Sygn. akt: KIO 602/17

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2017 r. przez **M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R.** w postępowaniu prowadzonym przez **U.** Ś. **w K.**
przy udziale wykonawcy **O. P. Spółka Akcyjna w W.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R.** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R.** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

……..

Sygn. akt: KIO 602/17

Uzasadnienie

Zamawiający – U. Ś. w K. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z instalacją systemu telefonii stacjonarnej, świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz usługę utrzymania systemu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 marca 2017 roku wykonawca M. Sp. z o.o. w R. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez zamawiającego oraz zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p., a także art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., wybierając oferty, które zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 powinien odrzucić.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:
1) uwzględnienie odwołania,
2) powtórzenie czynności oceny ofert,
3) odrzucenie na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. oferty firm: O. P. SA (przystępujący),
4) orzeczenie o kosztach postępowania.

Odwołujący podniósł, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, jego oferta po uzyskaniu informacji z otwarcia ofert znajduje się na drugim miejscu za firmą O., a działania zamawiającego polegające na niezgodnym z prawem wyborze ofert, które zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 powinien odrzucić, ograniczają mu dostęp do uzyskania przedmiotowego zamówienia. W odniesieniu zaś do podjętej przez zamawiającego błędnej decyzji, odwołujący poniósł szkodę, bowiem faktycznie utraci możliwość realizacji zamówień, a przez co wypracowania zakładanego zysku. Ponadto, odwołujący posiada interes prawny w kontrolowaniu prawidłowości przeprowadzonego postępowania, gdyż ma to wpływ na zawarcie ważnej umowy, a według jego opinii oraz przedstawionych dowodów wykonawca O. nie złożył ważnej oferty w zakresie niniejszego postępowania publicznego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający przy piśmie z dnia 03.03,2017 r. znak: DZP.381.61.2016.DW/266 poinformował i udostępnił do wiedzy odwołującego dokumenty przedstawione przez firmę O. w zakresie posiadanego doświadczenia - wykaz wykonanych dostaw w badanym okresie oraz referencje z U. J. (dalej UJ). Wg wiedzy odwołującego uzyskanej na podstawie wniosku do UJ o dostęp do informacji publicznych odwołujący stwierdził, iż firma O. nie spełniła kryteriów postawionych w rozdziale III ust. 2 pkt. 1) lit b) SIWZ, jak niżej:
,,b) dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:
Wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje w sposób należyty co najmniej jedno zamówienie, które łącznie spełnia poniższe przesłanki:
a) było lub jest wykonywane dla jednego zleceniodawcy,
b) obejmowało lub obejmuje dostawę systemu telekomunikacyjnego wraz ze świadczeniem usług w sieci telefonii stacjonarnej,

c) zamówienie wykonywane było przez minimum 12 miesięcy lub wykonywane jest nadal, ale dotychczasowy okres jego realizacji wynosi minimum 12 miesięcy.
d) wartość zakończonego zamówienia, a w przypadku zamówień wykonywanych nadal - wartość zrealizowanej części zamówienia, wyniosła nie mniej niż 700.000,00 zł brutto".

Odwołujący podniósł, że przedstawiony do oferty wykaz dostaw oraz referencje z UJ mówią o kwocie powyżej 750 000 zł brutto, natomiast wg jego wyliczeń na podstawie przekazanej nam umowy nr KD/892/2001 z dnia 28.06.2001r, o świadczenie usług pomiędzy UJ a T. P. (obecnie O.) oraz aneksu nr 5 (numer UM/002236/2014) kwota ta za przedstawiony wykaz głównych dostaw zgodnie z załącznikiem nr ID do SIWZ, czyli za okres od 06.05.2014 do 05.01.2017 wynosi 14 850,00 zł netto + 1120,00 zł netto *32 m-ce =511 040,00 zł netto* 1,23=628 579,20 zł brutto, czyli nie spełnia warunku postawionego w siwz, gdzie zamawiający wymagał kwoty minimum 700 000,00 zł brutto.

Odwołujący stwierdził, że poddaje w wątpliwość czynności zamawiającego oraz rzetelność informacji składanych przez oferenta w kontekście naruszenia art. 270 § 1 Kodeksu karnego, jak też niespełnienia warunków SIWZ w zakresie wartości dostaw i usług.

Ponadto odwołujący podniósł, że referencje przedstawione do wykazu dostaw głównych zostały podpisane przez Kierownika Sekcji Telekomunikacyjnej mgr inż. W. P.,

brak wiedzy odnośnie posiadanego pełnomocnictwa do wystawiania i podpisywania takowych dokumentów ze strony UJ, brak dołączonego pełnomocnictwa (patrz art. 103 k.c, - Art. 103. [Umowy rzekomego pełnomocnika] § 1, Jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta.
§ 2. Druga strona może wyznaczyć osobie, w której imieniu umowa została zawarta, odpowiedni termin do potwierdzenia umowy; staje się wolna po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu.
§ 3. W braku potwierdzenia ten, kto zawarł umowę w cudzym imieniu, obowiązany jest do zwrotu tego, co otrzymał od drugiej strony w wykonaniu umowy, oraz do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o braku umocowania lub o przekroczeniu jego zakresu.).

W ocenie odwołującego, zamawiający powinien wezwać O. do przedstawienia przedmiotowego pełnomocnictwa, czego nie uczynił.

Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p., gdyż dwukrotnie i bezskutecznie wnosił o przekazanie informacji odnośnie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonej przez O. (pismo z dnia 13.032017 oraz 22.03.2017 r.).

Odwołujący stwierdził, że po analizie materiałów dotyczących UJ, ma pewność, że pod szyldem "zamówienia", w ramach którego wykonawca O. realizował dostawy i rozbudowę sieci wraz z infrastrukturą - podmiot ten - TP SA (O.) - w istocie dokonywał tylko rozbudowy własnej infrastruktury technicznej - sieci i pobierał abonament za faktycznie

wykonane usługi telekomunikacyjne z wykorzystaniem tej sieci lub jej części (przy jej częściowej pomocy). Z uwagi na już wówczas posiadaną dominującą pozycję na rynku oraz konkretnie precyzowane rozmieszczenia tworzonej ówcześnie (zgodnie z referencjami) sieci na terenie UJ, O. w istocie nadużywa pozycji dominującej na rynku (odwołujący ani inny podmiot nie jest w stanie nabyć sprzęt, zabudować go, udostępnić, serwisować i nie żądać za to zapłaty - jak to czyni właśnie TP/O. - pobierając tylko abonament za usługi); w tym znaczeniu kwestia "własności", pozostającej przy realizującym uprzednie zamówienie - referencie (O.) - ma zatem to znaczenie, że stanowi jeden z czynników i przesłanek wykorzystywania pozycji dominującej w sposób naruszający konkurencję; Skoro bowiem TP/O. tak ukształtował warunki umowy z UJ, że ponosząc nienaturalnie wysokie koszty, nie żądał zapłaty ani za urządzenia, ani za Ich sprowadzenie czy instalację, montaż lub serwis, to bezpośrednio określił inne warunki zakupu/sprzedaż dla innych podmiotów, w celu

ograniczenia powstaniu lub rozwojowi konkurencji, przynoszące mu nieuzasadnione korzyści.

Odwołujący powołał się na art. 9 ust 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców, a nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na:
1) bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;
2) ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów;
3} stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
4) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;

5} przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
6) narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów,, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;
7) podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

Odwołujący stwierdził, iż stosownie do art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne. Zatem można wyprowadzić wniosek, iż referencje firmy O. mogą być objęte sankcją nieważności, stosownie do art. 9 ust. 3 UOKiK, jako że zostały wydane w rezultacie postępowania, które było przejawem nadużywania pozycji dominującej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 kwietnia 2017 roku wniósł o oddalenie odwołania.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez O. P. S.A., jako niezgodnej z treścią SIWZ, a tym samym naruszenia przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy P.z.p., a także wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

zamawiający wniósł o uznanie zarzutu za bezzasadny i o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Zamawiający stwierdził, że w związku z tym, iż odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art 89 ust 1 pkt 2 ustawy P.z.p., ale w żaden sposób nie wskazał czynności faktycznych i prawnych w tym zakresie, zamawiający nie mógł odnieść się do lego zarzutu. Niemniej jednak, z ostrożności procesowej, zamawiający w odniesieniu do zarzutu wymienionego wyłącznie w uzasadnieniu odwołania, a nawiązującego do niespełnienia przez O. P. S.A wymagania dotyczącego zdolności technicznej, zapisanego w rozdziale III ust. 2 pkt. 1) lit b) SIWZ, zamawiający wniósł o uznanie zarzutu za bezzasadny i o oddalenie odwołania w tym zakresie

Zgodnie z rozdziałem III ust. 2 pkt. 1) lit b) SIWZ Zamawiający określił warunek udziału dotyczący zdolności technicznej w następujący sposób;
Wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje w sposób należyty co najmniej jedno zamówienie, które łącznie spełnia poniższe przesłanki:
a) było lub jest wykonywane dla jednego zleceniodawcy,
b) obejmowało lub obejmuje dostawę systemu telekomunikacyjnego wraz ze świadczeniem usług w sieci telefonii stacjonarnej,

c) zamówienie wykonywane było przez minimum 12 miesięcy lub wykonywane jest nadal, ale dotychczasowy okres jego realizacji wynosi minimum 12 miesięcy.
d) wartość zakończonego zamówienia, a w przypadku zamówień wykonywanych nadal - wartość zrealizowanej części zamówienia, wyniosła nie mniej niż 700.000,00 zł brutto”

Złożony przez wykonawcę O. P. S.A. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykaz dostaw oraz list referencyjny wystawiony przez Uniwersytet Jagielloński spełnia powyższy wymóg w pełnym zakresie, tj.:

a) jedynym zleceniodawcą był U. J.

b) przedmiotom umowy jest dostawa, montaż oraz serwis, systemu telekomunikacyjnego wraz ze świadczeniem usług w sieci telefonii stacjonarnej

c) O. P. S.A świadczy od 06.05.2014 do dnia dzisiejszego (05.01.2017 r.) na rzecz U. J. usługi telekomunikacyjne

d) wartość zrealizowanej do dnia 05.01. 2017 r. części zamówieniu wyniosła powyżej 750 000 zł brutto."

Zamawiający stwierdził, że nie było podstaw do uznania namówienia przedstawionego przez O. P. S.A w wykazie oraz liście referencyjnym jako zamówienia niespełniającego stawianych w SIWZ wymagań. Przedstawione przez O. P. S.A. informacje w tym zakresie nie budziły żadnych zastrzeżeń

Odnosząc się do argumentacji odwołującego dotyczącej rzekomego zaniechania przez U. Ś. w K. wezwania firmy O. P. S.A. do przedstawienia pełnomocnictwa osoby podpisującej list referencyjny, zamawiający stwierdził, iż list referencyjny nie budził zastrzeżeń namawiającego i w związku z tym nie było konieczne dodatkowe potwierdzanie uprawnień osoby wystawiającej. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie już. stwierdzała, iż:

a) referencje są oświadczeniami wiedzy, o nie woli (sygn. akt: KIO 2253/11):

b) referencje to dokumenty należące do kategorii oświadczeń wiedzy i dla swej ważności nie muszą pochodzić od osób uprawnionych do reprezentacji danego podmiotu, w przeciwieństwie do oświadczeń woli, których wiążący charakter uzależniony jest od podpisania przez upoważnionego przedstawiciela (sygn. KIO 1444/09, KIO 1318/11, KIO 2524/12):

c) przepisy ustawy P.z.p. (ani aktów wykonawczych) nie dają podstawy Zamawiającemu do weryfikowania osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonane było zamówienie. Tym samym nie ma również podstaw do tego, aby wykonawca musiał do referencji dołączać np. odpis z KRS. czy pełnomocnictwo do podpisania referencji (sygn. KIO 1271/10, KIO 1127/11);

d) referencja jako dokument korzysta z domniemania prawdziwości opisanych w nim stwierdzeń, do czasu dopóki te twierdzenia nie zostaną obalone przy pomocy innego dowodu lub dokumentu. (uprawnienie do podpisywania tego rodzaju dokumentów wynika najczęściej z wewnętrznych uregulowań jednostki. a ewentualne podpisanie go przez osobę nieupoważnioną nie powoduje z mocy prawa jego nieważności (sygn. KIO 2108/10).

Odnosząc się do argumentu dotyczącego rzekomej nieważności omowy pomiędzy U. J. a O. P. S.A., będącej wynikiem niedozwolonego zastosowania pozycji dominującej na rynku przez O. P. S A, zamawiający stwierdził, że nie jest podmiotom zdolnym ani uprawnionym do przeprowadzania tego typu oceny. Bezsprzecznym faktem jest, iż do tej chwili umowa pomiędzy U. J. a O. P. S.A jest ważna. Faktu tego nie neguje również odwołujący, posługując się jedynie warunkowym stwierdzeniem dotyczącym listo

referencyjnego: „referencje firmy O. mogą być objęte sankcją nieważności". Biorąc pod uwagę, iż odwołujący nie ma pełnej wiedzy na temat umowy pomiędzy U. J. z firmą O. P. S.A należy takie warunkowe stwierdzenie traktować jako nieuprawnioną nadinterpretację faktów, której dokonano tylko i wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu dotyczącego wartości umowy zamawiający stwierdził, że odwołujący, analizując aneks nr 5 do umowy, oszacował wielkość umowy na poziomie 628.579,20 zł brutto. Przy wycenie wziął tylko i wyłącznie pod uwagę koszty stałe umowy w postaci 11 abonamentów za dostęp ISDN TP Pro oraz usługi dodatkowe ISDN Odwołujący pominął wprowadzony w paragrafie 7 ustęp 2 koszt przyłączenia do centrali telefonicznej 11 dostępów ISDN TP Pro

„Z tytułu przyłączenia centrali telefonicznej za pomocą (VI) dostępów ISDN TP pro O. P. S.A. obciąży Uniwersytet Jagielloński opłatami instalacyjnymi zgodnymi z cennikiem usługi linia cyfrowa ISDN TP świadczonej przez O. P. S.A "

Co więcej, pominięto również wszystkie koszty usług telekomunikacyjnych świadczonych na rzecz Uniwersytetu Jagiellońskiego przez O. P. SA. O tym, iż takie koszty są, świadczy paragraf 7 pkt 3 umowy pomiędzy U. J. w K. a T. P. S.A (obecnie O. Polska S.A.).:

Sposób i terminy pobrania opłat za świadczenie usług telekomunikacyjnych zawarte są w Regulaminie świadczenia usług telefonicznych o charakterze powszechnym wydawanym przez T. P. SA w oparciu o art. 36 ust 2 Ustawy o łączności z dnia 23 listopada 1990 roku (Dz. U. 95.117.564 z późn. zm.)"

Biorąc pod uwago wielkość infrastruktury telefonicznej U. J. w K. (na podstawie Aneksu 5, 3444 numery) oraz okres obowiązywania umowy 06.05 2014 - 05 01 2017 roku (32 miesiące), zamawiający stwierdził, że nie ma wątpliwości, że koszt usług telekomunikacyjnych musiał być znacząco większy niż rzekomo brakująca wartość 71 421,00 zł.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców wbrew dyspozycji art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust, 3 ustawy P.z.p. zamawiający wniósł o uznanie zarzutu za bezzasadny i o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Zamawiający stwierdził, że poinformował odwołującego (pismo l.dz. DZP.3S1.61.2016.DW/2G6 z dn. 03.03.2017), iż wykonawca O. P. S.A. zastrzegł treść dostarczonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stad wyjaśnienia te nie mogą być udostępnione.

Zamawiający nie ujawnił wyjaśnień wykonawcy O. P. S.A. stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ wykonawca ten składając wyjaśnienia zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość handlową i gospodarczą, mają charakter poufny i nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a także zostały podjęto kroki zmierzające do zachowania ich w tajemnicy (o czym świadczy też fakt doręczenia wyjaśnień osobiście, a nie za pomocą np. środków komunikacji elektronicznej) Wykonawca opisał środki podjęte w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji oraz jakie obowiązują u niego procedury bezpieczeństwa. W ocenie zamawiającego, zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 18 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stąd wyjaśnienia te nie mogą być udostępnione.

Przystępujący O. P. SA w W. w piśmie procesowym z dnia 7 kwietnia 2017 roku wniósł o oddalenie odwołania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu postawionych w rozdziale III ust. 2 pkt 1 lit. b SIWZ w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej przystępujący stwierdził, że odwołujący nie zauważył, że na podstawie § 7 i 8 umowy z dnia 28.06.2001 r., UJ jest zobowiązany do ponoszenia opłat dwojakiego rodzaju: opłat miesięcznych abonamentowych oraz za połączenia tzw. ruch telekomunikacyjny wychodzący (zewnętrzny). Opłaty abonamentowe i opłaty za ruch telekomunikacyjny wychodzący (zewnętrzny), na podstawie umowy, są pobierane w oparciu o obowiązujące cenniki usług dawniej TP S.A., obecnie O. P. S.A.

Przystępujący jako dowód załączył wyciąg z umowy nr KD/892/2001 z dnia 28.06.2001 r. o świadczenie usług.

Przystępujący stwierdził, że dokonał zsumowania wszystkich opłat, jakie zostały naliczone przez O. na podstawie umowy nr KD/892/2001 z dnia 28.06.2001 r. o świadczenie usług (z uwzględnieniem treści aneksu nr 5). W okresie od dnia 06.05.2014 r. do dnia 05.01.2017 r. wartość zrealizowanej części zamówienia wyniosła 828.995,44 zł brutto, a więc znacznie powyżej wymaganego minimum 750.000,00 zł brutto.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku umocowania Pana W. P., Kierownika Sekcji Telekomunikacyjnej, do podpisywania takich dokumentów jak referencje, przystępujący stwierdził, że odwołujący, powołując się na treść umowy, jaka łączy O. z UJ, ograniczył się jedynie do zbadania w sposób mało staranny, jej zapisów dotyczących wysokości opłat, pomijając fakt, iż zgodnie z aneksem nr 3 do umowy nr KD/892/2001 z dnia 28.06.2001 r. Strony wyznaczyły i upoważniły swoich pracowników do wzajemnych kontaktów związanych z realizowaną inwestycją, przy czym ze strony U. J. jest to właśnie Pan W. P. - Kierownik Sekcji Telekomunikacyjnej.

Przystępujący jako dowód w tym zakresie przedłożył aneks nr 3 z dnia 19.06.2009 r. do umowy nr KD/892/2001 z dnia 28.06.2001 r.

W ocenie przystępującego rzeczą całkowicie naturalną było podpisanie przez Pana W. P. referencji, która:

1) po pierwsze, odnosi się do umowy, która sama w swej treści zawiera upoważnienie Pana W. P. do działania w imieniu UJ we wzajemnych kontaktach,

2) po drugie, potwierdza, że usługi telekomunikacyjne dostarczane i świadczone przez O. są wykonywane należycie i z najwyższą starannością.

Przystępujący powołał się na orzecznictwo KIO:

„Wystawiona referencja jest oświadczeniem wiedzy i dlatego też brak jest tutaj wymogu obowiązującego dla oświadczeń woli, aby ten dokument został podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentacji podmiotu w imieniu którego została wystawiona. Przy oświadczeniach wiedzy, zdaniem Izby wystarcza, posiadanie przez zamawiającego określonego doświadczenia życiowego z którego może wynikać czy osoba pełniąca określoną funkcję w danym podmiocie gospodarczym ma/ lub miała wystarczającą wiedzę aby wystawić referencje o danej treści. W tym zakresie referencja winna korzystać z domniemania, że zawiera treści polegające na prawdzie, a osoba która ją podpisała posiadała w tym zakresie wystarczające wiadomości. Dopóki te elementy w oparciu o uzasadnione podstawy faktyczne lub prawne nie zostaną zanegowane, brak jest podstaw do kwestionowania prawidłowości wystawionej referencji. Obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych nie zawierają żadnych unormowań dotyczących obowiązku czy prawa zamawiającego do weryfikowania prawnego umocowania osób podpisujących referencje. Za wyrokiem KIO 2108/10 Izba wskazuje, że referencja jako dokument korzysta z domniemania prawdziwości zapisanych w nim stwierdzeń, do czasu dopóki te twierdzenia nie zostaną obalone przy pomocy innego dowodu lub dokumentu. Uprawnienie do podpisywania tego rodzaju dokumentów wynika najczęściej z wewnętrznych uregulowań jednostki, a

ewentualne podpisanie go przez osobę nieupoważnioną nie powoduje z mocy prawa jego nieważności" (wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r. sygn. akt: KIO 1127/11.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez odmowę udzielenia przez zamawiającego informacji odnośnie wyjaśnień przystępującego dot. rażąco niskiej ceny przystępujący podkreślił, że działanie zamawiającego było zgodne z prawem.

Zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyłącznie wtedy, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, wniosków lub innych dokumentów (w tym wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy), skutecznie zastrzegł, że nie mogą one być udostępnione, oraz wykazał (uzasadnił), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 4 ustawy z 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), z którego to przepisu wynika, że aby dana informacja stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa łącznie muszą być spełnione trzy przesłanki: po pierwsze - charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny dla przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, po drugie - nieujawnienie do wiadomości publicznej, po trzecie - podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności.

Przystępujący stwierdził, że zastrzeżone informacje dotyczą bowiem szczegółowej kalkulacji ceny złożonej oferty, obejmującej wszystkie elementy przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i uwzględnieniem marży handlowej. Sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę mogą być więc uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż "[...] zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)" (wyrok SO w K. z 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstały bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach przystępującego miały i nadal mają wartość gospodarczą. W świetle powyższego, taką samą wartość posiadają wyjaśnienia podwykonawcy, które także nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego *know-how,* jako

posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Nadto przystępujący nie udostępnił tych informacji do wiadomości publicznej, postronne osoby nie mogą się zapoznać z ich treścią w toku normalnych czynności. Informacje te są chronione zgodnie z wewnętrznymi procedurami bezpieczeństwa u przystępującego.

W ocenie przystępującego, zarzut, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnioną odmowę przekazania informacji odnośnie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy te wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący podkreślił, że art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nie pozostawia zamawiającemu dowolności w tym zakresie. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy zabrania ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, dlatego też czynienie z tego zarzutu, w sytuacji gdy zachowanie zamawiającego jest zgodne z przepisami przystępującego co najmniej zaskakujące.

Odnosząc się do zarzutu nadużywania przez przystępującego pozycji dominującej, przystępujący stwierdził, że dokonywanie oceny, czy dany podmiot ma pozycję dominującą na danym rynku właściwym, i czy podejmowanymi działaniami nadużywa tej pozycji dominującej nie należy do kompetencji ani odwołującego ani zamawiającego, nie może to także stanowić przedmiotu rozważań przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem III ust. 2 pkt. 1) lit b) SIWZ, wykonawcy musieli wykazać się spełnianiem warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:
„Wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje w sposób należyty co najmniej jedno zamówienie, które łącznie spełnia poniższe przesłanki:
a) było lub jest wykonywane dla jednego zleceniodawcy,
b) obejmowało lub obejmuje dostawę systemu telekomunikacyjnego wraz ze świadczeniem usług w sieci telefonii stacjonarnej,

c) zamówienie wykonywane było przez minimum 12 miesięcy lub wykonywane jest nadal, ale dotychczasowy okres jego realizacji wynosi minimum 12 miesięcy.
d) wartość zakończonego zamówienia, a w przypadku zamówień wykonywanych nadal - wartość zrealizowanej części zamówienia, wyniosła nie mniej niż 700.000,00 zł brutto”.

Przystępujący przedstawił wraz z ofertą wykaz dostaw oraz referencje z UJ dotyczące realizacji umowy nr KD/892/2001 z dnia 28.06.2001r, o świadczenie usług pomiędzy UJ a T. P. (obecnie O.).

Na podstawie § 7 i 8 umowy z dnia 28.06.2001 r., UJ jest zobowiązany do ponoszenia opłat dwojakiego rodzaju: opłat miesięcznych abonamentowych oraz za połączenia tzw. ruch telekomunikacyjny wychodzący (zewnętrzny). Opłaty abonamentowe i opłaty za ruch telekomunikacyjny wychodzący (zewnętrzny), na podstawie umowy, są pobierane w oparciu o obowiązujące cenniki usług dawniej TP S.A., obecnie O. P. S.A (dowód: umowa z dnia 28.06.2001r.) W okresie od dnia 06.05.2014 r. do dnia 05.01.2017 r. wartość zrealizowanej części zamówienia wyniosła 820 126 zł 04 gr brutto (dowody: faktury przedłożone przez przystępującego oraz pismo UJ z 07.04.2017 r.).

Przystępujący wraz z wykazem przedstawił referencje podpisane przez Kierownika Sekcji Telekomunikacyjnej, mgr inż. W. P. Zgodnie z aneksem nr 3 do umowy nr KD/892/2001 z dnia 28.06.2001 r., strony wyznaczyły i upoważniły swoich pracowników do wzajemnych kontaktów związanych z realizowaną inwestycją, przy czym ze strony U. J. jest to Pan W. P. - Kierownik Sekcji Telekomunikacyjnej (dowód: aneks nr 3 z dnia 19.06.2009 r. do umowy nr KD/892/2001 z dnia 28.06.2001 r.).

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za spóźniony zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia odwołującemu wyjaśnień przystępującego dotyczących elementów zaoferowanej ceny. Zamawiający okazał Izbie pismo z dnia 03.03.2017 r. wysłane do odwołującego w tym samym dniu drogą elektroniczną i w formie pisemnej, w którym poinformował go, iż wyjaśnienia przystępującego dotyczące wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępnione. Odwołujący nie zanegował faktu przesłania mu wskazanego pisma w dniu 03.03.2017 roku, w związku z czym Izba uznała za udowodniony fakt poinformowania odwołującego o nieujawnieniu żądanych informacji w dniu 03.03.2017 r. Tym samym termin do wniesienia odwołania na zaniechanie zamawiającego, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., upłynął w dniu 13 marca 2017 roku. Izba postanowiła zatem nie kierować wskazanego zarzutu do rozpoznania na rozprawie.

Pozostałe zarzuty zostały przez Izbę rozpoznane i Izba uznała, że podlegają one oddaleniu jako bezzasadne.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż odwołujący domagał się odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niemniej jednak nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających ową niezgodność. Podnoszone przez odwołującego zarzuty dotyczą niespełniania przez przystępującego warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co uzasadniałoby wniosek o wykluczenie przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p.

Wobec powyższego Izba rozpoznała postawione zarzuty na podstawie ich opisu zawartego w uzasadnieniu odwołania, nie zaś kwalifikacji prawnej dokonanej przez odwołującego, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za, który stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący niespełniania przez przystępującego warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zarówno zamawiający, jak i przystępujący złożyli dowody potwierdzające, iż wartość usługi wykonywanej przez przystępującego na rzecz UJ na podstawie umowy z 28.06.2001 roku w wymaganym przez zamawiającego okresie przekroczyła wskazaną w s.i.w.z. kwotę 700.000 zł brutto. Jednocześnie podnosili oni, iż odwołujący, stawiając zarzut, nie wziął pod uwagę, iż UJ obowiązany jest do ponoszenia opłat dwojakiego rodzaju: opłat miesięcznych

oraz za tzw. ruch wychodzący abonamentowych połączenia telekomunikacyjny (zewnętrzny). Opłaty abonamentowe i opłaty za ruch telekomunikacyjny wychodzący (zewnętrzny), na podstawie umowy, są pobierane w oparciu o obowiązujące cenniki usług dawniej TP S.A., obecnie O. P. S.A. Odwołujący zsumował jedynie wartość opłat abonamentowych, pomijając opłaty za połączenia zewnętrzne.

Złożone przez zamawiającego i przystępującego dowody (faktury oraz pismo z UJ) Izba uznała za rzetelne i wiarygodne i na nich oparła rozstrzygnięcie przedmiotowego zarzutu. Podkreślić należy, iż odwołujący nie odniósł się w sposób merytoryczny do argumentacji przeciwników procesowych ani nie przedłożył dowodów na podważenie prezentowanych przez nich stanowisk. Zarzut odwołującego opierał się jedynie na danych ze wskazanej umowy oraz aneksu nr 5, które odwołujący przytaczał w sposób wybiórczy, nie dający pełnej wiedzy co do zakresu umowy i wartości realizowanych na jej podstawie usług.

W ocenie Izby zarzut dotyczący przedstawienia przez przystępującego referencji wystawionej przez nieuprawnioną osobę nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z aneksem nr 3 do umowy nr KD/892/2001 z dnia 28.06.2001 r., strony tej umowy wyznaczyły i upoważniły swoich pracowników do wzajemnych kontaktów związanych z realizowaną inwestycją, przy czym ze strony U .u J. był to Pan W. P. - Kierownik Sekcji Telekomunikacyjnej.

W ocenie Izby brak jest podstaw do ograniczania zakresu umocowania Pana W. P. jedynie do czynności zmierzających do realizacji inwestycji. W ocenie Izby umocowanie to dotyczy wszystkich czynności związanych z realizacją umowy, w tym również może dotyczyć wystawiania dokumentów potwierdzających jakość wykonanych prac, tym bardziej, że Pan P. – jako osoba wyznaczona do kontaktów z wykonawcą – ma najszerszą wiedzę dotyczącą wykonania umowy.

Niezależnie od powyższego, Izba podkreśla, że podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2011 roku sygn.. akt KIO 2253/11, zgodnie z którym „referencje przedstawiane przez Wykonawców są oświadczeniami wiedzy, nie woli. (…) Przepisy ustawy P.z.p., jak i aktów wykonawczych do niej, nie dają podstaw do weryfikacji osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonywane były określone roboty wykazywane przez Wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Brak zatem podstaw, jak chciałby tego Odwołujący, do stawiania Wykonawcom wymogu przedłożenia wraz z referencjami co najmniej odpisu dokumentu rejestrowego potwierdzającego uprawnienie do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu na rzecz którego świadczone były wykazywane prace. Możliwym bowiem jest, że uprawnienie do podpisywania oświadczeń wiedzy, jakimi są referencje, w imieniu takiego podmiotu wynikać będzie z jego wewnętrznych stosunków, nie jest zatem konieczne aby wynikało ono z dokumentów rejestrowych.”

Odnosząc się do zawartej w odwołaniu informacji, iż przystępujący w umowie z UJ nadużył pozycji dominującej, Izba stwierdza, że w tym zakresie odwołujący nie sformułował konkretnego zarzutu przeciwko zamawiającemu. Odwołujący podniósł jedynie, że referencje dotyczące przedmiotowej umowy mogą być objęte sankcją nieważności.

Podkreślenia wymaga, że żaden przepis ustawy P.z.p. nie uprawnia zamawiającego do badania ważności umów zawieranych między innymi podmiotami, nawet w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na owe umowy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. To na odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia, że wskazana umowa jest nieważna, o ile z faktu tego wywodził korzystne dla siebie skutki prawne. Odwołujący nie

przedłożył żadnego dowodu w tym zakresie. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia jakiegokolwiek przepisu ustawy P.z.p.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

……