

WYROK
z dnia 26 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2021 r. przez Odwołującego – **ATM Spółka Akcyjna** ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej** ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy **Netia S.A.** z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-800 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 UZNK w związku z oświadczeniem o skróceniu Terminu Rozpoczęcia Świadczenia Usługi o 90 dni oraz zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Netia S.A. do uzupełnienia złożonego wykazu usług i referencji i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucić ofertę Netia S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 UZNK.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego, stosunkowo do uwzględnionych i oddalonych zarzutów odwołania, w ten sposób, iż koszty w wysokości 2/3 ponosi Zamawiający, a w wysokości 1/3 Odwołujący i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i dokonuje ich rozdzielenia pomiędzy Odwołującego i Zamawiającego:

3.2. Zasądza od Zamawiającego – Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej na rzecz Odwołującego – ATM S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 12.400,00 zł. (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania, tj. 10.000,00 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) oraz wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości 2.400,00 zł. 00 gr. (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy).

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 280/21

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej na *zapewnienie Kolokacji Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych oraz jego fizycznego połączenia z Podstawowym Centrum Przetwarzania Danych w ramach Nowego Krajowego Systemu Poboru Opłat* (nr postępowania R/5/20/PO/G/413) ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 7 sierpnia 2020 r., 2020/S 152-372056, wobec ponownej czynności badania i wyboru oferty Netia S.A., wniesione zostało w dniu 25 stycznia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy ATM S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 280/21).

Odwołanie wnoszone jest wobec czynności i zaniechań polegających na:

I) ponownym wyborze oferty Netia S.A.;

II) zaniechaniu odrzucenia oferty Netia S.A. oraz zaniechaniu wykluczenia z postępowania;

III) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego;

IV) zaniechaniu udostępnienia jawnej dokumentacji postępowania.

Skutkiem powyższego jest naruszenie:

1)art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Netia pomimo, że zaoferowano lokalizację, w której ma być świadczona usługa w niewybudowanym na dzień składania ofert budynku Centrum Przetwarzania Danych w Jawczycach, niespełniającym na dzień składania ofert wymogów siwz, co również uniemożliwia zamawiającemu weryfikację spełnienia wszystkich wymogów wskazanych dla CPD 2 w pkt IV OPZ oraz uniemożliwia sprawdzenie wiarygodności oświadczenia z oferty Netia o maksymalnym skróceniu terminu uruchomienia Usługi, będącego podstawą dla przyznania punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert „Termin Rozpoczęcia Świadczenia Usługi”;

2)art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia pełnej treści załącznika Nr 4 do wyjaśnień złożonych przez Netia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp oraz zaniechanie odtajnienia i udostępnienia pełnej treści obu wyjaśnień dotyczących ceny oferty Netia złożonych na podstawie wezwania z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, pomimo że z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy nie wynika, że informacje spełniają łącznie przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, a zatem są jawne i winne zostać udostępnione Odwołującemu;

3)art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 oraz art. 90 ust. 2, 3 Ustawy w zw. z art. 7 Pzp przez:

- zaniechanie odrzucenia oferty Netia pomimo tego, że będąc wezwanym do wyjaśnień w zakresie ceny nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie składając w ogóle wyjaśnień w zakresie składowa ceny w postaci Prawa Opcji;

- bezpodstawne, naruszające zasadę jednokrotnego wzywania do wyjaśnień ceny oferty, ponowne wezwanie z dnia 23.12.2020r. wykonawcy Netia do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny Prawa Opcji, pomimo że pierwsze wezwanie do wyjaśnień ceny było precyzyjne i odnosiło się do ceny złożonej oferty, na którą składa się cena za zamówienie podstawowe i Prawo Opcji,

z ostrożności, w przypadku braku uwzględnienia zarzutów nr 2 i 3,

4)art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Netia pomimo, że cena tej oferty zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zarówno w zakresie ceny zamówienia podstawowego, jak i ceny Prawa Opcji;

5)art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Netia, podczas gdy wykonawca ten przedstawił w treści oferty informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty Netia;

6)art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wezwania Netia do uzupełnienia złożonego wykazu usług i referencji oraz udzielenia wyjaśnień pomimo, że Netia nie wykazała, iż zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu określonym w rozdziale VIII, wykonawca ten wykonał co najmniej dwa zamówienia na usługę kolokacji o wartości nie mniejszej niż 3 600 000 zł w okresie ostatnich 3 lat przed dniem składania ofert, w szczególności pomimo braku:

- wykazania przez Netia, że może posługiwać się doświadczeniem w realizacji zamówienia wykonanego dla PNB Paribas Bank Polska S.A. pomimo, że zamówienie to realizowane jest w Data Center w Krakowie, które zostało nabyte przez Netia S.A. 14 stycznia 2020r. od Grupy Ringier Axel Springer,

- wyjaśnienia, czy przedstawione przez Netia zamówienie w wykazie usług realizowane dla PNB Paribas Bank Polska S.A. faktycznie dotyczy jednej umowy realizowanej od 01.04.2012r, a nie kilku umów, z których każda nie przekracza wartości 3,6 mln zł oraz pomimo braku wskazania okresu wykonywania umów i ich wartości w przypadku zamówienia realizowanego dla P4 sp. z o.o.;

7)art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Netia do wyjaśnień dot. oświadczenia złożonego w ofercie o skróceniu Terminu Rozpoczęcia Świadczenia Usługi;

8)z ostrożności – w przypadku braku uznania przez Izbę zasadności wezwania Netia do wyjaśnień dot. oświadczenia złożonego w ofercie o skróceniu Terminu Rozpoczęcia Świadczenia Usługi, art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 7 Ustawy przez przyznanie ofercie Netia maksymalnej ilości 35 punktów w kryterium Termin Rozpoczęcia Świadczenia Usługi wag 35%, pomimo, że wykonawca ten oświadczył uprzednio, że nie jest w stanie rozpocząć świadczenia usługi w terminie krótszym niż 180 dni, czyli nie jest w stanie w żaden sposób skrócić Terminu Rozpoczęcia Świadczenia Usługi;

9)art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 Ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zarówno jeżeli chodzi o złożenie oferty z rażąco niskiej ceną, jak i zaoferowanie w świetle wcześniej składanych oświadczeń skrócenia Terminu Rozpoczęcia Świadczenia Usługi;

10) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Netia, jako najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty Netia i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a jedynie w wypadku nie potwierdzenia się zarzutów dot. odrzucenia oferty Netia i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania: odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów złożonych przez Netia (pełna wersja obu wyjaśnień w zakresie ceny wraz z załącznikami oraz pełnej treści załącznika nr 4 do wyjaśnień z 7.01.2021 r.), wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwania Netia do wyjaśnień w zakresie oświadczenia dotyczącego skrócenia Terminu Rozpoczęcia Świadczenia Usługi o 90 dni, ewentualnie – unieważnienia postępowania w przypadku złożenia przez Zamawiającego oświadczenia przed KIO, iż nie zamierza zwiększyć kwoty, którą przeznaczył na realizację zamówienia do kwoty odpowiadającej wartości oferty brutto Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający 14.01.2021 r. poinformował o ponownym wyborze oferty Netia, jako najkorzystniejszej, a w dniu 15.01.2021 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty, które uznał za jawne, co wskazuje na zakończenie procesu badania i oceny dokumentów Netia pod kątem skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponowna

czynność została przeprowadzona po tym jak Zamawiający na skutek pierwszego odwołania, które Odwołujący ATM cofnął, zapowiedział dokonanie analizy skuteczności zastrzeżenia informacji.

Nie zgodność oferty z siwz.

Oferta miała zawierać m.in. wskazanie lokalizacji, w której świadczona będzie usługa (rozdział XVI ust. 3 pkt 10 siwz), którą to informację Zamawiający miał podać na jawnym otwarciu ofert. Brak podania tej informacji w ofercie stanowi podstawę do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z siwz.

Zamawiający powinien zbadać, czy podana lokalizacja spełnia wymagania określone w siwz, w szczególności dla CPD2, jako budynku oraz pomieszczeń – odpowiednio pkt IV OPZ. Z uwagi na rodzaj danych przechowywanych przez Ministerstwo Finansów, czy fakt premiowania w kryterium pozacenowym Skrócenia Terminu Rozpoczęcia Usługi, obowiązkiem Zamawiającego było zweryfikowanie, czy miejsce świadczenia usługi na dzień składania ofert spełnia wszystkie wymagania.

Po odtajnieniu informacji (na skutek złożonego odwołania) potwierdziły się przypuszczenia Odwołującego, iż Netia zamierza świadczyć usługę kolokacji w nieoddanym jeszcze do użytku budynku przeznaczonym pod Centrum Przetwarzania Danych w Jawczycach przy ul. Sadowej 5. Z informacji dostępnych na stronie internetowej Netia wynika, iż termin ukończenia Netia Data Center MIND w Jawczycach planowane jest na 1 kwartał 2020r. (termin oddania obiektu do użytku).

Odwołujący przypuszcza, że Zamawiający odstąpił od badania spełnienia wymagań z OPZ na dzień składania ofert przez DC w Jawczycach, skoro nie odrzucił oferty z miejscem świadczenia usługi „w budowie”.

Jedynie wykonawca posiadający w pełni działające Centrum Przetwarzania Danych jest w stanie maksymalnie skrócić termin realizacji nie narażając się na kary umowne. Na etapie odwołań na siwz z 17 sierpnia i 3 września Netia wskazywała, iż nie jest w stanie wykonać zamówienia w terminie krótszym niż 180 dni.

Zlecenie świadczenia usługi kolokacji w niesprawdzonej infrastrukturze może zagrażać bezpieczeństwu danych zlokalizowanych na serwerach CPD.

Powyższe potwierdza zasadność zarzutu niezgodności oferty Netia z siwz i żądania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zaniechanie udostępnienia dokumentów – wyjaśnień z 7.01.2021 r. dot. ceny i załącznika nr 4.

W ocenie Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy wyłącznie informacji zawartych w części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i nie odnosi się do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Wykonawca nie przedstawił w ogóle uzasadnienia dla utajnienia załączników do wyjaśnień oznaczonych nr 2, 3, 4 i 11. Zamawiający w piśmie z 22.01.2021 r. poinformował, że „jedynie omyłkowo” nie udostępnił wykonawcy tych załączników.

Sposób w jaki Zamawiający przekazał Odwołującemu załącznik nr 4 pozwala przyjąć, iż zanonimizowane nie zostały same dane osób wskazanych, a Zamawiający prawdopodobnie ingerował w treść udostępnionego dokumentu. Przekazanie pełnej treści załącznika może być istotne z punktu widzenia błędnych założeń kosztowych przyjętych przez Netia.

Pismem z 23.01.2021r. Zamawiający wezwał Netie do złożenia dodatkowych wyjaśnień ceny Prawa Opcji. Złożone wyjaśnienia zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa z podaniem identycznego uzasadnienia, jak miało to miejsce przy wcześniejszych wyjaśnieniach, które Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 2616/19 uznała za ogólnikowe i zawierające sprzeczne ze sobą twierdzenia, nakazując ich odtajnienie. Biorąc pod uwagę choćby utrwaloną linię orzecniczą, przytoczoną przez samego Zamawiającego należy stwierdzić, że Netia jedynie wspomina o dowodach, które potwierdzają podjęcie działań w celu zachowania informacji w poufności, nie załączyła tych dowodów lub ich fragmentów, co uprawdopodobniłoby spełnienie przesłanki zachowania informacji w poufności.

Ujawnienie informacji ma tym większą wagę, biorąc choćby nieprzypadkowo postawiony zarzut złożenia przez Netia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Transparentność oceny oferty niższej o ponad 12,1 mln zł od oferty Odwołującego, niższej ponad dwukrotnie od szacunkowej wartości zamówienia leży w interesie Zamawiającego. Jeżeli nawet KIO by uznała, iż niektóre załączniki nie powinny być udostępnione, to nie ulega wątpliwości, że sama kalkulacja ceny pokazująca czynniki kosztotwórcze przyjęte przez Netia winna być udostępniona Odwołującemu.

Analiza dokumentów w zakresie, w jakim zostały udostępnione Odwołującemu wskazuje na podstawę do odrzucenia oferty Netia.

Netia w odpowiedzi na wezwanie z 6.11.2020r. w ogóle nie złożyła wyjaśnień dot. ceny w zakresie Prawa Opcji, chociaż wezwanie dotyczyło całej ceny, a nie tylko za zamówienie podstawowe. Wskazał na to Zamawiający w wezwaniu z 23.12.2021 r., którym próbuje ratować ofertę Netia. Użycie w pierwszym wezwaniu zwrotu „w szczególności” wskazuje na szerszy zakres wezwania, niż tylko zaoferowana cena brutto za zamówienie podstawowe. Netia w Prawie Opcji podała cenę 3 krotnie niższą niż wartość szacunkowa Prawa Opcji powiększona o podatek VAT, zatem wykonawca mógł być pewny, że takie wezwanie do wyjaśnienia ceny również w zakresie Prawa Opcji otrzyma.

Kolejne wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty jest możliwe w sytuacji, w której wykonawca złożył już wyjaśnienia, ale niektóre kwestie wymagają doprecyzowania, nie zaś sytuacji, w której wykonawca w ogóle nie złożył wyjaśnień w zakresie składnika ceny. W takiej sytuacji, na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający powinien odrzucić ofertę.

Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie wezwania Netia do uzupełnienia dokumentów i udzielenia wyjaśnień.

Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, w którym wymagane było wykazanie wykonania w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej dwóch zamówień (umów) o wartości nie mniejszej niż 3 600 000,00 zł brutto (trzy miliony sześćset tysięcy złotych) każde, polegające na świadczeniu usług w zakresie zapewnienia odpowiedniej powierzchni i utrzymania funkcjonowania środowiska IT w centrum przetwarzania danych oraz zapewnienia fizycznego połączenia pomiędzy dwoma centrami przetwarzania danych.

Przedstawione w wykazie usług dwa zamówienia nie zostały w sposób precyzyjny opisane w zakresie wartości wykonanej usługi (wartość każdej z umów), czy też okresu w jakim wykonywane były umowy, o którym mowa w referencji. W ocenie Odwołującego nie było dopuszczalnym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, połączenie kilku odrębnych umów o bliżej nieznaną treść, aby osiągnąć wartość 3.600.000,00 zł. Dopiero posiadając dokładne informacje na temat okresu trwania umów ich zakresu i wartości, Zamawiający jest w stanie ocenić, czy został spełniony warunek udziału w postępowaniu.

Na podstawie informacji rynkowych ATM wskazał, iż w 2021 r. Netia posiadała jedynie DC w Warszawie, a usługę kolokacji dla BNP Paribas Bank Polska S.A. była świadczona przez CPD Onet w Krakowie. Z uwagi na ograniczone w tamtym czasie zasoby Neti usługa kolokacji zapewne była świadczona w byłym DC Onet w Krakowie. Centrum to zostało zakupione przez Netia 14 stycznia 2020r., co dla korzystania z zasobów (w tym doświadczenia nabytego przez Onet) wymagało wykazania, iż doszło do tzw. całościowego nabycia składników przedsiębiorstwa (Grupy Ringier Axel Springer Centrum Przetwarzania Danych Onet).

W przypadku niekompletnych dokumentów Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów- wykazu usług w następującym zakresie:

- 1)w przypadku zamówienia realizowanego dla BNP Paribas Polska Sp. z o.o. - w zakresie wskazania dokładnej wartości wskazanego w Wykazie usług zamówienia. Nadto, wykonawca NETIA winien wyjaśnić, czy usługa dot. faktycznie jednej umowy, czy kilku umów. Jeżeli dotyczy kilku umów wykonawca NETIA winien wskazać daty ich wykonania wraz z podaniem ich wartości. Co więcej, wykonawca NETIA winien przedstawić dokumenty potwierdzające możliwość posługiwania się doświadczeniem zdobytym przez Onet, w Centrum Przetwarzania Danych należącym niegdyś do Grupy Ringier Axel Springer.
- 2)w przypadku zamówienia realizowanego dla P4Sp. z o.o. NETIA winna wskazać daty wykonania umów, o których mowa we wskazanych referencjach wraz z podaniem ich wartości.

Rażąco niska cena oferty Netia w zakresie zamówienia podstawowego i prawa opcji, skutkująca czynem nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.806.000,00 zł brutto. Netia zaoferowała cenę zamówienia podstawowego 3.533.544,00 zł brutto, a Odwołujący cenę 10.328.457,60 zł. Wartość oferty brutto wykonawcy Netia za zamówienie podstawowe jest o ponad 40% niższa od kwoty podanej przez Zamawiającego oraz o około 50% od średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert.

Z informacji zawartych w dokumentacji wynika, iż Zamawiający oszacował wartość opcji na kwotę 3 608.022,50 zł brutto, za którą Netia oferuje cenę 1.015.488,00 zł brutto – 3 x mniejszą.

W ocenie Odwołującego oferta za zamówienie podstawowe, jak i objęte opcją skalkulowana została poniżej kosztów wykonania usługi kolokacji lub wykonawca nie oszacował, bądź nie ujął wszystkich kosztów wykonania usługi, co ewentualnie świadczyłoby o dodatkowej niezgodności oferty Netia z siwz.

Odwołujący wskazał elementy wpływające na kalkulację kosztów, jakie wykonawca powinien uwzględnić w kalkulacji (tabela). Ponadto odniósł się szczegółowo do kosztów sprzętu wskazując, iż należało przyjąć pełną wartość urządzeń na których przechowywane będą dane (szafy RACK) – wykonawcy nie mogą korzystać z szaf, które były wykorzystywane w innych projektach. Podobnie sprzęt do obsługi DWDM (w zamówieniu podstawowym i dla Prawa Opcji) również nie powinien być sprzętem używanym. Należało przyjąć pełną wartość urządzeń, a nie jedynie koszt eksploatacji w okresie wykonania zamówienia.

Sumaryczna przepustowość usługi DWDM (dla zamówienia podstawowego obejmującego połączenie pomiędzy CDP1 oraz CPD2 oraz Prawa Opcji przewidującego upgrade) niezbędna do świadczenia usługi powoduje upgrade z 80 Gbps do 440 Gbps (dla każdego 16Gbps FC przyjmuje się 20Gbps). Powoduje to, że koszt urządzeń niezbędnych do realizacji Prawa Opcji jest wielokrotnie wyższy od kosztu urządzeń dla realizacji zamówienia podstawowego. Przy krótkim terminie realizacji zamówienia objętego opcją, nie można zakładać, że dopiero przy skorzystaniu z Prawa Opcji dokona się zakupu urządzeń.

Do oferty należało wliczyć podatek mocy – koszt podwyżki energii od stycznia 2021 r., który wpłynie na łączny wzrost kosztów energii o ok. 10%.

Przy skróconym czasie uruchomienia usługi Zamawiający winien zweryfikować, czy w cenie wkalkulowano ryzyko związane z karami umownymi przewidzianymi na poziomie 1% wartości umowy za każdy dzień opóźnienia.

Netia zaoferowała cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia zarówno za zamówienie podstawowe, jak i Prawo Opcji na poziomie, który oderwany jest od jakichkolwiek realiów rynkowych, przez co dopuścił się również deliktu w postaci czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK.

Nieuprawnione przyznanie maks. Ilości punktów (35 pkt) w kryterium pozacenowym –termin rozpoczęcia świadczenia usługi, czyn nieuczciwej konkurencji oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Zdaniem Odwołującego o braku możliwości skrócenia terminu świadczenia usługi o 90 dni, świadczyć ma odwołanie Netii na zapisy siwz z 3 września 2020 r., w którym wykonawca przyznał, iż tylko obecny wykonawca jest w stanie rozpocząć świadczenie usługi w terminie najwyższej punktowanym. W odwołaniu z 17 sierpnia 2020 r. Netia wnosił o wydłużenie terminu do 180 dni, aby umożliwić wykonawcy przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usługi (czas na pozyskanie decyzji administracyjnych, zezwolenia na zajęcie pasa drogowego, uzyskania warunków dzierżawy, niezbędne prace projektowe, prace budowlane, dostawa sprzętu i jego skonfigurowanie).

Odwołujący wskazał na stałą, cykliczną okoliczność występującą po stronie właściciela infrastruktury, tj. brak możliwości prac w sezonie zimowym w okresie 15.12-06.01.

Gdyby Netia uzyskała 0 pkt w kryterium pozacenowym *Termin Rozpoczęcia świadczenia Usługi*, wówczas to oferta Odwołującego otrzymałaby najwyższą ilość punktów. Zdaniem Odwołującego Netia nie była uprawniona do złożenia oświadczenia o skróceniu terminu do 90 dni, co jest działaniem zmierzającym do wyrządzenia deliktu w postaci opisanej w art. 15 ust. 2 pkt 1 UZNK, a także deliktu klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 UZNK. Podanie świadomości

nierealnego terminu prowadzi do naruszenia interesów Odwołującego, który złożył ofertę w warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu zamówienia, posiadanych możliwości, jak również interesu Zamawiającego w postaci wywołania niezgodnego z rzeczywistością i oczekiwaniami przeświadczenia o możliwości uruchomienia usługi w krótkim okresie czasu. Narusza również dobre obyczaje kupieckie.

Wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie skrócenia terminu o 90 dni winno skutkować wykluczeniem Netii z postępowania. Informacja wprowadzająca w błąd miała istotny wpływ na decyzje Zamawiającego – na wynik postępowania, gdyż stanowiła podstawę do przyznania punktów w kryterium o wadze 35%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2d Pzp, kryteria oceny ofert mają umożliwić sprawdzenie przedstawionych przez wykonawców oświadczeń. Zamawiający zaniechał wystąpienia o wyjaśnienie oświadczenia wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp i zweryfikowania jego prawdziwości.

Ogół zaniechań Zamawiającego przedstawiony w Odwołaniu pokazuje, że nie dochował on należytej staranności przy badaniu i ocenie ofert. Odwołujący może jedynie przypuszczać, że po otwarciu ofert Zamawiający podjął już decyzję o wyborze oferty Netia, nie bacząc na to, czy jest ona zgodna z SIWZ, zawiera rażąco niską cenę zarówno w zakresie oferty brutto za zamówienie podstawowe, jak i Prawo Opcji, czy Netia wbrew swoim wcześniejszym oświadczeniom dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji, w sposób nieuprawniony oświadczając o max. skróceniu Terminu Rozpoczęcia Świadczenia Usługi. Opisany stopień zaniechań Zamawiającego na pierwszy rzut oka nie wzbudza zaufania do rzetelności podejmowanych przez niego działań, Zamawiający niekiedy wręcz rażąco narusza podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia, w tym zasady jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przytoczone przez Odwołującego zachowania Zamawiającego pokazują, że pozoruje on jedynie rzetelność w badaniu i ocenie oferty Netia. Powyższe uzasadnia złożenie niniejszego Odwołania, potwierdzając również zasadność zawartych w nim zarzutów.

Zamawiający w piśmie z 4 lutego 2021 r. uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt II lit. b dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1, 2 i 3, art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów w odwołaniu wniósł w piśmie z dnia 15 lutego 2021 r. uczestnik przystępujący po stronie Zamawiającego – Netia S.A.

W dniu 19 lutego 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w części, w której nie zostało ono uwzględnione przez Zamawiającego w piśmie z 4.02.2021 r.

Zamawiający w odpowiedzi przywołał poszczególne zdarzenia, jakie poprzedzały jego czynności, w szczególności podjęte po wydaniu postanowienia Izby w przedmiocie umorzenia postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 3362/20.

Zamawiający wezwał Netia S.A. pismem z 23.12.2020 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełniania przez oferowany przez Przystępującego Data Center mieszczący się w Jawczycach przy ul. Sadowej 5 wymagań sprecyzowanych w OPZ oraz na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Ustawy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny prawa opcji. Zamawiający ocenił wyjaśnienia i dokonał 14.01.2021 r. wyboru oferty Netia S.A. jako najkorzystniejszej.

Podana lokalizacja dla Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych (CPD-2) w Jawczycach, w której ma być świadczona usługa, spełnia wszystkie wymagania z OPZ (przywołane w odpowiedzi na odwołanie), które dotyczyły między innymi miejsca położenia posesji (w tym związanych z ochroną przed zalaniem, wpływem działalności składowisk lub fabryk produkujących materiały toksyczne, odległością od Warszawy, odległością od miejsc narażonych na wandalizm, ataki terrorystyczne), materiałów użytych do wykonania podłogi technicznej, konstrukcji stropów. Zamawiający wskazał również na konieczność spełniania przez CPD-2 wymagań obowiązujących przepisów oraz polskich norm.

Zamawiający wskazał, iż nie żądał przedłożenia dokumentów świadczących o zgodności oferowanych usług z wymaganiami Zamawiającego, zatem nie miał podstaw do odmowy przyjęcia, że oferowana lokalizacja spełnia wymagania postawione w siwz. W celu rozwiania wątpliwości Zamawiający wezwał Netia S.A. pismem z 23.12.2020 r. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie treści złożonej oferty, tj. że Data Center (CPD2), w którym będzie świadczona usługa na rzecz Zamawiającego spełnia wymogi postawione w OPZ dotyczące: zlokalizowania budynku w odległości min. 200 m. od standardowej trasy podejścia do lądowania samolotów, zlokalizowania budynku w odległości min. 200 m od składowisk lub fabryk produkujących materiały toksyczne, radioaktywne, wybuchowe, żrące, łatwopalne, spełniania przez budynek wymagań obowiązujących przepisów oraz polskich norm.

Złożone wyjaśnienia były kompleksowe, rzeczowe złożone zostały wraz z dowodami i zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający wskazał na brak dowodów od Odwołującego, które potwierdzałyby, iż CPD 2 nie zostało faktycznie ukończone, jak również na brak wskazania, który konkretnie wymóg stawiany w OPZ nie został dotrzymany. Żaden z wymogów dotyczących budynku nie został powiązany z koniecznością ukończenia CPD 2 (w sensie ukończenia robót budowlanych) na chwilę składania ofert. Według Zamawiającego weryfikacja spełniania przez CPD 2 warunków opisanych w rozdziale IV OPZ jest możliwa także w odniesieniu do budynku, który nie został ukończony lub oddany do użytkowania. *Nie stanowi bowiem trudności stwierdzenie, czy określony obiekt budowlany (choćby nieukończony) znajduje się np. w obrębie obszaru geograficznego miasta stołecznego Warszawy, czy w odległości 20 km od jej granic. W związku z powyższym, badanie oferty Przystępującego pod względem jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach postępowania – które opierać się mogło wyłącznie na podstawie dokumentów żądanych przez Zamawiającego i złożonych w Postępowaniu przez Przystępującego – musiało skutkować wnioskiem o jej zgodności z rzeczowymi wymaganiami.*

Odnosnie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w związku z niedostatecznym wykazaniem rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, Zamawiający wskazał na dwa wezwania, jakie skierował, w jego ocenie w sposób dopuszczalny przepisami Ustawy i zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 17.12.2020r., w zakresie wyjaśnienia ceny brutto za zamówienie podstawowe (wezwanie z 6.11.2020 r.) oraz za prawo opcji (wezwanie z 23.12.2020r.). Zamawiający wskazał na brak dowodów, które Odwołujący dopiero zapowiedział złożyć na rozprawie, co

ocenić należy jako działanie spóźnione, uniemożliwiające tak Zamawiającemu, jak i Izbie, rzeczowe ustosunkowanie się do tych dowodów. Odwołujący podtrzymał ocenę wyjaśnień składanych przez Przystępującego w pismach z 17.11.2020 r. oraz 7.01.2021 r. Zamawiający nie dopatrył się zagrożenia możliwości wykonania usługi za zaoferowaną cenę, tak zamówienia podstawowego, jak i objętego prawem opcji. Zdaniem Zamawiającego przeświadczenie Odwołującego, co do wystąpienia ceny rażąco niskiej wynika z faktu, że cena oferowana przez Odwołującego znacznie przekracza szacunki Zamawiającego, co implikuje wniosek, że wykonanie zamówienia po cenie niższej niż zaoferowania przez Odwołującego nie jest możliwe. Według wiedzy Zamawiającego usługa kolokacji oferowana przez Przystępującego ma być realizowana w nowo wybudowanym, nowoczesnym, energooszczędnym obiekcie, gdzie większość procesów związanych z utrzymaniem urządzeń jest zaprojektowana w sposób zapewniający optymalne wykorzystanie energii (klimatyzacja, wentylacja, zasilanie urządzeń) i stworzone są systemy do obsługi wielu kolokacji, a nie pojedynczej usługi; również wykonanie i eksploatacja wysoko wydajnych łączy dostępowych/światłowodowych dla całej infrastruktury generuje niższe koszty w stosunku do modernizacji centrów przetwarzania danych niezaplanowanych dla celów kolokacji (przetwarzania danych) istniejących obecnie, to samo dotyczy kosztów nadzoru czy kosztów pracy.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. wykazu usług, w ocenie Zamawiającego zarzuty dotyczące powołanych w wykazie usług wynikają z przypuszczeń Odwołującego i nie zostały niczym poparte. Wykaz wraz z referencjami zawiera wszystkie wymagane informacje, pozwalające zweryfikować doświadczenie wykonawcy. Wobec braku dowodów lub chociaż wątpliwości świadczących o odmiennym stanie rzeczy, Zamawiający jest zobligowany uznać, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie ma podstaw do jego wykluczenia, czy też zbywania do uzupełnienia, wyjaśnienia dokumentów.

W odniesieniu do terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, skróconego o 90 dni przez Netia S.A. Zamawiający zobowiązany był ocenić ofertę w oparciu o oświadczenie złożone w ofercie i bez znaczenia dla tej oceny były oświadczenia Netii S.A. składane na etapie odwołań wnoszonych na siwz. Zamawiający nie miał wątpliwości, które mogłyby uzasadniać wezwanie do wyjaśnienia terminu, który pierwotnie w siwz określony był przedziałem czasu wynoszącym 30 dni. Złożenie odwołania na aktualne postanowienia siwz, przewidujące przyznanie punktów za skrócenie terminu o 90 dni nie oznacza, że termin ten był nierealny dla Netii. Na tej podstawie Zamawiający nie miał prawa domniemywać o niezgodności oferty Netia S.A. z siwz. Nie zaistniały podstawy do wykluczenia z postępowania z uwagi na rzekome wprowadzenie w błąd, czy też odrzucenia oferty z uwagi na rzekomy czyn nieuczciwej konkurencji.

Na posiedzeniu przed skierowaniem odwołania do rozpoznania na rozprawę Odwołujący cofnął część zarzutów, tj. zarzut pkt. II, lit. a) odwołania, dot. zaniechania odrzucenia oferty Netia w związku z brakiem spełnienia warunków dla lokalizacji CPD 2 oraz zarzut opisany w pkt II, lit. b) odwołania, w części dot. zaniechania odtajnienia i udostępnienia pełnej treści zał. nr 4 do wyjaśnień oraz lit. d) dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Netia jako zawierającej rażąco niską cenę. W pozostałym zakresie podtrzymał zarzut z odwołania.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 nowej Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołanie dotyczy czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący ma interes w tym, aby żądać zweryfikowania prawidłowości tych czynności, których skutkiem jest udzielenie zamówienia innemu wykonawcy. Składając ważną ofertę (drugą ze złożonych w przetargu), Odwołujący posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które ostatecznie pozbawiały go szansy na uzyskanie zamówienia.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia podtrzymanych zarzutów, związane z badaniem i oceną oferty Netia S.A.

Zaskarżona czynność wyboru oferty Netia S.A. jest czynnością ponowioną w postępowaniu, do czego doprowadziły czynności, do których dokonania zobowiązał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożone do Krajowej Izby Odwoławczej przez ATM S.A. (odwołanie z 17.12.2020 r.).

Na podstawie protokołu z posiedzenia w sprawie o sygn. akt KIO 3362/20 z 7 stycznia 2021 r. Izba ustaliła, iż Zamawiający oświadczył, że w ramach powtórzonej czynności badania i oceny zbada wszystkie oferty w pełnym zakresie, a w przypadku oferty Przystępującego (dot. oferty Netia S.A.) co najmniej w zakresie wskazanym w odwołaniu. Zamawiający oświadcza, że przekaze Odwołującemu całość jawnej dokumentacji postępowania niezwłocznie, tj. w terminie umożliwiającym mu skuteczne złożenie odwołania, a w przypadku uznania, że część dokumentacji przekazanej przez Przystępującego została przez niego skutecznie zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa, przekaze Odwołującemu informację o uznaniu tej dokumentacji jako skutecznie zastrzeżoną w terminie jak wyżej. Odwołujący, w związku z powyższym oświadczeniem Zamawiającego, wycofał na posiedzeniu złożone odwołanie. Na tej podstawie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze wydając 7.01.2021 r. stosowne postanowienie.

Zamawiający 23.12.2020 r. unieważnił czynność wyboru oferty Netia S.A. z 8.12.2020 r.

22.01.2021 r. Zamawiający poinformował ATM o wykonaniu zobowiązania, złożonego do protokołu posiedzenia w sprawie odwoławczej, tj. zakończeniu sprawdzania ofert w zakresie wskazanym w odwołaniu oraz zakończeniu procesu i weryfikacji ofert, co zostało potwierdzone dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, iż nie był zobowiązany do wezwania Netia S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w zakresie, w którym oferta nie budziła wątpliwości, co odnosił do oświadczenia wykonawcy o skróceniu terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia.

Ponieważ termin ten mieścił się w przedziale wskazanym przez Zamawiającego, nie wymagał on wyjaśnienia. W przypadku niedotrzymania tego terminu Zamawiający korzystać będzie z sankcji przewidzianej w umowie. Zamawiający przekazał ATM tą część dokumentacji, która w jego ocenie nie stanowiła tajemnicy przedsiębiorstwa – tj. wykaz usług i referencje oraz wszystkie załączniki do pisma Netii z 7.01.2021 r., które nie dotyczą wyjaśnień rażąco niskiej ceny (tj. załączniki nr 2, 3, 4 i 11).

W ramach ponownej weryfikacji ofert Zamawiający pismem z 23.12.2020 r. zwrócił się między innymi do Odwołującego o wyjaśnienie na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy treści oferty, tj. spełniania przez podaną lokalizację, w której będzie świadczona usługa wymagań opisanych w siwz, tj. w pkt IV, ppkt 8 (odległości budynku CPD 2 do standardowej trasy podejścia do lądowania samolotów), ppkt 5 (odległości budynku CPD 2 od składowisk lub fabryk produkujących materiały toksyczne, radioaktywne, wybuchowe, żrące, łatwopalne), ppkt 17 (wymagań obowiązujących przepisów oraz polskim norm).

Pismem z 23.12.2020 r. Zamawiający wystąpił do Netii S.A. na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy o wyjaśnienie treści oferty, tj. spełniania przez podaną lokalizację, w której będzie świadczona usługa wymagań opisanych w siwz, tj. w pkt IV, ppkt 8 (odległości budynku CPD 2 do standardowej trasy podejścia do lądowania samolotów), ppkt 5 (odległości budynku CPD 2 od składowisk lub fabryk produkujących materiały toksyczne, radioaktywne, wybuchowe, żrące, łatwopalne), ppkt 17 (wymagań obowiązujących przepisów oraz polskim norm). Ponadto, Zamawiający poinformował wykonawcę o odtajnieniu złożonych na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy dokumentów – wykazu usług wraz z referencjami, wskazując uzasadnienie dla odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych dokumentów oraz wezwał wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Ustawy do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi wyliczenia ceny prawa opcji. Zamawiający wskazał, iż wezwanie w tym zakresie stanowi uzupełnienie do wyjaśnień złożonych 17.11.2020 r. w zakresie rażąco niskiej ceny za zamówienie podstawowe. Z uwagi na fakt, iż w pierwszym wezwaniu Zamawiający nie określił precyzyjnie, że wyjaśnienia powinny dotyczyć również prawa opcji, konieczne stało się doprecyzowanie wyjaśnień w tym zakresie.

Pierwsze wezwanie do Netii S.A o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny Zamawiający skierował w piśmie z 6.11.2020 r. wskazując na wątpliwości, jakie budzi *w szczególności istotna część składowa ceny – zaoferowana przez Państwa cena brutto za zamówienie podstawowe. Cena ta jest o ponad 49 % niższa od średniej arytmetycznej cen brutto za zamówienie podstawowe zawartych w złożonych ofertach, dlatego też wydaje się wątpliwa możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w tym zakresie zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.*

Pismem z 7.01.2021 r. Netia S.A. potwierdziła w odniesieniu do lokalizacji wskazanej dla CPD 2, tj. Jawczyce ul. Sadowa 5, iż spełnia ona wymagania wskazane przez Zamawiającego prezentując mapki, linki. W odniesieniu do wymagań przepisów Prawa budowanego oraz polskich norm, odniósł się do położenia dróg dojazdowych oraz złożył wyjaśnienia w zakresie ceny za prawo opcji i załączył dowody. Wyjaśnienia uwzględniały koszty energii, pracownicze, infrastruktury technicznej, czy też kosztów zakupu urządzeń oraz założony zysk.

14.01.2021 r. Zamawiający dokona wyboru oferty Netia S.A. uznanej za najkorzystniejszą. Wykonawca ten otrzymał najwyższą ilość punktów w kryteriach oceny ofert: cena (50 pkt), dostępność usługi (15 pkt), termin rozpoczęcia świadczenia usługi (35 pkt). Druga oferta – oferta Odwołującego otrzymała łącznie w trzech kryteriach 68,69 pkt, w tym w kryterium cena – 18,69 pkt, dostępność usługi – 15 pkt, termin rozpoczęcia świadczenia usługi – 35 pkt.

W odwołaniu z 17.12.2020r. ATM postawiło zarzuty w zakresie oceny oferty Netia S.A. oparte na podobnych podstawach faktycznych jak obecnie, jednak bez znajomości dokumentów, które stanowiły na moment złożenia odwołania tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, dokumenty złożone na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy (wykaz usług wraz z referencjami). Stąd Odwołujący w pierwszym odwołaniu sformułował zarzut zaniechania odrzucenia oferty Netia S.A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę za zamówienie podstawowe, jak i prawo opcji oraz zarzut ewentualny zaniechania wezwania do wyjaśnień dot. ceny zamówienia podstawowego oraz prawa opcji, *jeżeli z dokumentów Postępowania wynikałoby, że Zamawiający nie badał oferty NETIA w tym zakresie.* W odwołaniu tym ATM odniósł się również do podstawy zarzutu popelnienia czynu nieuczciwej konkurencji w związku ze skróceniem terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, jak również oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Na etapie poprzedzającym składanie ofert Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów siwz, w tym w odniesieniu do oczekiwanego czasu uruchomienia usługi, dla której pierwotnie określił termin wynoszący 30 dni kalendarzowych od podpisania umowy. W jednym z pytań do siwz (sprzed zmiany) zadające je wykonawca wskazywał jako termin realny – 120 dni kalendarzowych na przygotowanie usługi zgodnie z wymaganiami zamawiającego (m.in. szafy, listwy, zasilacze) oraz budowy niezbędnej infrastruktury, zarówno dla zamówienia podstawowego oraz realizacji dodatkowych szaf na podstawie prawa opcji.

W dniu 17.08.2020 r. Netia S.A. złożyła odwołanie na postanowienia siwz, w tym dotyczące terminu uzyskania pełnej gotowości do świadczenia usług wnosząc o jego wydłużenie maksymalnie do 180 dni kalendarzowych. W uzasadnieniu zarzutu Netia S.A. wskazała na konieczność wydłużenia czasu do żądanych 180 dni, jako czasu niezbędnego do przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury pomiędzy CPD 1 i CPD 2.

21.08.2020 r. Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień siwz, w tym dotyczących terminu rozpoczęcia świadczenia usługi – uzyskania pełnej gotowości do świadczenia usługi oraz kryteriów oceny ofert, które pierwotnie obejmowały dwa elementy oceny, tj. cena 60% i dostępność usługi 40%. Po zmianie kryteria oceny ofert ustalone zostały dla: cena 50%, dostępność usługi 15% oraz termin rozpoczęcia świadczenia usługi 35%. W opisie kryterium rozpoczęcia świadczenia usługi Zamawiający zawarł wytyczne dla oceny:

Ocena w zakresie kryterium Terminu Rozpoczęcia Świadczenia Usługi zostanie dokonana na podstawie zaoferowanego przez wykonawcę czasu liczonego od momentu podpisania umowy do chwili rozpoczęcia świadczenia usługi kolokacyjnej. Maksymalny termin rozpoczęcia świadczenia usług wynosi 180 dni od daty podpisania umowy. Wykonawca może zaoferować skrócenie ww. maksymalnego terminu od 1 do 90 dni. Każda z ofert w ramach kryterium Termin Rozpoczęcia Świadczenia Usługi otrzymać może maksymalnie 35 punktów. Punkty w ramach kryterium zostaną przyznane za skrócenie terminu rozpoczęcia realizacji świadczenia usługi. Zaoferowane skrócenie terminu rozpoczęcia realizacji świadczenia usługi musi mieścić się w przedziale zamkniętym od 1 do 90 dni.(...)

Maksymalnie w tym kryterium można uzyskać 35 punktów, co oznacza że zaoferowanie przez Wykonawcę skrócenia terminu realizacji zamówienia o więcej niż 90 dni nie spowoduje przyznania dodatkowej liczby punktów.

UWAGA!

- Brak zaoferowania skrócenia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi spowoduje przyznania 0 punktów w tym kryterium.
- Zaoferowanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi dłuższego niż 180 dni spowoduje odrzucenie oferty.

Netia S.A. złożyła 3.09.2020 r. kolejne odwołanie, w którym kwestionowała dokonaną zmianę kryteriów oceny ofert, w których przyjęto termin rozpoczęcia świadczenia usługi, co miało stawiać w uprzywilejowanej pozycji podmiot, który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego. W uzasadnieniu zarzutu wskazywał na okoliczność dotyczącą konieczności pozyskania lub wybudowania infrastruktury w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego.

Na skutek składanych odwołań oraz pytań i odpowiedzi do siwz termin składania ofert uległ przedłużeniu do 30.10.2020r. Na otwarciu ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 5.911.380,00 zł.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców z cenami: 4.549.032,00 zł w tym 1.015.488,00 zł za prawo opcji (Netia S.A.) oraz 12.169.029,60 zł w tym za prawo opcji – 1.840.572,00 zł. (ATM S.A.). W ofercie Netia S.A. zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa lokalizację. Na moment złożenia odwołania informacja ta nie stanowiła już tajemnicy przedsiębiorstwa.

Obaj wykonawcy zaoferowali termin rozpoczęcia świadczenia usługi wynoszący 90 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, co pozwoliło uzyskać maksymalną liczbę punktów, decydującą faktycznie o pozycji rankingowej oferty Netia S.A., gdyż różnica w punktacji uzyskanej w kryterium „cena”, pomimo dużej różnicy w cenie, nie miała tak znaczącego przełożenia na końcową ocenę uzyskaną przez obie oferty.

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu potwierdzającego wymagane doświadczenie w świadczeniu usług kolokacji, tj. wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień (umów) o wartości nie mniejszej niż 3 600 00,00 zł brutto każda, polegających na świadczeniu usług w zakresie zapewnienia odpowiedniej powierzchni i utrzymywaniu funkcjonowania środowisk IT w centrum przetwarzania danych oraz zapewnieniu fizycznego połączenia pomiędzy dwoma centrami przetwarzania danych, Netia S.A. złożyła wykaz usług wraz z referencjami. W wykazie ujęte zostały dwa zamówienia, które miały być wykonane przez Netię S.A., oba o wartości „powyżej 3 600 00,00 zł brutto”, aktualnie świadczone odpowiednio od 01.04.2012 r. (na rzecz BNP Paribas Bank Polska S.A.) oraz od 01.12.2006 r. (na rzecz P4 Sp. z o.o.). W opisie kolumny „Wartość (brutto) zamówienia” zawarty został opis: (W przypadku wykazania przez Wykonawcę zamówienia o szerszym zakresie rodzajowym niż obejmuje opis spełnienia warunku, Wykonawca obowiązany jest wskazać wyłącznie wartość usługi wymaganej w warunku).

Do wykazu załączone zostały dwie referencje:

- z 08.09.2020 r. wystawiona przez BNP Paribas Bank Polska S.A., w której potwierdzono, iż *Netia wykonuje umowę w zakresie usług polegających na zapewnieniu odpowiedniej powierzchni i utrzymaniu funkcjonowania środowisk IT w centrum przetwarzania danych oraz zapewnieniu fizycznego połączeniu pomiędzy dwoma centrami przetwarzania danych. Usługi te wykonywane są należycie.*

- z 09.11.2020 r. od P4 Sp. z o.o., w której potwierdzono, iż *Netia wykonuje umowę w zakresie usług polegających na zapewnieniu odpowiedniej powierzchni i infrastruktury w centrum przetwarzania danych oraz zapewnienia fizycznego połączenia pomiędzy dwoma centrami przetwarzania danych. Jednocześnie informujemy, że współpraca z operatorem odbywa się zgodnie z kontraktem.*

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dokumentację postępowania w zakresie odnoszącym się do okoliczności opisanych powyżej, jak również dowód przedłożony przez Odwołującego – fragment sprawozdania finansowego opublikowany przez Netia S.A. i dotyczący *Informacji dodatkowej do śródrocznego skróconego skonsolidowanego sprawozdania finansowego na dzień i za okres sześciu miesięcy zakończony 30 czerwca 2020 r.*, potwierdzający stan faktyczny i prawny nieruchomości, na której realizowana jest inwestycja polegająca na budowie budynku biurowo-serwerowego w Jawczycach. Zgodnie z oficjalną informacją: *„W dniu 31 lipca 2020 r. Netia zawarła z Laris Technologies Sp. z o.o. (dalej „Sprzedający”) umowę sprzedaży (dalej „Umowa Sprzedaży”), na podstawie której Spółka nabyła za kwotę netto 21.020 zł udziały we współwłasności nieruchomości gruntu w miejscowości Jawczyce, w tym udziały we współwłasności działek, na których realizowana jest przez Sprzedającego inwestycja budowlana polegająca na budowie obiektu biurowo-serwerowego, tj. Centrum Danych, o powierzchni całkowitej 3.873 m2 (dalej „Inwestycja”) oraz autorskie prawa majątkowe i autorskie prawa zależne do projektów budowlanych oraz projektu wykonawczego, na podstawie których realizowana jest Inwestycja. Cena zostanie zapłacona przez Netię w terminie do dnia 31 stycznia 2021 r.*

Jednocześnie w związku z realizowaną na nieruchomościach przez Sprzedającego Inwestycją, Netia zawarła ze Sprzedającym umowę o zastępstwo inwestycyjne powiernicze, na podstawie której Sprzedający wykona we własnym imieniu i na własny rachunek zadanie polegające na kontynuacji realizacji Inwestycji, doprowadzeniu do uzyskania dla Inwestycji ostatecznego pozwolenia na użytkowanie, nie później niż do dnia 10 marca 2021 r. oraz wydaniu Spółce ukończonej Inwestycji w terminie do dnia 31 marca 2021 r., za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości netto 57.600 zł które zostanie uiszczone przez Emitenta w terminie nie później niż do dnia 31 grudnia 2021 roku.”

Odwołujący do pisma procesowego z 22.02.2021 r. załączył aktualne zdjęcia terenu budowy w Jawczycach prezentujące gotowy budynek z ogrodzeniem tymczasowym oraz niezagospodarowanym terenem.

Zamawiający przedłożył nowy dokument, tj. wydruk z korespondencji mailowej, jaką prowadził z wystawcą jednej z referencji złożonej przez Netia S.A., wystawionej przez BNP Paribas Polska S.A., w celu uzyskania informacji o dokładnej wartości lub potwierdzenia, że wartość wykonanej usługi – kwota brutto umowy wynosi co najmniej 3 600 000, - PLN i została wykonana w okresie 3 lat od daty składania ofert, tj. 30.10.2020 r. (zapytanie z 4.02.2021 r.). Odpowiedź z 5.02.2021 r. zawiera się w jednym zdaniu: *Potwierdzam kwotę oraz usługi, które zostały wymienione w tabeli poniżej, gdzie wklejona została pierwsza pozycja w tabeli stanowiącej wykaz usług złożony przez Netia S.A.*

Na rozprawie Zamawiający oświadczył do protokołu, iż drugi z wystawców referencji złożonych w przetargu przez Netia S.A., na zadane pytanie o wskazanie dokładnej wartości lub potwierdzenie wartości usługi wykonanej przez Netia w

okresie 3 lat od daty 30.10.2020 r., odmówił odpowiedzi zasłaniając się tajemnicą handlową.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż odwołanie w części zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego zasługuje na uwzględnienie.

Zasadniczymi dla wyniku postępowania odwoławczego stał się zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Netia S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 UZNK w związku z oświadczeniem tego wykonawcy o skróceniu terminu rozpoczęcia świadczenia usługi do 90 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy. Izba uznała również zasadność zarzutów związanych z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w świadczeniu usług kolokacji, jednak nie uwzględniła żądań Odwołującego, w których zasadniczo wnosił o nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia/wyjaśnienia treści dokumentów, tj. wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umów. Ponieważ żądanie odrzucenia oferty w związku z zarzutem wskazanym powyżej wywoływało najdalej idący skutek dla oceny oferty Netii S.A., Izba nie uwzględniła również żądania wykluczenia Netii S.A. z postępowania, co wymagałoby uprzedniego nakazania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Ustawy takie wezwanie nie byłoby możliwe, gdyż oferta podlega odrzuceniu.

Odnosząc się zatem do kwestii podstawowej, tj. oceny zachowania Netii S.A. pod kątem możliwości dopuszczenia się deliktu konkurencyjnego, Izba na podstawie okoliczności, stwierdzonych na moment orzekania doszła do wniosku, iż złożenie oświadczenia o skróceniu terminu rozpoczęcia świadczenia usługi do 90 dni kalendarzowych, w okolicznościach znanych Netii S.A. na moment składania oferty, świadczy o czynie nieuczciwej konkurencji, który wypełnia zarówno dyrektywę normy generalnej z art. 3 ust. 1 UZNK, jak również wyczerpuje znamiona czynu ogólnie opisanego w art. 15 ust. 1 UZNK.

Uwzględniając stanowiska prezentowane w orzecznictwie sądowym, w których określano relacje zachodzące pomiędzy art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019, poz. 1010) i przepisami (czynami stypizowanymi) rozdziału 2 te same ustawy Izba uznała, iż oceny zachowania wykonawcy należało dokonać zarówno w kontekście wypełnienia normy generalnej, jak również wypełnienia przepisów opisujących zachowania uznawane za czyn nieuczciwej konkurencji. Z uwagi na rozbieżność, jaka widoczna jest w tej materii również w orzecznictwie Sądu Najwyższego, należało w sposób całościowy poddać czyn zidentyfikowany przez Odwołującego ocenie prawnej. Część sądów uznawała, w sytuacji gdy czyn sprawcy wyczerpywał znamiona któregośkolwiek z czynów opisanych w rozdziale 2 (tj. w przepisach art. 5-17 UZNK), za niedopuszczalne sięganie do klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 UZNK, co uzasadniane było wolą ustawodawcy, który dając wyraz swoim preferencjom, opisał w sposób wyczerpujący czyny wypełniające definicję (tak w wyroku SN z 7.03.1997 r., II CKN 70/96, OSNC 1997/8, poz. 113). W opozycji do tego stanowiska znajdują się orzeczenia, w których relacja ta wyjaśniana jest jako uzupełniająca się, oparta na założeniu, iż wymienione w ustawie czyny niedozwolone nie tworzą zamkniętego katalogu. Za delikt konkurencyjny w rozumieniu ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione w art. 5-17 UZNK, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w normie ogólnej określającej czyn nieuczciwej konkurencji. Z drugiej strony przy działaniu odpowiadającym stypizowanemu w art. 5-17 UZNK zachowaniu stanowiącym delikt, wymagania ogólne czynu nieuczciwej konkurencji zachowują aktualność. Tym samym, art. 3 ust. 1 UZNK może stanowić także samodzielną podstawę dla uznania określonego zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji (wyrok SN z 9.05.2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004/7, poz. 54 oraz z 26.11.1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999/5, poz. 97).

Ponieważ w świetle działań Netii S.A. miało dojść do naruszenia interesów Odwołującego zastosowanie znajdował zarówno przepis art. 3 ust. 1 UZNK, jak i przepis art. 15 ust. 1 UZNK.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. *Dobre obyczaje są wskazówką postępowania istniejącą obiektywnie; obecnie próbując wyjaśnić ten zwrot ustawowy, wyrażany jest pogląd, że miarą pożądaných zachowań rynkowych jest rywalizacja uwzględniająca kryteria ekonomiczno-funkcjonalne* (Por. J. Szwaja, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz* red. J. Szwaja, Warszawa 2013, s. 159 i n.). *Tak więc, konkurencja powinna polegać na niezafałszowanym (współistnieniu) współzawodnictwie rynkowym jakością, ceną i innymi, pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów i usług* (Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, E. Nowińska, *Analiza postępowań sądowych, w których podstawą roszczenia były przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Kraków 2014, s. 3).

Zachowanie Netii S.A. poddane ocenie według normy generalnej czynu nieuczciwej konkurencji polegać miało na nadmiernym, świadomym skróceniu w ofercie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi kolokacji do 90 dni kalendarzowych we wskazanej lokalizacji CPD 2, prowadzące do naruszenia interesu Odwołującego, który złożył ofertę konkurującą nią w przetargu o zamówienie publiczne z Netią S.A.

Dla tej oceny okolicznością istotną, która czynić miała działanie Netii S.A. naruszającym dobre obyczaje, były ustalenia poczynione w ramach postępowania odwoławczego i dotyczące stanu faktycznego dla lokalizacji w Jawczycach, w której świadczona miała być usługa w terminie zadeklarowanym w ofercie, podlegającym ocenie w kryterium pozacenowym. Na podstawie dowodów, w postaci informacji o stanie inwestycji opublikowanej przez Netia S.A. na dzień 12.08.2020 r., oświadczenia pełnomocnika Netii S.A. złożonego na rozprawie o stanie zaawansowania prac na budowie, Izba uznała, jako wykazaną okoliczność dotyczącą braku możliwości rozpoczęcia świadczenia usługi w terminie 90 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, co czyniło oświadczenie złożone w ofercie zafałszowanym, naruszającym uczciwą konkurencję w przetargu, w którym o ofercie najkorzystniejszej decydowały kryteria, w tym wskazany termin.

Do wniosku tego uprawniały zdarzenia, jakie miały miejsce w trakcie procedury przetargowej, w tym działania samej Netii S.A., które doprowadziły do wydłużenia wymaganego w siwz terminu z 30 do 180 dni kalendarzowych, jak również istniejący na dzień rozpoznania zarzutu, stan zaawansowania inwestycji budowlanej. Na moment zamknięcia rozprawy (23.02.2021 r.), zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika Netii S.A., prace budowlane zostały zakończone, a obiekt jest na etapie końcowych odbiorów i bliskie jest uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Powyższe wskazuje zatem, iż składając ofertę 30.10.2020 r. wykonawca powinien był przyjąć założenia związane z zakończeniem inwestycji w Jawczycach wynikające z umowy o zastępstwo inwestycyjne powiernicze, które uprawniały do przyjęcia, jako terminu pozwalającego na rozpoczęcie świadczenia usługi terminu liczonego od dnia wydania Spółce ukończonej inwestycji, w którym przewidziano lokalizację dla CPD 2, co było zakładane na koniec marca 2021 r. Przy czym termin ten powinien pozwalać wykonawcy na przygotowanie infrastruktury technicznej pozwalającej na połączenie CPD 1 i CPD 2, co zgodnie z jego oświadczeniami składanymi Zamawiającemu na etapie odwołania na zapisy siwz, wymagać miało 180 dni

kalendaryzowanych. Na rozprawie pełnomocnik wyjaśniał, iż termin ten został zgłoszony Zamawiającemu, jako korzystny dla wykonawcy. Izba oceniała te wyjaśnienia jako niepełne, gdyż wymagały one odniesienia się również do okoliczności omawianej przez wykonawcę w odwołaniu, w którym przekonywał o potrzebie przygotowania infrastruktury technicznej, co dotyczyć miało zarówno wyposażenia w serwery i niezbędny sprzęt lokalizacji dla CPD 2, ale również infrastruktury pozwalającej połączyć się z lokalizacjami Zamawiającego. Zadeklarowany w ofercie termin rozpoczęcia świadczenia usługi utożsamiany był w siwz z osiągnięciem pełnej gotowości do świadczenia usługi. Nie było zatem wystarczającym uzyskanie pozwolenia na użytkowanie budynku i konieczne były dodatkowe prace adaptacyjne dla przedmiotowej usługi, co zgodnie z oświadczeniem Netii S.A. złożonym w ofercie miało być możliwe do osiągnięcia w terminie 90 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy.

W ocenie Izby, okoliczności faktyczne, w szczególności wynikające z pierwszej czynności wyboru oferty Netia S.A., wskazują, iż oświadczenie to zostało złożone „na wyrost”, tj. bez obiektywnego uzasadnienia dla tak optymistycznej prognozy zakończenia inwestycji budowlanej oraz przygotowania lokalizacji do świadczenia usługi w terminie 90 dni kalendarzowych. Składając 30.10.2020 r. oświadczenie o terminie wykonawca musiał mieć świadomość, iż termin ten nie będzie możliwy do dotrzymania, przy normalnym toku czynności przetargowych. Znalazło to potwierdzenie w przetargu, gdyż oferta Netii S.A. została po raz pierwszy wybrana na początku grudnia 2020 r., co gdyby nie odwołanie ATM, prowadziłoby do udzielenia zamówienia i zawarcia umowy zapewne jeszcze w grudniu 2020 r. W konsekwencji Netia S.A. musiałaby uzyskać pełną gotowość do świadczenia usługi przed końcem marca 2021 r. Tymczasem na koniec lutego nie doszło jeszcze do odbioru budynku, w którym ma być zlokalizowane CPD 2, co wymaga również jego wyposażenia i stworzenia pełnej infrastruktury technicznej koniecznej do świadczenia usługi, na co wykonawca przewidywał termin 90 dni, który upłynąłby na początku marca, co mogło nastąpić jeszcze przed uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie obiektu.

Powyższe zdarzenia prowadzą do wniosku, iż oświadczenie dotyczące skrócenia terminu musiało być złożone Zamawiającemu ze świadomością braku możliwości jego dotrzymania, a zatem wyłącznie w celu uzyskania maksymalnej ilości punktów, które okazały się być niezbędne dla uzyskania przewagi konkurencyjnej nad drugą ofertą ATM. Nawet występująca na korzyść Netii S.A. różnica w cenie nie gwarantowała uzyskania najwyższej punktacji i o uznaniu oferty za najkorzystniejszą zdecydowały punkty w kryterium *termin rozpoczęcia świadczenia usługi*.

Powyższe wskazuje bezpośrednio na naruszenie dobrych obyczajów, które oznaczają konieczność przestrzegania wytycznej dotyczącej zachowania uczciwej konkurencji w przetargu, która cytując ponownie *powinna polegać na niezafałszowanym (współistnieniu) współzawodnictwie rynkowym jakością, ceną i innymi, pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów i usług*.

W niniejszej sprawie Netia S.A. nie mogła konkurować z ATM terminem określonym w wymiarze 90 dni kalendarzowych, co czyni złożoną ofertę nieuczciwą i nie poddającą się regułom uczciwej konkurencji. Istotnym w sprawie pozostaje ustalenie, że na moment złożenia oferty wykonawca nie miał podstaw do skrócenia terminu o 90 dni. W momencie składania oferty nie wystąpiły żadne okoliczności mogące mieć wpływ na założenia, jakie istniały na dzień publikacji dodatkowej informacji do sprawozdania finansowego. Konsekwencje zaburzającego faktyczny obraz możliwości wykonawcy oświadczenia należy odnosić do momentu składania oferty. Jednak na wykazanie czynu nieuczciwej konkurencji pozwoliła w niniejszej sprawie czynność wyboru oferty Netii S.A. w grudniu 2020 r., do której można było odnieść termin 90 dni kalendarzowych liczony od zdarzenia, które wystąpić miało dopiero w przyszłości, tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby złożenie przez Netię S.A. oferty na warunkach, które rzeczywiście nie były dostępne dla tego wykonawcy i nie mogły być dotrzymane, utrudniało innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, gdyż stwarzało niemożliwą do przekroczenia w ramach uczciwej konkurencji barierę punktów decydujących o ofercie najkorzystniejszej. Ponieważ w przetargu Zamawiający ustanowił trzy kryteria oceny, w których Netia S.A. uzyskała maksymalną liczbę punktów, dla konkurentów (ATM), które oferowało wyższą cenę, pozostałe kryteria dawały szansę na zminimalizowanie strat, do jakich prowadziło złożenie oferty droższej. Ponieważ Netia S.A. zadeklarowała również najkrótszy z punktowanych termin rozpoczęcia świadczenia usługi, chociaż nie miała ku temu podstaw, pozbawiało to ATM możliwości uzyskania zamówienia, co nie było wynikiem niezachwianej konkurencji, ale praktyki, która taką konkurencję uniemożliwiała. Tym samym zachowanie wykonawcy wypełniało również czyn objęty normą art. 15 UZNK. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 25.10.2012 r., I CSK 147/12, *Konstrukcja art. 15 pkt 1–5 u.z.n.k. dowodzi, że ustawodawca wskazał jedynie przykładowo na postacie takich zachowań, których wystąpienie w stanie faktycznym sprawy przesądza o utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które to zachowanie jest jednym z czynów nieuczciwej konkurencji. Jeżeli więc stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1 pkt 1–5 u.z.n.k. to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1–5 tego przepisu doszło do utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku*.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należało wskazać, w ślad za Sądem Najwyższym (wyrok z 16.04.2009 r., I CSK 24/09), iż „W warunkach wolnej gospodarki przedsiębiorca nie ma prawa do „zawłaszczania” rynku lub jego części, a przeciwnie, prowadząc działalność musi liczyć się z dążeniem innych przedsiębiorców do jego zdobycia. Warunkiem istnienia konkurencji jest bowiem funkcjonowanie wielu przedsiębiorców oraz istnienie jak najszerszej rzeszy konsumentów zdolnych do nabywania towarów i usług, dlatego ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zmierza do ustalenia akceptowanych sposobów walki konkurencyjnej, przez działanie „uczciwe”, chroniące konsumentów przed podejmowaniem decyzji pod wpływem błędów co do podstawowych cech towaru, producenta lub dostawcy, mających rzeczywistą swobodę wyboru oraz chroniące przedsiębiorców przed stratami w walce konkurencyjnej nieprzestrzegającej ustalonych reguł. Różnorodność działań nie pozwala ich określić enumeratywnie, dlatego w ZNKU ustawa wskazuje ogólnie istotne cechy czynów nieuczciwej konkurencji, tj. sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, co najmniej zagrażające interesom innych przedsiębiorców lub klientów, a w ust. 2 zawiera przykłady typowych zachowań w ten sposób kwalifikowanych. W dalszych przepisach rozdziału 2 ustawy zamieszczono katalog typowych czynów nieuczciwej konkurencji”.

Rywalizacja o zamówienie publiczne nie może przyjmować takiego kierunku, aby nie dało się mówić o uczciwej rywalizacji. Składanie ofert „za wszelką cenę” niechybnie prowadzi będzie do zaburzenia reguł rynkowych ze stratą dla całego rynku i takim działaniem należy stawiać stanowczy opór. Tylko akceptowalne w warunkach uczciwej konkurencji metody, mieszczące się w warunkach opisanych w siwz, pozwolą na ochronę rynku i ocenę ofert sporządzonych w warunkach pozwalających na realizację zamówienia zgodnie z oświadczeniami składanymi w przetargu.

Ponieważ Netia S.A. wskazała lokalizację, w której zamierza świadczyć usługę w terminie ocenianym w kryterium oceny ofert, na wykonawcy spoczywał obowiązek rzetelnej analizy możliwości i warunków, z jakimi powinien się liczyć

składając odpowiedzialnie ofertę. W oparciu o oświadczenie wykonawcy Zamawiający dokonał oceny ofert i wybrał ofertę Netii S.A. w przekonaniu o możliwości dotrzymania terminu rozpoczęcia świadczenia usługi. W odpowiedzi na odwołanie wskazywał, iż nie miał możliwości zakwestionowania oświadczenia wykonawcy o dostępności dla Netii S.A. zadeklarowanego terminu. Stanowisko to jak najbardziej jest wiarygodne i za w pełni uzasadnione należy uznać oczekiwanie Zamawiającego, co do poprawności założeń, tak dotyczących samej lokalizacji, jak i terminu uruchomienia usługi. Powyższe wskazuje, jak destrukcyjne dla zachowania dostępu do rynku dla szerszej konkurencji mogą być zachowania wykonawców, którzy ze świadomością braku możliwości zakwestionowania oświadczenia, które odnosi się do przyszłego świadczenia, składają niemożliwe do dotrzymania deklaracje.

Użyty w art. 15 ust. 1 UZNK zwrot „utrudnianie” (dostępu do rynku) wskazuje, iż działanie podmiotu stanowić może delikt konkurencyjny, co wymaga aby tkwiły w nim elementy nieuczciwości. W ocenie Izby w niniejszej sprawie takiego charakteru nabrało działanie wykonawcy, który ze świadomością złożył oświadczenie wywołujące skutki dla oceny jego oferty, co miało również przełożenie na treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego, które w momencie składania nie miało podstaw faktycznych. Składając ofertę w przetargu wykonawcy związani są ustalonymi warunkami, które mogą ograniczać udział części z nich w zamówieniu, lub w ogóle uniemożliwiać złożenie oferty. Każdy z wykonawców zobowiązany jest ocenić własne możliwości, dostępne zasoby i na tej podstawie złożyć rzetelną ofertę, poddającą się porównaniu z innymi ofertami w warunkach uczciwej konkurencji. Zakłóceniem konkurencji jest składanie ofert „na wyrost”, tj. z przekroczeniem możliwości, jakie posiada dany wykonawca lub może posiadać w przypadku wyboru jego oferty. Zamówienia publiczne kształtują rynek, wpływają na pozycję wielu podmiotów gospodarczych i należy oczekiwać od uczestników tego rynku zachowania w pełni profesjonalnego i odpowiedzialnego. Opisane wcześniej powiązanie oświadczenia o terminie z kryteriami oceny ofert wskazuje wprost na działanie utrudniające dostęp do zamówienia innym wykonawcom (ATM) składającym rzetelne oferty. Co istotne, działanie Netii S.A. było nieuczciwe, stąd uzasadniona jest negatywna ocena prowadząca do uznania, iż ofert Netii S.A. powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, co prowadziło do uwzględnienia odwołania w tym zakresie i żądania odrzucenia oferty z przetargu.

Izba uznała również zasadność zarzutów związanych z oceną spełnienia przez Netia S.A. warunku udziału w postępowaniu. Izba przychyliła się w całości do wątpliwości, jakie podniósł Odwołujący wobec treści dokumentów złożonych na potwierdzenie wymaganego doświadczenia, tj. wykazu usług oraz referencji. W szczególności treść wykazu usług nie pozwalała jednoznacznie ustalić wartości usług i kolokacji za okres trzech lat przed terminem składania ofert. Sposób wypełnienia kolumny nr 2 (w obu pozycjach identyczny) powinien wzbudzić wątpliwość Zamawiającego na etapie oceny dokumentów, gdyż podana referencyjna wartość w żaden sposób nie mogła być odniesiona do ostatniego okresu trzech lat dla umów wieloletnich. Okoliczność ta wymagała co najmniej wyjaśnienia z wykonawcą, a w przypadku braku możliwości potwierdzenia wartości świadczenia z okresu trzech lat na poziomie spełniającym warunek udziału w postępowaniu, wykonawca powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentów. Przedłożona na rozprawie korespondencja Zamawiającego z BNP Paribas Bank Polska S.A. jedynie umacnia wątpliwości, gdyż udzielona odpowiedź była tak lakoniczna, że w zasadzie niczego nie wносиła, ponad treść wykazu usług. Nie był to dokument, na podstawie którego Zamawiający ocenił doświadczenie wykonawcy, stąd nie miał znaczenia dla oceny zasadności zarzutu. O ocenie decydowała sama treść wykazu usług, w którym podano na tyle ogólne informacje, aby nie dało się ich wprost zakwestionować, ale jednocześnie wnikliwa ocena wskazywał, że nie były one wystarczające dla wykazania spełnienia warunku z uwagi na wątpliwości wskazane powyżej. Należy również przyznać rację Odwołującemu, iż okoliczności związane z nabyciem Data Centrum w Krakowie również powinny być wyjaśnione, tak aby rozwiać wątpliwości jakie rodzi brak informacji na temat możliwości powoływania się na doświadczenie w realizacji umowy, którą do roku 2020 r. świadczył na rzecz BNP Paribas Bank inny podmiot. Znamienne jest również to, że Zamawiającemu nie udało się uzyskać niezbędnych informacji od wystawców referencji, co dodatkowo jedynie umacnia istniejące zastrzeżenia, zgłoszone w odwołaniu.

Ponieważ ocena podmiotowa mogła mieć znaczenie wyłącznie dla losów oferty niepodlegającej odrzuceniu, Izba nie uwzględniła żądania wezwania Netii S.A. do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Na moment orzekania nie było również podstaw do uznania, iż podane informacje mające potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu były informacjami wprowadzającymi Zamawiającego w błąd. Wymagałoby to przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, co jak wskazano powyżej nie mogło mieć miejsca wobec oferty podlegającej odrzuceniu.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania Izba oddaliła.

Zasadniczo dotyczyły one wyjaśnień w zakresie ceny oferty Netii S.A. i braku ich odtajnienia. Odwołujący cofnął zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny, pozostawiając do rozpoznania zarzut powiązany z samą procedurą wezwań do wyjaśnień oraz zarzut zaniechania udostępnienia pełnej treści wyjaśnień dotyczących ceny za zamówienie podstawowe oraz prawo opcji.

Odnosząc się zatem do samej procedury wezwań kierowanych dwukrotnie przez Zamawiającego, Izba uznała za dopuszczalne, w okolicznościach występujących w sprawie, dwukrotne wezwanie Netii S.A. do złożenia wyjaśnień. Ponieważ Zamawiający w pierwszych wyjaśnieniach wskazał wyłącznie na wątpliwość, jaką wzbudzała cena za zamówienie podstawowe, Netia S.A. nie musiała odnosić się do ceny za Prawo Opcji. Dopiero kolejne wezwanie Zamawiającego wskazywało na ten element cenotwórczy, co pozwoliło wykonawcy odnieść się do elementu kalkulacji budzącego wątpliwości Zamawiającego. Izba nie przychyliła się do argumentu Odwołującego, w którym wskazywał, iż wykonawca powinien być liczony z wezwaniem do wyjaśnienia ceny za Prawo Opcji i na tej podstawie już w pierwszych wyjaśnieniach odnieść się do tego elementu ceny. Skoro sam Odwołujący mówi o wezwaniu do złożenia wyjaśnień, to dopiero jego otrzymanie rodziło konsekwencje dla oceny oferty. Bez wyraźnego wezwania Zamawiającego wykonawca nie ma obowiązku przekazywania dodatkowych informacji poza wskazane w ofercie. Zamawiający w pierwszym wezwaniu wyraźnie sprecyzował, iż wątpliwości budziła cena za przedmiot podstawowy i tego elementu wyceny dotyczyły złożone wyjaśnienia. Skoro Zamawiający dopiero później uznał, iż wyjaśnieniu powinna podlegać również cena za prawo opcji, to słusznie skierował w tym zakresie drugie wezwanie. Należy zauważyć, iż wykonawca ma prawo do bycia wysłuchanym zanim miałyby być podjęte wobec jego oferty decyzja o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 90 Ustawy.

Przechodząc natomiast do zarzutu zaniechania udostępnienia treści wyjaśnień, ich analiza potwierdziła istnienie uzasadnienia dla uznania, iż zostały wyczerpane przesłanki uzasadniające uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca odnosił się bowiem do szczegółów opisujących jego zasoby i ich udział w kalkulacji kosztów działalności

przedsiębiorstwa, co ma znaczenie dla budowania pozycji rynkowej, a w konsekwencji stanowi o wartości gospodarczej. Wprawdzie Zamawiający uwzględnił w tym zakresie odwołanie, to na skutek sprzeciwu Netii S.A. Izba uznała, iż zakres danych objętych wyjaśnieniami wykraczał dalece poza ogólne informacje o kondycji przedsiębiorstwa, dostępne dla konkurencji na podstawie jawnych dokumentów. Uwaga, jaką zgłosił Odwołujący na rozprawie co do oczekiwania przez konkurencję poznania szczegółów pozwalających poznać zasady na jakich wykonawca kalkuluje ceny w przetargach, tylko potwierdza znaczenie tych informacji w świetle budowania przewagi rynkowej. Ponieważ Odwołujący cofnął zarzut rażąco niskiej ceny Izba uznała, iż żądanie uzyskania dostępu do wyjaśnień w zakresie ceny ma inne podłoże, niż dążenie do zweryfikowania zaoferowanej ceny. Tym samym Izba oddaliła zarzut. W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 5 i § 7 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z § 6 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł. Ponieważ zarzut, którego dotyczył sprzeciw uczestnika postępowania odwoławczego Izba oddaliła, koszty postępowania odwoławczego ponosili Odwołujący i Zamawiający. Zgodnie z rozporządzeniem Izba dokonała rozdzielienia kosztów pomiędzy Zamawiającego oraz Odwołującego, uznając, iż Odwołujący wygrał odwołanie w 2/3, a w 1/3 przegrał. Takiego rozdziału dokonano na tej podstawie, że zarzuty w odwołaniu były powiązane z trzema zasadniczymi elementami oferty wybranej, tj. ceną oferty Netii S.A i jej wyjaśnieniami, oceną doświadczenia oraz oświadczeniem Netii S.A. w przedmiocie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi. Tym samym to nie ilość zarzutów, ale ich wspólna podstawa faktyczna decydowała o uznaniu lub oddaleniu zarzutów. Ponieważ Zamawiający nie poniósł kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia koszty Odwołującego nie mogły być zniesione.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....