Sygn. akt: KIO 1158/23

WYROK

z dnia 11 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023 r. przez Odwołującego T-Mobile Polska S.A. (ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego ENEA Operator Sp. z o.o. (ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań)

przy udziale:

A. Wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. (ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Odwołującego

B. Wykonawcy Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Orange Polska S.A., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów objętych przez Wykonawcę Orange Polska S.A. ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa (tj. dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami), wezwanie Wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego ENEA Operator Sp. z o.o. (ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego T-Mobile Polska S.A. (ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł

00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,

2.2. zasądza od Zamawiającego ENEA Operator Sp. z o.o. (ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań) na rzecz Odwołującego T-Mobile Polska S.A. (ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa) kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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: ……..……..

Sygn. akt: KIO 1158/23

UZASADNIENIE

Zamawiający ENEA Operator sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług transmisji danych za pośrednictwem kart SIM (170.000 sztuk) dla układów pomiarowo-rozliczeniowych wraz z usługami APN”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 grudnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 252-733720.

Odwołujący T-Mobile Polska S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ustawy Prawo

zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez Wykonawcę Orange Polska S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. utajnionej części złożonych przez Wykonawcę Orange Polska S.A. w dniu 29 marca 2023 r. wyjaśnień ceny oraz załączników do tych wyjaśnień, mimo że Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia,

ewentualnie w przypadku uznania, że ww. zarzut podlega oddaleniu:

art. 362 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 6 oraz art. 224 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Orange Polska S.A., pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Orange Polska S.A. nie jest rażąco niska; 2. art. 362 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw.

z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności ceny abonamentu jednej karty SIM, pomimo iż cena ofert złożonej przez tego Wykonawcę (cena po aukcji elektronicznej) jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu, a brak jest okoliczności uzasadniających taką rozbieżność, które nie wymagają wyjaśnienia;

3. art. 362 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 1 w zw. z art.

224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub istotnych części składowych, w tym w szczególności ceny abonamentu jednej karty SIM, mimo iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę (cena po aukcji elektronicznej), wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, tj.: odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów objętych przez Wykonawcę Orange Polska S.A. ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. zastrzeżonych przez Wykonawcę Orange Polska S.A. informacji w zakresie utajnionych fragmentów złożonych w dniu 29 marca 2023 r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, a w przypadku oddalenia zarzutu z ust. III pkt 1 część 1 - odrzucenie oferty Wykonawcy Orange Polska S.A., wezwanie Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W postępowaniu złożono trzy oferty: oferta Wykonawcy Orange Polska S.A. z ceną brutto 13.972.062,00 zł, oferta Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. z ceną brutto 12.253.260,00 zł oraz oferta Odwołującego T-Mobile Polska S.A. z ceną brutto 10.163.356,80 zł.

21 marca 2023 r. przeprowadzono aukcję elektroniczną (pierwsza z nich została unieważniona). Zgodnie z pkt 22.7 SWZ „W toku aukcji elektronicznej ocena ofert dokonana zostanie w oparciu o następujące kryterium: maksymalna łączna cena za 170.000 kart SIM wraz z usługami liczona dla okresu ich świadczenia wynoszącego 96 miesięcy - podlega licytacji (waga i maksymalna ilość punktów obliczana zgodnie z kryteriami oceny ofert), pozostałe kryteria oceny ofert nie podlegają zmianie, a tym samym nie podlegają licytacji.” Zgodnie z pkt 22.15 SWZ „Po zakończeniu aukcji elektronicznej Wykonawca zobowiązany jest do przesłania informacji z zaktualizowaną ceną (brutto) za realizację przedmiotu zamówienia z podziałem na poszczególne pozycje. Zaktualizowana cena brutto musi być tożsama z kwotą zaproponowaną w aukcji elektronicznej. Nie dopuszcza się aktualizowania cen poszczególnych pozycji poprzez ich zwiększenie ponad ceny wskazane w ofercie. Wykonawca uprawniony jest wyłącznie do zaktualizowania ceny brutto poprzez zmniejszenie cen jednej, kilku lub wszystkich pozycji. ”

W wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej ceny ofert wykonawców kształtują się następująco: oferta Wykonawcy Orange Polska S.A. z ceną brutto 2.407.000,00 zł, oferta Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. z ceną brutto 2.408.832,00 zł, oferta Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. z ceną brutto 9.700.000,00 zł.

Zgodnie z informacją zawartą w protokole postępowania, wartość zamówienia wynosi 11.396.366,67 zł. Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 14.017.654,00 zł.

14 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Orange Polska S.A., jednocześnie wskazując, że łączna cena tej oferty wynosi 2.407.000,00 zł brutto. Zamawiający przedstawił punktację przyznaną poszczególnym ofertom. Jedynym kryterium oceny ofert była Maksymalna łączna cena za 170.000 kart SIM wraz z usługami liczona dla okresu ich świadczenia wynoszącego 96 miesięcy.

Odwołujący dokonał weryfikacji treści uzasadnienia utajnienia informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach ceny złożonych

przez Wykonawcę Orange Polska S.A. i stwierdził, iż w kontekście treści tego uzasadnienia brak jest jakichkolwiek podstaw do pozostawienia ww. informacji w poufności, gdyż Wykonawca Orange Polska S.A. nie spełnił wymagań ustawowych, warunkujących uznanie dokonanego zastrzeżenia jako skutecznego.

Zdaniem Odwołującego żaden z argumentów przywoływanych w uzasadnieniu utajnienia nie daje podstaw do stwierdzenia, iż ziściły się przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, umożliwiające zachowanie tych informacji w poufności. Wobec tego dokonane zastrzeżenie jest nieskuteczne.

Zdaniem Odwołującego, w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca Orange Polska S.A. przedstawił pozbawione konkretów wyjaśnienia, których w żaden sposób nie można uznać za wykazanie zasadności dokonanego zastrzeżenia w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt braku wykazania wartości gospodarczej, podczas gdy w świetle normy prawnej art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji konieczne jest wykazanie, że zastrzegana informacja posiada wartość gospodarczą. Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Orange Polska S.A. nie wskazał, w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby wpłynąć na działalność jego przedsiębiorstwa, jakie straty mogłoby to przynieść ewentualnie jakie zyski przysporzyłoby to konkurencyjnym wykonawcom lub jakich wydatków mogliby uniknąć w związku z wejściem w posiadanie informacji zawartych w zastrzeżonych wyjaśnieniach.

Odwołujący wskazał także na brak złożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności.

W opinii Odwołującego nie sposób uznać, aby uzasadnienie Wykonawcy Orange Polska S.A. czyniło zadość wykazaniu, że podjął on przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał również, że wskazane mechanizmy stosowane są również wobec tych konkretnych, zastrzeżonych informacji.

Odwołujący jako ewentualny postawił zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Orange Polka S.A. z uwagi na rażąco niską cenę. W trakcie posiedzenia z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że cofa ten zarzut. W konsekwencji zarzut nie został skierowany do rozpoznania na rozprawie i nie podlegał rozpoznaniu.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, różnica pomiędzy ceną oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. a wartościami referencyjnymi - wartością zamówienia powiększoną o VAT oraz średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, powodują że Zamawiający jest zobligowany do wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Odwołujący podkreślił, że nie występują żadne „oczywiste okoliczności", które uzasadniałyby opisaną powyżej rozbieżność w cenach w sposób niewymagający wyjaśnień, tzn. takie, których występowanie można stwierdzić samodzielnie, bez żadnych wyjaśnień i informacji udzielanych przez Wykonawców Orange Polska S.A. i Polkomtel sp. z o.o., jak również samodzielnie i w sposób pewny ocenić jako takie, które uzasadniają tak istotne poziomy rozbieżności. Występowania tych rozbieżności nie uzasadnia także charakter przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, tak kształtujące się różnice w stosunku do wartości zamówienia i średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert potwierdzają wątpliwości co do rażąco niskiego charakteru cen zaoferowanych przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o., których domniemanie występowania w przypadku różnic powyżej 30% w stosunku do wartości referencyjnych ustanawia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W opinii Odwołującego zaoferowane przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wątpliwości budzić powinny same różnice w poziomie zaoferowanych cen w stosunku do oferty Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. oraz wartości zamówienia powiększonej o VAT.

Zdaniem Odwołującego, analiza ceny zaoferowanej w toku aukcji przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. prowadzi do wniosku, że cena ta nie pokrywa wszystkich kosztów należytej realizacji zamówienia, w tym szczególne wątpliwości budzi zaoferowana przez tego wykonawcę stawka abonamentu jednej karty SIM. W ocenie Odwołującego zarówno ceny oferta Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o., jak i stawka za abonament za kartę SIM wskazana przez tego Wykonawcę nie wystarczą na pokrycie pełnych kosztów związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący wskazał także, że w ramach realizacji zamówienia Wykonawca będzie musiał ponieść szereg kosztów, których wartość kwotowo przewyższa (w ocenie Odwołującego) wartość oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy spełnione są łącznie następujące przesłanki:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą,

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

3) podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest wykazanie, że informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał spełnienia powyżej przedstawionych przesłanek, niezbędnych do uznania, że zastrzeżone przez tego Wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przede wszystkim wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Orange Polska S.A., dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są nie tylko ogólne, ale nie odnoszą się do treści zastrzeganych informacji. W piśmie pn. „uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa" Wykonawca Orange Polska S.A. wskazał, że: „(…) wyjaśnienia dotyczące ceny, stanowią tajemnicę o charakterze organizacyjnym, handlowym, są one przydatne do prowadzenia

przedsiębiorstwa, dotyczą prowadzonej działalności handlowej, w tym zawartych przez wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umów oraz porozumień, list klientów (…)". Tymczasem pośród zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji próżno szukać jakichkolwiek umów, porozumień, czy list klientów. Brak jest również odniesienia, czy wskazania na jakiekolwiek umowy, porozumienia, albo listy klientów. Dalej Wykonawca Orange Polska S.A. wskazał: „Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dotyczą także infrastruktury posiadanej przez Orange Polska S.A. w poszczególnych lokalizacjach, rodzaju tej infrastruktury oraz konieczności lub braku konieczności ponoszenia kosztów i ich rozmiarów związanych z ew. inwestycjami". W zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia Wykonawca Orange Polska S.A. w ogóle nie występują informacje dotyczące lokalizacji infrastruktury tego Wykonawcy, czy jakichkolwiek lokalizacji. Powyższe zdanie jest zatem zarówno ogólne, jak i wskazuje na posługiwanie się przez Wykonawcę Orange Polska S.A. wyjaśnieniami, które służą Wykonawcy przy wielu innych postępowaniach przetargowych, natomiast nie są w ogóle adekwatne do niniejszego postępowania, co potwierdza brak prawidłowości i zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że: „(…) Orange uszczegóławia swoje zastrzeżenia wskazując, że są to informacje m.in. dotyczące kosztów pozyskania infrastruktury czy zakupu sprzętu: „Konstruowanie ceny oferty opiera się bowiem na elementach ściśle związanych z funkcjonowaniem wykonawcy jako przedsiębiorcy na rynku, takich jak koszty inwestycji, koszty pozyskania infrastruktury, koszt zakupu sprzętu od dostawców." Jak wskazano powyżej, wyjaśnienia Wykonawcy Orange Polska S.A. dotyczące zaoferowanej ceny zupełnie nie odnoszą się do kosztów pozyskania infrastruktury, tj. nie zostali wskazani dostawcy, od których sprzęt miałby zostać zakupiony; czy cena zakupu od dostawców; wyjaśnienia nie odnoszą się również do kosztów jakichkolwiek inwestycji.

Na brak informacji dotyczących infrastruktury wskazała również pełnomocnik Wykonawcy Orange Polska S.A. w trakcie rozprawy z udziałem stron, oświadczając (w odniesieniu do argumentacji Odwołującego), że: „(…) Odwołujący skupił się na infrastrukturze, jednakże istotne jest z jakich zasobów wykonawca będzie korzystał." Powyższe potwierdza, że sam Wykonawca Orange Polska S.A. przyznaje, że nie miały tu znaczenia i zastosowania kwestie dotyczące infrastruktury.

Bez wątpienia takie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w niniejszym postępowaniu, a jako takie jest niezasadne. Powyższe oznacza również, że Zamawiający nie dokonał jakiegokolwiek badania zasadności, prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Wykonawcę Orange Polska S.A.

W złożonej odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył m.in.: „Odwołujący wskazuje,

że wyjaśnienia Orange są lakoniczne i przytacza fragment wyjaśnień Orange „... wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków", Zamawiający w tym miejscu podkreśla, że to jest istota informacji, które dotyczą cen. Można wymagać popisów erudycyjnych i szeroko stosowanego słownictwa, które de facto i tak będzie sprowadzało się do wskazania tego co napisał Orange". Należy wskazać że zacytowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie stwierdzenie Wykonawcy Orange Polska S.A. świadczy o ogólności złożonych wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tego rodzaju stwierdzenie mogły zawierać wyjaśnienia składane w każdym postępowaniu. Tymczasem istotne jest wykazanie, że zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje mają szczególną wartość i że Wykonawca rzeczywiście podjął działania w celu szczególnej ochrony i zabezpieczenia określonych informacji.

Jedną z podstawowych zasad wyrażonych w ustawie Prawo zamówień publicznych jest zasada jawności, wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Dlatego wszystkie składane w postępowaniu dokumenty, oświadczenia, wyjaśnienia, powinny być jawne. Służy to przede wszystkim przejrzystości postępowania, a w konsekwencji również umożliwieniu wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyjątek od zasady jawności został przewidziany w art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednakże Wykonawca jest zobowiązany wykazać zasadność i prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał, aby zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje posiadały

wartość gospodarczą. Nie wskazał na taką wartość. Wykonawca nie wykazał również, aby podjęto w stosunku do zastrzeganych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wykonawca załączył do „uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa" dokumenty: „Zarządzenie nr 5/19 Dyrektora Zarządzania Zgodnością i Bezpieczeństwem Korporacyjnym – S. C. w sprawie „Wykazu informacji chronionych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Orange Polska S.A." oraz „Decyzję nr 63/18 Członka Zarządu ds. Strategii i Spraw Korporacyjnych – Witolda Drożdża z dnia 13.11.2018 w sprawie „Zasady ochrony informacji w Orange Polska S.A." Wykonawca Orange Polska S.A. poza samym załączeniem tych dokumentów nie wskazał, w jaki sposób dokumenty miałyby przełożyć się na ochronę informacji, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie wskazano

żadnych postanowień powyższych dokumentów, które miałyby wskazywać na ochronę akurat tych informacji, które zostały zastrzeżone w niniejszym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, wśród wymienionych w zarządzeniu nr 5/19 (Wykaz informacji chronionych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Orange Polska S.A.) dokumentów próżno szukać informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu. Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę Orange Polska S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały objęte wskazywaną przez Wykonawcę Orange Polska S.A. klauzulą: „tajemnica Orange Polska S.A. – confidential". W szczególności dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zaświadczenia o średnich kosztach utrzymania pracowników nie zostały objęte powyżej wskazaną klauzulą. Gdyby rzeczywiście Wykonawcy Orange Polska S.A. zależało na ochronie takich informacji, podjąłby faktycznie szczególne środki w celu zachowania tych informacji w poufności, a przede wszystkim – zgodnie z procedurami określonymi w dokumentach, jakie załączył do wyjaśnień, oznaczyłby je szczególną klauzulą, o jakiej mowa w Zarządzeniu nr 5/19. Tymczasem żaden z 6 załączników (zaświadczeń o średnich kosztach utrzymania pracowników) nie został taką klauzulą oznaczony. Taka klauzula nie znalazła się także na samych wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu na wezwanie, dotyczących zaoferowanej ceny. Powyższe wskazuje na fakt, że Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał, aby podjęto w stosunku do zastrzeganych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostało wykazane, jest bezskuteczne i bezpodstawne.

Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał również, aby zastrzegane w niniejszym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje odnosiły się do jakichkolwiek umów z klientami, wykonawcami, stanowiły dokumentację takich umów. Brak jest także jakichkolwiek rozliczeń z klientami czy wykonawcami, dostawcami. Nie wykazano także, aby zastrzegane informacje zostały objęte dodatkowymi klauzulami o poufności.

Dodatkowo należy wskazać, że w treści „uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa" Wykonawca Orange Polska S.A. wskazał: „W praktyce ochrona polega w szczególności na ograniczeniu kręgu osób, które mają dostęp do przedmiotowych informacji, zarówno w wersji papierowej, poprzez umieszczenie dokumentów zawierających utajnione dane w pomieszczeniach, do których dostęp jest kontrolowany (pomieszczenia są chronione, można się do nich dostać jedynie z wykorzystaniem przepustki), jak i w formie elektronicznej poprzez umieszczenie informacji na nośnikach danych zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem za pomocą haseł, a także odpowiednim oprogramowaniem (DLP, antywirusowym, firewall)." Należy wskazać, że są to wyjaśnienia ogólne i jak powyżej wskazano, w żaden sposób nie wykazano, jak ogólne procedury opisane powyżej przełożyły się na ochronę informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu. Oprogramowania wyszczególnione powyżej używane są powszechnie; nie

jest to zatem żaden dowód na szczególną ochronę informacji utajnionych w niniejszym postępowaniu.

Jak trafnie zauważył Odwołujący, Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał również, aby dokumenty: „Zarządzenie nr 5/19 Dyrektora Zarządzania Zgodnością i Bezpieczeństwem Korporacyjnym – S. C. w sprawie „Wykazu informacji chronionych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Orange Polska S.A." oraz „Decyzja nr 63/18 Członka Zarządu ds. Strategii i Spraw Korporacyjnych – Witolda Drożdża z dnia 13.11.2018 w sprawie „Zasady ochrony informacji w Orange Polska S.A." podlegały zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek dotyczących uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w stosunku do tych dokumentów.

Niezależnie od tego, że Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał podstaw do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu przesłanek wyszczególnionych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to również same informacje, które zostały zastrzeżone, nie powinny podlegać utajnieniu. Cena w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawna. Zatem jej składniki również powinny być jawne. W niniejszym postępowaniu elementy, jakie składały się na zamówienie, wynikały wprost z SWZ. Sposób realizacji zamówienia, a więc usługi takie, jak np. APN, SLAen, zakup kart, wysyłka kart, nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowiły znany wszystkim wykonawcom (także Odwołującemu) przedmiot realizacji zamówienia.

Nie było zatem żadnej podstawy usprawiedliwiającej zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia zaoferowanej ceny.

Ponadto Wykonawca Orange Polska S.A. w treści wyjaśnień dotyczących ceny używał sformułowania: „Do realizacji kalkulacji ceny Wykonawca przyjął koszt (…)". Oznacza to, że Wykonawca kalkulował cenę wyłącznie dla tego postępowania, a przyjęte przez niego wartości nie wynikają z jakichkolwiek umów, nie są składnikami chronionymi w jakikolwiek sposób w przedsiębiorstwie, nie są tajemnicą chronioną w przedsiębiorstwie Wykonawcy. Wbrew twierdzeniu Wykonawcy Orange Polska S.A., pierwsze zdanie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie stanowi również tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro jest to zdanie wynikowe – sposób realizacji zamówienia przez Wykonawcę Orange Polska S.A.

wynika wyłącznie z określonych w SWZ wymagań Zamawiającego oraz ilości kart (która jest znana wszystkim wykonawcom w postępowaniu, bowiem została określona w SWZ).

Powyższe oznacza, że Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał podstaw i skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny (oraz załączników do tych wyjaśnień) złożonych na wezwanie Zamawiającego.

W konsekwencji należało uznać za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez Wykonawcę Orange Polska S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Różnica pomiędzy ceną oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o., a wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług oraz średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynosi ponad 30%, co nie było sporne pomiędzy stronami. Oznacza to, że Zamawiający jest zobligowany do wezwania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie obliczenia ceny.

W przedmiotowej sprawie nie wykazano, aby istniały „oczywiste okoliczności", które uzasadniałyby opisaną powyżej rozbieżność w cenach w sposób niewymagający wyjaśnień, tzn. takie, których występowanie można stwierdzić samodzielnie, bez żadnych wyjaśnień i informacji udzielanych przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o., jak również samodzielnie i w sposób pewny ocenić jako takie, które uzasadniają tak istotne poziomy rozbieżności. Występowania tych rozbieżności nie uzasadnia także charakter przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji, za zasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 362 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności ceny abonamentu jednej karty SIM, pomimo

iż cena oferty złożonej przez tego Wykonawcę (cena po aukcji elektronicznej) jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu, a brak jest okoliczności uzasadniających taką rozbieżność, które nie wymagają wyjaśnienia.

Wobec powyżej wskazanych wątpliwości, za zasadny należało uznać także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 362 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub istotnych części składowych, w tym w szczególności ceny abonamentu jednej karty SIM, mimo iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę (cena po aukcji elektronicznej), wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodne z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron przyznał, że popełnił błąd nie wzywając Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Już sam ten fakt oznacza, że również dla Zamawiającego oczywista jest konieczność wezwania do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny również Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o.

Na konieczność takiego wezwania wskazuje także okoliczność, że Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jedynie Wykonawcę Orange Polska S.A., a zaniechał takiego wezwania względem Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. w sytuacji, gdy różnica w cenie ofert obu Wykonawców wynosi zaledwie ok. 1000 zł. Jeśli zatem istnieją wątpliwości co do ceny oferty Orange Polska S.A., która znacząco odbiega od kwoty szacowanej przez Zamawiającego, to również takie wątpliwości dotyczą oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o.

Zamawiający zarówno w piśmie procesowym, jak i w trakcie rozprawy z udziałem stron, w żaden sposób nie wykazał, aby podniesiona przez Odwołującego argumentacja dotycząca

wątpliwości co do wysokości ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. była bezzasadna.

Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Oznacza to, że Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. nie zdecydował się odeprzeć zarzutów dotyczących jego własnej oferty, przez co należy uznać, że zgadzał się z koniecznością wezwania go do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

W świetle powyższego Izba uznała zarzut podniesiony przez Odwołującego za zasadny i nakazała wezwanie Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Bez znaczenia pozostają wywody Zamawiającego o braku podstaw do wezwania Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania. Ocena oferty pod względem zaoferowanej ceny przez Wykonawcę w postępowaniu ma wpływ na wynik postępowania. Jest to główne kryterium oceny ofert, a zatem wpływa na ranking wykonawców w postępowaniu i wybór oferty najkorzystniejszej. Jak trafnie zauważył Odwołujący, nie jest oczywiste, czy Wykonawca Orange Polska S.A. nie odstąpi od podpisania umowy, a to może oznaczać, iż zmieni się sytuacja Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o., co z kolei będzie oznaczało, że ocena zarzutu dotyczącego oferty tego Wykonawcy (wysokości i realności zaoferowanej przez niego ceny) ma wpływ na wynik postępowania. Nie jest zasadne stanowisko Zamawiającego, że dotychczas nie zaistniała podstawa do wezwania Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, gdyż Zamawiający miał obowiązek zbadać jedynie ofertę Wykonawcy Orange Polska S.A. Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych Wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej. Aby ustalić, która oferta została oceniona najwyżej, badaniu Zamawiającego muszą podlegać wszystkie oferty złożone w postępowaniu. W przypadku procedury odwróconej, Zamawiający w pierwszej kolejności powinien zbadać ofertę (pod kątem spełnienia kryteriów oceny ofert), a dopiero w następnej kolejności dokonać kwalifikacji podmiotowej. Zamawiający zatem powinien zbadać również ofertę Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. co do realności zaoferowanej ceny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1) , zaliczając w poczet kosztów

postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..