środków bezpieczeństwa finansowego (dalej: „ŚBF"). Świadczenie usługi „wirtualnej portmonetki" stanowi świadczenie usługi płatniczej na rzecz klienta. W związku z powyższym, krajowa instytucja płatnicza jest obowiązana do dokonania identyfikacji oraz weryfikacji tożsamości klientów. Zakres danych, koniecznych do zidentyfikowania klienta, jest enumeratywnie wskazany w art. 36 ust. 1 pkt 1) ustawy AML - i zgodnie z tym przepisem, KIP ma obowiązek pozyskać od potencjalnego klienta:

a)imię i nazwisko,

b)obywatelstwo,

c) datę urodzenia - w przypadku gdy nie nadano numeru PESEL, oraz państwo urodzenia,

d)serię i numer dokumentu stwierdzającego tożsamość,

e)adres zamieszkania - w przypadku posiadania tej informacji przez instytucję obowiązaną,

f)nazwę (firmę), numer identyfikacji podatkowej (NIP) oraz adres głównego miejsca wykonywania działalności gospodarczej - w przypadku osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą.

Weryfikacja tożsamości klienta polega z kolei - zgodnie z art. 37 ustawy AML - na potwierdzeniu ustalonych danych identyfikacyjnych na podstawie dokumentu stwierdzającego tożsamość osoby fizycznej, dokumentu zawierającego aktualne dane z wyciągu z właściwego rejestru lub innych dokumentów, danych lub informacji pochodzących z wiarygodnego i niezależnego źródła. Powyżej opisany wymóg identyfikacji i weryfikacji tożsamości klienta jest określony bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, zaś spółka mPay S.A. nie stosuje tych wymogów. Ustawa AML przewiduje wyłączenia od wymogu stosowania ŚBF. Istotne wyłączenie znajduje się w art. 38 tejże ustawy. Odnosi się on jednak do pieniądza elektronicznego w rozumieniu ustawy UP, która pieniądz elektroniczny definiuje jako „wartość pieniężną przechowywaną elektronicznie, w tym magnetycznie, wydawaną, z obowiązkiem jej wykupu, w celu dokonywania transakcji płatniczych, akceptowaną przez podmioty inne niż wyłącznie wydawca pieniądza elektronicznego".

Zgodnie z art. 42 ustawy AML, KIP „mogą stosować uproszczone środki bezpieczeństwa finansowego w przypadkach, w których ocena ryzyka, o której mowa w art. 33 ust. 2, potwierdziła niższe ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu". O niższym poziomie ryzyka świadczy m.in. - zgodnie z art. 42 ust. 1 pkt 4) - fakt oferowania „produktów lub usług w celu zapewnienia odpowiednio zdefiniowanego i ograniczonego dostępu do systemu finansowego klientom mającym ograniczony dostęp do produktów lub usług oferowanych w ramach tego systemu". Jednakże ust. 3 artykułu 42 zastrzega, że „uproszczonych środków bezpieczeństwa finansowego nie stosuje się w przypadkach, o których mowa w art. 35 ust. 1 pkt 5 i 6" ustawy AML.

W sytuacji, w której mPay S.A. nie identyfikuje potencjalnego klienta zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 1) ustawy AML - i co więcej, nie weryfikuje tych danych, nie ma uprawnienia do stosowania uproszczonych ŚBF. Klient może bowiem - bez najmniejszego problemu - podać dane fałszywe. Przyjęty przez mPay model nawiązywania relacji z klientem wydaje się być contra lege wobec ustawy AML. Umożliwia on też proceder lokowania środków pieniężnych z nieudokumentowanych źródeł w taki sposób, że jest możliwe założenie wielu kont płatniczych na fałszywe dane (w tym - na dane w sposób oczywisty nieprawdziwe, np. „Kaczor Donald"), przetransferowanie tych środków na jedno konto prowadzone przez mPay - a następnie ich wypłatę w drodze przelewu zewnętrznego lub płatności wirtualną portmonetką za pośrednictwem operatora płatności, m.in. dotpay.pl. Co istotne, mPay nie precyzuje w swoich regulaminach; w jaki sposób weryfikuje anonimowych klientów przy zleceniu wypłaty, co generuje istotne ryzyko naruszenia ustawy AML (regulamin powinien wyraźnie określać obowiązki klientów co do zakresu danych, które klienci zobowiązani są udostępnić). Wobec powyższego zdaniem Odwołującego oferta przystępującego z tego powodu winna zostać odrzucona.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako niezasadnego. Stwierdził, że odwołanie winno być oddalone, gdyż wskazane w odwołaniu zarzuty nie znajdują potwierdzenia w protokole postępowania i załącznikach do niego, a przytoczone na uzasadnienie zarzutów podstawy prawne zostały błędnie zinterpretowane przez Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego

podał na wstępie, że zwrócić należy uwagę, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa uległa zmianie na mocy ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk") oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1637). Wprowadzony art. 11 ust. 2 uznk zawierający definicję tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi implementację art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943/UE w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem. Poprzednio obowiązująca definicja tajemnicy przedsiębiorstwa określała ją jako nieujawnione do wiadomości publicznej informacje. Jak wskazano w uzasadnieniu do ustaw)' o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw chodziło tu o informacje nieudostępnione ogółowi. Z kolei art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943/UE wymaga, aby ochroną objąć informacje, które nie zostały ujawnione do wiadomości osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, ani nie są dla talach osób łatwo dostępne. W konsekwencji projektowany art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przewiduje w omawianych obszarach dostosowanie polskiej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa do definicji zawartej w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943/UE1. Po nowelizacji tylko informacje nieujawnione do wiadomości osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, które nie są dla takich osób łatwo dostępne mogą być uznane za spełniające definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak więc zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. informacje które posiadają specjaliści zajmujący się daną dziedziną wiedzy, w szczególności działający na tym samym rynku konkurencyjnym, albo mogą je łatwo uzyskać nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Podał, że w przypadku Przystępującego za objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa przemawiał także fakt, iż Przystępujący wykonawca - mPay posiada status krajowej instytucji płatniczej, na podstawie zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego, wpisanej do rejestru Usług Płatniczych prowadzonego przez Urząd Komisji Nadzoru Finansowego pod numerem IP39/2016. Zamawiający uznał, że w przypadku wykonawcy mPay - posiadającego status Krajowej Instytucji Płatniczej, a więc podmiotu posiadającego szczególny status i obowiązanego do wykazania przed Komisją Nadzoru Finansowego jakie szczegółowe mechanizmy systemu zarządzania ryzykiem i kontroli wewnętrznej posiada - wystarczające będzie złożone przez niego oświadczenie na temat działań jakie podjął wobec informacji zawartych w wyjaśnieniach odnośnie sposobu kalkulacji ceny w celu utrzymania w poufności, przy zachowaniu należytej staranności.

Nadto wskazał, że w zakresie objęcia tajemnicą pisma Zamawiającego z 10 grudnia 2018 r. (nr ZDM/DPZ/2157/18/ZZ; ZDM- DPZ.3411.1025.2018.MSU) dotyczącego przedstawienia dodatkowych wyjaśnień to pismo to dotyczy uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez mPay 26 listopada 2019 r. mających wpływ na wysokość ceny — a więc w odpowiedzi na pierwsze wezwanie o złożenie wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że sposób wyjaśnienia rażąco niskiej ceny został prawidłowo przeprowadzony przez Zamawiającego.

Stwierdził, że nawet w przypadku uznania przez Izbę, że Zamawiający niesłusznie poprzestał na odebraniu oświadczenia od mPay, i powinien był żądać przedstawienia dowodów na poparcie tez wskazanych przez Wykonawcę w zakresie środków jakie powziął w celu zachowania w tajemnicy sposobu wyliczenia ceny, to taki brak odtajnienia sposobu wyliczenia ceny nie miał wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślił, że wykonawca mPay złożył wyczerpujące wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny.

Podał, że wskazane przez Odwołującego wyliczenia ceny mają charakter hipotetyczny i nie mogą stanowić żadnego dowodu w sprawie. Niemniej sposób wyliczenia składników ceny wskazany przez Odwołującego jedynie utwierdza Zamawiającego w przekonaniu, że mPay prawidłowo wyliczył cenę, a dodatkowe wyjaśnienia na zadane przez Zamawiającego wątpliwości potwierdziły jego prawidłowość w budzących wątpliwości aspektach.

Odnośnie zarzutu drugiego dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie uzasadnił na czym miałoby polegać naruszenie przez Zamawiającego tego przepisu. W celu udowodnienia, że złożenie oferty jest czynem nieuczciwej konkurencji należałoby wykazać, że Wykonawca złożył ofertę na usługi wycenione poniżej kosztów ich wytworzenia, w celu utrudnienia przedsiębiorcom dostępu do rynku. Odwołujący nie wykazał, w jakim celu Wykonawca mPay złożył ofertę o takiej cenie, nie wykazał w szczególności, że zrobił to w celu utrudnienia dostępu innym przedsiębiorcom dostępu do tynku a nie np. w celach promocyjnych. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za gołosłowny i niezasadny.

W zakresie podniesionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na brak spełnienia przez mPay wymogów ustawy o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy i finansowaniu terroryzmu podał, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podał, że zgodnie z pkt. 7.2.3.2 SIWZ przed podpisaniem umowy Wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu odpowiednich dokumentów aktualnych na dzień złożenia zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego na prowadzenie działalności w charakterze Krajowej Instytucji Płatniczej w przypadku oferowania usług płatniczych w oparciu o prowadzenie rachunków płatniczych (wirtualna portmonetka). Stwierdził, że z powodu braku podstaw prawnych wskazanych w SIWZ Zamawiający nie podjął do momentu rozpatrywania odwołania czynności, które zarzuca Odwołujący, a które mogą doprowadzić do stwierdzenia spełnienia wymogów wymijających z posiadania lub nie zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego na prowadzenie działalności w charakterze krajowej instytucji płatniczej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp wskazał, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, w tym bezpieczeństwo podmiotów objętych jednolitym wykazem obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej, o której mowa w art. 5b ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz. U. z 2018 r, poz. 1401 i 1560), a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Wiadomym jest, że zgodnie z art. 3 pkt 2 lit. d ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym infrastrukturą krytyczną są systemy oraz wchodzące w ich skład powiązane ze sobą funkcjonalnie obiekty, w tym obiekty budowlane, urządzenia, instalacje, usługi kluczowe dla bezpieczeństwa państwa i jego obywateli oraz służące zapewnieniu sprawnego funkcjonowania organów administracji publicznej, a także instytucji i przedsiębiorców. Infrastruktura krytyczna obejmuje systemy finansowe. Zamawiającemu nie jest znany wykaz infrastruktury krytycznej (zgodnie z art. 5b ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz. U. z 2018 r., poz. 1401) wykaz ma charakter niejawny) więc nie może odnieść się do zarzutu w zakresie oceny czy system usług płatniczych należy do infrastruktury krytycznej. Podkreślił, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób przyjęcie oferty miałoby naruszać bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa. Nie znając podstaw dla jakich Odwołujący uważa, że przyjęcie oferty naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa nie można ocenić, czy tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób, niż przez odrzucenie oferty. Dlatego zarzut ten

należy uznać za gołosłowny i niezasadny.

Również w zakresie kolejnego podniesionego zarzutu Zamawiający stwierdził, ze nie wiadomo co miał na myśli Odwołujący zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty mPay, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na chwilę składania ofert i wyjaśnień oraz dokumentów brak jest złożonych przez Wykonawcę mPay dokumentów wprowadzających w błąd Zamawiającego co do decyzji o udzieleniu zamówienia. Natomiast jeżeli po przedstawieniu przez mPay przed podpisaniem umowy informacji o posiadaniu statusu krajowej instytucji płatniczej wyjdą na jaw okoliczności, które rzutowałyby na prawidłową realizację działań umownych przez Wykonawcę, Zamawiający posiada możliwość zgłoszenia tego faktu do organu nadzorczego nad krajowymi instytucjami płatniczymi jakim jest Komisja Nadzoru Finansowego.

W chwili obecnej mPay jest zarejestrowany jako Krajowa Instytucja Płatnicza. Zamawiający nie jest właściwym organem do oceny prawidłowości wpisu Wykonawcy do rejestru prowadzonego przez KNF. Przyjmując logikę zarzutów Odwołującego można byłoby stwierdzić, że Zamawiający powinien wykluczać Wykonawców, którzy zostali oskarżeni przez innych uczestników postępowania o naruszanie zasad zawodowych dotyczących danego rodzaju działalności gospodarczej, choć formalnie nie zostało to potwierdzone przez żadne organy sprawujące nad nimi pieczę zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Nawiązując do powyższego formułowania zarzutów podał, że zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż Zamawiający i Krajowa Izba Odwoławcza nie mogą domniemywać treści wprost niewskazanych w zarzutach i żądaniach odwołującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie w zakresie jednego z podniesionych zarzutów jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie uwzględnienie odwołania to jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Również wykonawca mPay S.A., ul. Jasna 1/421, 00-013 Warszawa zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu i uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do zmiany rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Przed oceną merytoryczną zasadności zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 Pzp, a także wskazywanego naruszenia z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) Izba wskazuje, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień publicznych jak i zasadności (transparentności) wydatkowania na ten cel środków publicznych. Z powyższego stanowiska należy wywieść, że tylko w sytuacjach wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek. Każdy podmiot starający się o uzyskanie zamówienia finansowanego że środków publicznych winien mieć powyższą kwestie na względzie.

Izba stoi na stanowisku, że możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana, traktowana rozszerzająco, bądź oceniana na zasadzie analogii do innych sytuacji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, kiedy to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa okazało się skuteczne. Zdaniem Izby uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 4 (ob.2) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tym zakresie wskazać należy, że w dniu 4 września 2018 r. weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018r poz. 1637). Transponuje ona do prawa polskiego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem. Skutkiem wejścia w życie noweli są zmiany w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.; dalej: u.z.n.k.) dotyczące m.in. art. 11 uznk odnoszącego się do tajemnicy przedsiębiorstwa. Obecnie przepisem odnoszącym się wprost do tajemnicy przedsiębiorstwa jest przepis art. 11 ust. 2 uznk, który stanowi, że *"przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*".

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzeżona informacja spełnia łącznie wystąpienie następujących o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1)informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej,

technologicznej i organizacyjnej. W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą". Tym samym wymóg posiadania wartości gospodarczej przez zastrzeżone jako tajemnica informacje, 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). Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza samo stwierdzenie bez wykazania, 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. Powyższe w uzasadnieniu potrzeby objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa winno być jednoznacznie wykazane. Izba zauważ także, iż opisanie i wykazanie podstaw takiej decyzji wykonawcy jest zadaniem trudnym, gdyż wykonawca musi z jednej strony wykazać podstawy do objęcia określonych treści tajemnicą zgodnie z wymaganiami ustawowymi, a z drugiej nie ujawnić jej w opisie. Podkreślić należy, że dla wymaganego „wykazania" nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia.

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 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji (por wyrok KIO z dnia 09.01.2018 r. sygn.. KIO 2633/17; z dnia 10 maja 2018 r. sygn.. KIO 783/18), a także może stanowić naruszenie art. 89 ust.1.pkt 1 Pzp.

Przechodząc do oceny zasadności przedmiotowego zarzutu wskazać należy, że już z analizy samej treści uzasadnienia udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień z dnia 26 listopada oraz 13 grudnia 2019 roku wynika, że nie zostały spełnione łącznie wymagania z art. 11 ust. 2 uznk. Przystępujący w wyjaśnieniu na stronie pierwsze stwierdza, że tą tajemnicą jest tylko „*sposób wyceny i szacowania tego rodzaju usług„* a wiedza z tym związana „*stanowi dla wykonawcy informacje o charakterze organizacyjnym*". Już w następnym akapicie mPay stwierdza, że „*Powyższe stanowi o wypełnieniu przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 uznk i potwierdza zasadność dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia*". Z powyższego jednoznacznie wynika, że Przystępujący wskazał tylko na jedna z kilku wymaganych w art. 11 ust.2 uznk przesłanek, a mimo tego stwierdził, że zastrzeżenia wypełniają przesłanki definiujące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wyżej wskazano w uzasadnieniu przyczyn objęcia tajemnica przedsiębiorstwa części treści oferty, należy wykazać w wyjaśnieniach łączne spełnianie przesłanek wskazanych w art. 11 ust.2 uznk. W tych wyjaśnieniach wskazano – nie wykazano, w zasadzie tylko na jedną z przesłanek odnoszących się kwestii organizacyjnych zasad i sposobu kalkulowania ceny ofertowej.

Izba dokonała także oceny treści zastrzeżonej części wyjaśnień Przystępującego w zakresie zasad kalkulowania ceny ofertowej i uznała, że treści tam zawarte nie wypełniają łącznie przesłanek wskazanych w art. 11 ust.2 uznk,. Podkreślić należy, że w treści wyjaśnień, po pierwsze, niema treści, które uzasadniałyby obiektywną możliwość zastrzeżenia zawartych tam Informacji, a po drugie, zawarto w nich także treści które stanowią informacje ogólnodostępne. Nie wykazano także, że wyjaśnienia jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dokonując analizy treści np. wyjaśnień z 26 listopada należy jednoznacznie wywieść, że zwarte tam treści w ogromnej większości nie zawierają żadnych treści mogących być zakwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przykładowo Izba wskazuje, że część objęta tajemnicą zawiera np. ogólny opis czym kierował się Przystępujący kalkulując cenę oferty, cyt.: „ *Z uwagi na to Wykonawca posiadając szczegółową i kompleksową wiedzę dotyczącą świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia dokonał kalkulacji Ceny w taki sposób, że jest ona realna i możliwe jest wykonanie za nią zamówienia z należytą starannością i w żaden sposób nie wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych Wykonawcy, a ponadto pozwala na osiągnięcie zysku".* Następnie w części dotyczącej kalkulacji ceny Przystępujący wskazał na przyjęte założenia kalkulacji przywołując treści SIWZ, a także wskazał na ogólnodostępne informacje że stron internetowych w zakresie średniej wartości jednej opłaty mobilnej za jedno parkowanie oraz średniego tempa wzrostu ilości parkowań. Podobny opis bez jakiejkolwiek treści mogącej mieć wpływ na potrzebę objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący zawarł także w opisie kosztów osobowych, czynników wpływających na cenę, itp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że w analizowanej sprawie Przystępujący nie sprostał ciężarowi łącznego udowodnienia przesłanek definicji legalnej pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa". W konsekwencji zaś Zamawiający z naruszeniem art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp zaniechał czynności odtajnienia spornych informacji. Zamawiający dokonał oceny oferty w sytuacji, kiedy w sposób bezpodstawny utrzymał dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie treści w sytuacji, kiedy jakiekolwiek przesłanki w tym zakresie nie zostały spełnione. Zagadnienie odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny za pomocą zwykłych działań matematycznych nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba nie uznała za zasadne stanowiska Zamawiającego, iż wystarczającym dla uwzględnienia wniosku o objecie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego był fakt, iż mPay posiada status krajowej instytucji płatniczej, na podstawie zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego, wpisanej do rejestru Usług Płatniczych prowadzonego przez Urząd Komisji Nadzoru Finansowego pod numerem IP39/2016. W odniesieniu do tego Zamawiający jak stwierdził w odpowiedzi na odwołanie uznał, że w przypadku wykonawcy mPay - posiadającego status Krajowej Instytucji Płatniczej wystarczające jest złożone przez niego samego oświadczenia (bez potrzeby żądania dowodów) na temat działań jakie podjął wobec informacji zawartych w wyjaśnieniach odnośnie sposobu kalkulacji ceny w celu utrzymania w poufności, przy zachowaniu należytej staranności. Izba stwierdza, ze dla uznania zasadności i prawidłowości dokonanego zastrzeżenie nie jest istotne, jaki podmiot dane informacje składa, ale to czy wypełniają one w pełni wymagania ustawowe w tym zakresie.

Brak jest również zdaniem Izby możliwości wykazania potrzeby objęcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty z powoływaniem się na kwestie, że rzekomo wykonawcy z którymi przy realizacji tego zamówienia ma współpracować Przystępujący, postawili takie wymagania.

Izba uznała, że z analizy załączonych do wyjaśnień dokumentów ofertowych podmiotów trzecich nie wynika, iż podmioty te traktują przekazane Przystępującemu oferty współpracy traktują jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa. Przystępujący dla poparcia swojego stanowiska w tej kwestii nie wykazał, że również podmioty te podjęły jakiekolwiek działania celem zachowania tych danych w poufności. Na tę okoliczność nie przedstawiono Zamawiającemu i Izbie

żadnego dowodu. Uzasadnienie sporządzone przez Przystępującego prowadziło do wniosku, że jest to wyłącznie tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego, a nie jego kontrahentów. Ponadto przystępujący omówił jedynie własne działania podejmowane celem zachowania własnej tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności. Wobec powyższego stwierdzono, że Przystępujący nie może traktować jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych jego kontrahentów, nie wykazując w sposób jednoznaczny, że warunkują zaangażowanie się w przedsięwzięcia po stronie Przystępującego po warunkiem zachowania w tajemnicy udostępnionych wykonawcy usług i dostaw.(podobnie wyrok KIO z dnia 6 lutego 2019 roku sygn.. akt KIO 131/19)

Tym samym zarzut odwołania w zakresie niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny Izba uznała za zasadny, a jego uwzględnienie skutkowało uwzględnieniem całości odwołania.

Ze względu na stwierdzenie Odwołującego zarówno w treści odwołania jak i na rozprawie w KIO, iż kolejny zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego jest zarzutem ewentualnym Izba uznając zasadność dopuszczalności takiego formułowania zarzutów odstąpiła od rozpoznawania zarzutu rażąco niskiej ceny oferty (por. Uchwała SN z 18.10.2013 r. (III CZP 58/13). Podkreślić należy, że Odwołujący – w związku z nieznajomością wyjaśnień – sformułował ten zarzut jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień, zaznaczając, że nie jest w stanie podjąć szczegółowej polemiki z uwagi na nieznajomość tego dokumentu. Wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu. Odnosząc się do tego stanowiska, podkreślenia wymaga kwestia, że to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz – na wypadek jego nieuwzględnienia – zarzut ewentualny. Co więcej, w przypadku nieujawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta (w rozpoznawanej sprawie – wyjaśnień dotyczących ceny), sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać na zasadność stawiania zarzutu sformułowanego tylko na bazie domysłów i wątpliwości co do wielkości zaoferowanej ceny. Jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego kolejnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień kalkulacji ceny oferty Przystępującego, a następnie po zapoznaniu się z ich treścią podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną.

Kolejnym zarzutem podniesionym w odwołaniu jest zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp odnoszący się do nieodrzucenia oferty Przystępującego z powodu braku spełnienia wymogów wynikających z ustawy z dn. 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, gdyż to nie gwarantowało realizacji zamówienia zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. W trakcie rozprawy na pytanie Izby o wskazanie z którym postanowieniem SIWZ oferta Przystępującego jest niezgodna, gdyż o takiej niezgodności jest mowa w przepisie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp Odwołujący podał, że ustalony stan faktyczny bardziej nawiązuje do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp tj. niezgodności oferty z ustawa, a konkretnie z ww. ustawą „AML". Odwołujący wywodził, że niezgodność ta wynika w szczególności z faktu, że Przystępujący nie przewidział w ofercie wysyłania do podmiotów parkujących samochody smsów z prośbą o podanie szczegółowych danych ewidencyjnych, tak aby możliwe było sprawdzanie, czy z środki zgromadzone w „wirtualnej portmonetce" pochodzą z legalnych źródeł. Stwierdził nadto, że w oparciu o zgromadzone tam środki można dokonywać zakupu innych przedmiotów niż usługi parkowania, bądź dokonywania transferu pieniędzy dla innych podmiotów. Powyższe naruszenie zdaniem Odwołującego stanowi także podstawę do odrzucenia oferty w związku z możliwością naruszenia bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa publicznego o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7d Pzp.

Izba uznała niezasadność obu ww. zarzutów.

Na wstępie oceny powyższych zarzutów wskazać należy, że Odwołujący uznał, iż oferta Przystępującego winna być odrzucona, gdyż złożenie takiej oferty narusza przepisy ww. ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, a tym samym narusza bezpieczeństwo państwa i bezpieczeństwo publiczne. Odwołujący żadnych dowodów wskakujących, że przy przyjęciu oferty Przystępującego wystąpi zagrożenie prania pieniędzy nie przedstawił oczekując, że to KIO przeprowadzi w tym zakresie postępowanie dowodowe. Zdaniem Izby podkreślić należy, że zgodnie z art. 10 ustawy AML organami właściwymi w sprawach przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu jest minister finansów oraz Generalny Inspektor Informacji Finansowej, a przedmiotową ustawę stosuje się wtedy, gdy kwota transferu środków lub płatności przekracza 1000 euro. Z powyższego wywieść należy, że również te organy są właściwe do ustalenie, czy dany czyn został popełniony. Tym samym Izba może orzec o odrzuceniu oferty wykonawcy w stosunku do którego nastąpi ustalenie przez ww. organy, iż dopuścił się czynu prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. W ustawie Pzp brak jest kognicji KIO do czynienia ustaleń w tym zakresie. Orzeczenie Izby opiera się na wykazanych przez stronę dokumentach to potwierdzających. Zdaniem Izby, nieadekwatnym jest sięganie po wiązanie płatności za usługę parkowania z przestępstwem z art. 299 §1kk dotyczącego prania brudnych pieniędzy, chociażby z powodu, że zwykle opłata za parkowanie - co wynikam z wyliczeń złożonych ofert wykonawców wynosi zwykle od kilku do kilkunastu złotych. W żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że środkami zgromadzonymi w wirtualnej portmonetce można płacić za zakup innych towarów i usług czy też transferować duże sumy pieniężne do innych podmiotów. Podkreślić należy także, iż pobieranie opłat za parkowanie wynika z art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy o drogach publicznych zgodnie z którym „korzystający z dróg publicznych są obowiązani do ponoszenia opłat za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania". Opłaty pobierane są na podstawie art. 13b ust. 1 ww. ustawy.

Podstawową przesłanką mająca wpływ na oddalenie tego zarzutu jest fakt, iż Odwołujący nie miał podstaw prawnych do jego postawienia, gdyż Zamawiający na tym etapie nie naruszył przepisów ustawy o których mowa w art. 180 ust.1 Pzp.. Otóż zwrócić należy uwagę na fakt, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający w SIWZ przewidział „tylko" możliwość płacenia za usługę parkowania za pomocą wirtualnej portmonetki, dopuszczając także inne sposoby płatności co wynika z treści postanowienia pkt 3.16 Rozdziału V, iż *„Wykorzystanie wirtualnej portmonetki będzie nieobowiązkową funkcjonalnością dodatkową Systemu*."

Nadto Zamawiający w SIWZ ustalił, żejeśli wykonawca zamówienia będzie w oparciu o pkt. 7.2.3.2 SIWZ oferował usługi płatnicze w oparciu o prowadzenie rachunków płatniczych (wirtualna portmonetka) to przed podpisaniem umowy jest zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu odpowiednich dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, tj. zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego na prowadzenie działalności w charakterze Krajowej Instytucji Płatniczej. Tym

samym na tym etapie postępowania Zamawiający nie dokonywał żadnych ustaleń w tym zakresie. Dlatego też zarzucanie Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp, których nie mógł na tym etapie zastosować jest co najmniej przedwczesne.

Izba uznała za wiarygodne stanowisko Przystępującego – przy braku dowodów przeciwnych że strony Odwołującego, że platforma mPay na której Przystępujący zamierza oferować usługi wirtualnej portmonetki dla uiszczania opłat parkingowych nie umożliwia dokonywania zakupów na portalach internetowych, a stanowisko Odwołującego w tej sprawie opiera się na nie znanych Przystępującemu założeniach.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 7d Pzp to wskazać należy, że przepis ten odnosi się wyłącznie do zamówień dotyczącym istotnego interesu bezpieczeństwa państwa. Mimo faktu, że brak jest definicji legalnej pojęć „bezpieczeństwa publicznego" oraz „istotnego interesu bezpieczeństwa państwa", to zdaniem Izby z taka sytuacją będziemy mieli do czynienia w szczególności, gdy dotyczy ono takich wartości jak suwerenność, międzynarodowa pozycja, niepodległość, nienaruszalność terytorium, obronność państwa. Bezpieczeństwo publiczne to ogół warunków i instytucji chroniących życie, zdrowie, mienie obywateli, ustrój i suwerenność państwa przed zjawiskami groźnymi dla ładu prawnego oraz mogącymi zakłócić normalne funkcjonowanie obywateli, godzącymi w przyjęte normy postępowania. Nie będzie według Izby zagrożeniem istotnego interesu bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa publicznego nawet uzyskanie informacji o możliwości jego wystąpienia. Zdaniem Izby próba łączenia bezpieczeństwa państwa czy bezpieczeństwa publicznego, a także przeciwdziałania prania pieniędzy i finansowania terroryzmu z uiszczaniem opłat za parkowanie do których stosuje się przepisy prawa administracyjnego- ustawy o drogach publicznych, jest niezasadne i niewykazane.

Izba za niezasadne uznała zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp. Odwołujący zarówno na rozprawie jak i w uzasadnieniu odwołania nie wskazał na czym te zarzuty miałyby polegać, podając tylko w odpowiedzi na pytanie Izby, iż wskazane zarzuty są związane z zarzutem naruszenia ustawy „AML". W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp wskazać należy, iż dotyczy on sytuacji występującej w postepowaniach dwuetapowych, kiedy najpierw dokonywana jest ocena spełniania przez wykonawców warunków podmiotowych lub w postepowaniach, kiedy złożenie oferty jest możliwe tylko po zaproszeniu wykonawcy do jej złożenia. Tutaj mamy postępowanie jednoetapowe i nie mamy etapu zapraszania do składania ofert.

Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp tj., podania przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie wykazał aby Przystępujący takie informacje zawarł w ofercie lub składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach.

W zakresie składanych dowodów przez Odwołującego Izba nie dopuściła dowodu ze zrzutu że strony telefonu z której miałaby wynikać możliwość płacenia za pomocą wirtualnej portmonetki za nabywanie towarów i usług. Izba uznała opozycje w tym zakresie Zamawiającego i Przystępującego, że przedstawianie takiego dowodu na rozprawie i w takiej formie pozbawiałoby uczestników postępowania możliwości oceny czy aplikacja w oparciu, o które miałyby być przedstawione powyższe dane jest prawidłowa i legalna. Izba nie zaliczyła w poczet dowodów opinii doręczonej tylko Izbie po zamknięciu rozprawy. Izba uznała, że wskazane powyższe dowody że względu na ustalony stan faktyczny nie mają wpływu na wynik postępowania odwoławczego.

W zakresie kosztów postępowania Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W odwołaniu podniesiono pięć zarzutów z których jeden dotyczący rażąco niskiej ceny oferty nie był rozpatrywany i tym samym ocenie podlegały 4 zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/4 i chybione w pozostałej części. Kosztami postępowania, odnoszącymi się tylko do kosztu wpisu – brak innych wniosków kosztowych, obciążono w ¼ Zamawiającego i w ¾ Odwołującego. W świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Na prawidłowość rozliczenia kosztów według wyniku sprawy wskazał między innymi Sąd Okręgowy w Warszawie, który w postanowieniu z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18 uznał, że wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: ……..