

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz
Rafał Komorń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 i 19 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Infomex Sp. z o.o., ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Spraw Zagranicznych, al., J. Ch. Szucha 23, 00-580 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy T-mobile Polska S.A. oraz nakazuje odrzucenie oferty tego Wykonawcy.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Ministerstwo Spraw Zagranicznych, al., J. Ch. Szucha 23, 00-580 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Infomex Sp. z o.o., ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego **Ministerstwo Spraw Zagranicznych, al., J. Ch. Szucha 23, 00-580 Warszawa** na rzecz Odwołującego **Infomex Sp. z o.o., ul. Wesoła 19b, 34-300**

1

Żywiec kwotę **18 600 zł 0 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Zamawiający Ministerstwo Spraw Zagranicznych prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa zarządzalnego i administrowanego środowiska w architekturze chmury dla Ministerstwa Spraw Zagranicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U. UE w dniu 20 kwietnia 2016 r., numer ogłoszenia 2016/S 077-137554.

Odwołujący INFOMEX Sp. z o.o. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności oraz zaniechań Zamawiającego, tj. od czynności zaniechania odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A. zaniechania odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) przez Zamawiającego dokumentów, oświadczeń i wyjaśnień zastrzeżonych przez T-Mobile oraz

zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez T-Mobile, naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia T-Mobile z udziału w Postępowaniu z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego Postępowania, naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 Ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania T-Mobile do uzupełnienia wykazu usług z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia, naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez T-Mobile, mimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez negocjacje treści oferty pomiędzy Zamawiającym a T-Mobile, dokonanie jej zmiany po terminie otwarcia ofert a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez T-Mobile, mimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez T-Mobile, mimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z uwagi na niemożliwość zaoferowania przez T-Mobile licencji Red Hat, naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 Ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) dokumentów zastrzeżonych przez T-Mobile jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach

3

nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź wykonawca nie wykazał w odpowiednim czasie zaistnienia przesłanek uprawniających do ich zastrzeżenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty T-Mobile jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, wykluczenie T-Mobile z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, wezwanie T-Mobile do uzupełnienia wykazu a następnie wykluczenie tego wykonawcy w razie nieuzupełnienia lub uzupełnienia wykazu, który w dalszym ciągu nie potwierdza spełniania warunków udziału w Postępowaniu, odrzucenie oferty T-Mobile z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ polegającą na braku zaoferowania wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz niemożliwość zaoferowania licencji Red Hat, odrzucenie oferty T-Mobile z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odtajnienie w całości wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, Specyfikacji sprzętu i oprogramowania opisanej zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ T-Mobile oraz wyjaśnień T-Mobile z dnia 13 lipca 2016 r. oraz wyjaśnień z dnia 20 lipca 2016 r. i udostępnienie ich Odwołującemu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia T-Mobile z udziału w Postępowaniu z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego Postępowania

Zdaniem Odwołującego, w Formularzu Ofertowym Wykonawca T-Mobile zawarł następujące nieprawdziwe informacje: W ust. 1.2. oświadczył, że do każdego zaproponowanego Centrum Danych podłączonych jest więcej niż wymaganych dwóch niezależnych operatorów telekomunikacyjnych (minimalna przepustowość 10 Gbps każdy). Zdaniem Odwołującego, zaproponowane przez T-Mobile Centra Danych posiadają dwóch niezależnych operatorów telekomunikacyjnych. Obydwaj niezależni operatorzy telekomunikacyjni to spółki z grupy kapitałowej T-Mobile -Deutsche Telekom AG oraz T-Mobile Czech Republic a.s. Zamawiający premiował dodatkowymi punktami wykonawcę, który zaoferuje więcej niż 2 niezależnych operatorów telekomunikacyjnych. Odwołujący wyjaśnił, że: „preferencje Zamawiającego, który premiuje dodatkowymi punktami każde dodatkowe, niż w liczbie 2, połączenie z niezależnym operatorem telekomunikacyjnym są wyrazem zapobiegliwości

Zamawiającego. Jeżeli bowiem Centrum Danych posiada jednego niezależnego operatora telekomunikacyjnego, to wówczas w razie awarii infrastruktury operatora, całe Ministerstwo Spraw Zagranicznych byłoby sparaliżowane, gdyż nie miałoby dostępu do jakiegokolwiek

4

informacji przechowywanej na serwerze. Jeżeli Centrum Danych posiada dwóch niezależnych operatorów, to wówczas istnieje możliwość przekierowania ruchu na drugiego w przypadku awarii. Jeżeli zaś Centrum Danych posiada więcej niż dwóch niezależnych operatorów telekomunikacyjnych, to wówczas ryzyko sparaliżowania prac Zamawiającego z uwagi na awarie u operatora telekomunikacyjnego jest minimalne. Dlatego też, Zamawiający w ogóle wykluczył możliwość zaoferowania Centrum Danych z jednym niezależnym operatorem (niezgodność oferty z SIWZ), wskazał, że wymaga, aby Centrum Danych posiadało co najmniej dwóch operatorów (spełnienie warunków minimalnych SIWZ), zaś premiuje dodatkowymi punktami ich wyższą ilość”.

Odwolujący dodatkowo wyjaśnił, że: „wykonawca T-Mobile posiada trzy numery AS (ang. Autonomous System, AS - zbiór prefiksów (adresów sieci IP) pod wspólną administracyjną kontrolą): o numerze AS12912, o numerze AS8246 oraz o numerze AS6714. AS12912 posiada połączenie z dwoma niezależnymi operatorami telekomunikacyjnymi: Deutsche Telekom AG (AS3320) oraz T-Mobile Czech Republic a.s. (AS5588), natomiast pozostałe dwa numery AS posiadają połączenie z jednym niezależnym operatorem telekomunikacyjnym - T-Mobile Czech Republic a.s. (AS5588). Na każdym numerze AS można umieścić dwa lub więcej Centrów Danych, jednakże wyłącznie AS12912 spełnia warunki SIWZ, o posiadaniu połączeń z co najmniej dwoma niezależnymi operatorami telekomunikacyjnymi. Ponadto warto wskazać, iż AS6939 nie jest operatorem telekomunikacyjnym (dostawcą internetu) - numer AS jest własnością firmy Hurricane Electric Inc., która zbiera dane o wszystkich połączeniach internetowych oraz udostępnia te dane w narzędziu BGP Toolkit. T-Mobile Czech Republic a.s. (AS5588) posiada dalsze połączenia z czterema (4) niezależnymi operatorami internetowymi, zaś Deutsche Telekom AG (AS3320) posiada dalsze połączenia z piętnastoma (15) niezależnymi operatorami internetowymi. Wskazać również należy, że testy wykonywane przy pomocy narzędzi typu 'tracę route' z różnych adresacji T-Mobile Polska ujawniają, że ruch wychodzący do Internetu zawsze jest kierowany przez T-Mobile Czech Republic a.s. (router: 193.85.195.37) albo przez Deutsche Telekom AG (router: 87.128.234.226). Nie ma trzeciej ścieżki, którą odbywałby się ruch wychodzący do Internetu z adresacji operatora o numerze AS12912, Z kolei informacje ze strony Hurricane Electric Inc. wskazują że dla operatora o numerze AS12912 brak zakładki „IX”. To z kolei oznacza, że T-Mobile Polska nie peeruje się w żadnym punkcie wymiany ruchu (Internet eXchange). Z przedstawionych powyżej obiektywnych dowodów (niepochodzących od stron zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia) wynika, iż na dzień składania ofert T-Mobile nie dysponował dla każdego zaproponowanego Centrum Danych co najmniej trzech podłączonych niezależnych operatorów telekomunikacyjnych.” Zdaniem Odwołującego, Zamawiający

5

zobligowany jest dokonać prawidłowej oceny przedstawionych w ofercie T-Mobile informacji, tj. wykluczyć tego wykonawcę za złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego, nie do zaakceptowania byłaby sytuacja, w której podmiot publiczny, przyjmuje całkowicie bierną postawę w zakresie stwierdzenia nieprawdziwości informacji i nie wykonuje żadnej czynności w celu uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Posiadane przez Zamawiającego informacje i dowody (przedstawione niniejszym pismem), nie sposób potraktować jako zasianie niepewności, czy wywołanie wątpliwości. Są to dowody, które dobitnie świadczą, że spełnione są wszystkie wyartykułowane w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przesłanki do wykluczenia T-Mobile z postępowania.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 Ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania T-Mobile do uzupełnienia wykazu usług z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia

Warunki udziału w Postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków określony został w pkt. 7 SIWZ. Zgodnie z zapisami pkt. 7.2.2 SIWZ:

W ramach potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 7.1 lit. b) Wykonawcy wykażą się niezbędnym doświadczeniem, tj. w przypadku Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, należycie: co najmniej jedną główną usługę z poniżej wymienionych dwóch usług, odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia.

Poprzez główną usługę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, Zamawiający rozumie:

a) usługę przeniesienia środowisk z minimum 25 serwerów fizycznych do maszyn wirtualnych na platformie hostowanej, z zapewnieniem wymaganych przez aplikacje zasobów systemu i pamięci masowych oraz zapewnieniem składowania kopii

bezpieczeństwa danych, o wartości usługi nie mniejszej niż 100 000,00 PLN brutto, albo

b) usługę przeniesienia pomiędzy dwoma centrami przetwarzania środowisk złożonych z minimum 50 serwerów wirtualnych, z zapewnieniem wymaganych przez aplikacje zasobów systemu i pamięci masowych oraz zapewnieniem składowania kopii bezpieczeństwa danych, o wartości usługi nie mniejszej niż 100 000,00 PLN brutto.

W celu wykazania powyższego warunku udziału w Postępowaniu T-Mobile powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. W Formularzu oferty w pkt. 8 wykonawca ten oświadczył, iż nie powierzy wykonania jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom. W

6

ocenie Odwołującego tym samym T-Mobile nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z uwagi na nierealność udostępnienia mu wiedzy i doświadczenia.

Jak dalej argumentował Odwołujący: biorąc pod uwagę specjalistyczny charakter usług, które mają zostać wykonane konieczne jest realne dysponowanie wiedzą i doświadczeniem w zakresie przenoszenia środowisk bądź z serwerów fizycznych do maszyn wirtualnych bądź pomiędzy dwoma centrami przetwarzania środowisk. Biorąc pod uwagę specyfikę postępowania za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości polegania na zasobie doświadczenia wynikającego z art. 26 ust. 2b Ustawy nie może być uznane powołanie się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego bez realnego udziału tego podmiotu w wykonywaniu tej części zamówienia. O ile przyjąć można, że w drodze konsultacji można nabyć wiedzę teoretyczną potrzebną do wykonania zamówienia, o tyle niemożliwym jest w ten sposób nabycie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia. Tymczasem w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy realizować zamówienie może tylko taki podmiot, który doświadczenie już posiada, bądź w myśl art. 26 ust. 2b Ustawy oprze się na doświadczonym podmiocie, który wymagane doświadczenie posiada. Tylko i wyłącznie wtedy doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiekolwiek przełożenie na realizację zamówienia.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez T-Mobile mimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zamawiający w dniu 08 lipca 2016 r. skierował do T-Mobile wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a następnie w dniu 14 lipca 2016 r. wezwanie do udzielenia dalszych wyjaśnień. Odwołujący nie miał możliwości uzyskania wglądu w treść wyjaśnień udzielonych przez T-Mobile, jednakże odtajnienie tych dokumentów jest jednym z żądań niniejszego odwołania. Zdaniem Odwołującego, cena globalna oferty T-Mobile złożonej w postępowaniu jest rażąco niska, gdyż nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia. Minimalna cena wykonania przedmiotu zamówienia jest wyższa od ceny oferty T-Mobile. Odwołujący w treści odwołania przedstawił najbardziej kosztogenne elementy, których ceny winny zostać wykazane w ramach składanych wyjaśnień przez tego wykonawcę. Jak wskazał, z wyliczeń wynika, że cena oferty T-Mobile, tj. 4 339 440,00 złotych brutto jest o około 3 042 301,68 zł brutto tańsza niż minimalne koszty jakie należy ponieść aby móc zrealizować przedmiot zamówienia. W ocenie Odwołującego T-Mobile stosuje rażąco niskie ceny (ceny dumpingowe) z uwagi na posiadanie innych źródeł finansowania w ramach prowadzonej przez siebie działalności, co ma doprowadzić do uzyskania monopolu na rynku będącym zbieżnym z przedmiotem obecnego postępowania. Tym samym, w ocenie Odwołującego, oferta złożona przez T-Mobile zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez negocjacje treści oferty pomiędzy Zamawiającym a T-Mobile, dokonanie jej zmiany po terminie otwarcia ofert a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez T-Mobile mimo, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

Zgodnie z treścią ust. 10.2 lit. b SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferta zawierała koncepcję, która musi zawierać informację pozwalającą na ocenę oferowanego rozwiązania względem wymagań określonych przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ tj.: Opis ogólny proponowanego rozwiązania. Schemat ogólny dostarczonej architektury. Opis warstwy sieciowej, zastosowanych rozwiązań, przepustowości. Schemat - koncepcji infrastruktury rozciągniętej pomiędzy dwoma ośrodkami DC. Opis proponowanych zabezpieczeń. Specyfikację sprzętu i oprogramowania opisana zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ. Opis warstwy fizycznej. Storage - proponowane rozwiązanie, parametry. Backup - system tworzenia kopii zapasowej. Monitoring - opis proponowanego rozwiązania. Zamawiający wymaga, by wskazane w Formularzu oferty parametry były zgodne z Opiskiem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że nie może ulegać wątpliwości, iż Specyfikacja sprzętu i oprogramowania stanowiła element koncepcji i tym samym treść oferty. Wykonawca T-Mobile przedstawił Zamawiającemu Specyfikację sprzętu i oprogramowania opisaną zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ, w którym to jednak dokumencie nie uzupełnił wszystkich wymaganych informacji. Zdaniem Odwołującego, nieuprawnione było wezwanie w dniu 08 lipca 2016 r. T-Mobile do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy. Zamawiający wbrew treści art. 87 ust. 1 przeprowadził z T-Mobile negocjacje dotyczące złożonej przez tego wykonawcę oferty i tym samym na podstawie otrzymanych wyjaśnień doszło do zmiany jej treści. Zamawiający nie miał prawa oprzeć się na wyjaśnieniach uzyskanych od wykonawcy T-Mobile w zakresie parametrów, które pominął on przy składaniu oferty. Nieuprawnione negocjacje polegały więc na zmianie treści oferty wykonawcy T-Mobile na podstawie wezwania do wyjaśnień treści oferty i uzupełnienia w ten sposób elementów, które nie zostały zaoferowane przez tego wykonawcę. Tym samym, zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy T-Mobile jest niezgodna z treścią SIWZ i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy winna podlegać odrzuceniu. W powyższym zakresie nie znajdzie zastosowania również art. 87 ust. 2 Ustawy.

5. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez T-Mobile, mimo że jej treść nie

odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z uwagi na niemożliwość zaoferowania przez T-Mobile licencji Red Hat

Jak wskazał Odwołujący, jednym z elementów przedmiotu zamówienia są licencje Red Hat. W ust. 2.1.3. Załącznika nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia wskazano, że:

„Wykonawca w ramach Umowy zapewni dla środowiska wszystkie wymagane licencje zarówno serwerowe jak i dostępowe na instalowane systemy operacyjne we wskazanej przez Zamawiającego wersji z rodziny Microsoft i Red Hat (np. Microsoft Windows Server 2012 R2 DataCenter, Windows Server 2012 R2 Standard oraz Red Hat® Enterprise Linux® wraz z wszystkimi oferowanymi przez producenta Add-Ons np. Cluster Suite dla 20 systemów) z aktualnym wsparciem (bez konieczności zakupu dodatkowych licencji dostępowych przez Zamawiającego)”. Tym samym Zamawiający wskazał, że wymaga zaoferowania oprogramowania z aktualnym wsparciem (bez konieczności zakupu dodatkowych licencji dostępowych przez Zamawiającego). Łączna liczba systemów operacyjnych Red Hat wskazanych przez Zamawiającego to: 50.

Według wiedzy Odwołującego, Wykonawca T-Mobile nie ma podpisanej umowy na świadczenie usług hostingowych w oparciu o oprogramowanie firmy Red Hat, natomiast z treści oferty wynika, iż Wykonawca ten nie korzysta z jakichkolwiek podwykonawców (ust. 8 Formularza oferty). Jak wskazał Odwołujący, aby zapewnić sobie możliwość zrealizowania

przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ (zaferowania wszystkich wymaganych licencji zarówno serwerowych jak i dostępowych Red Hat z aktualnym wsparciem Red Hat) T-Mobile winno być stroną odpowiedniej umowy partnerskiej, co jednak nie ma miejsca. Zaakceptowanie przez Zamawiającego takiego stanu rzeczy, biorąc pod uwagę, iż niniejszym pismem uzyskuje on te informacje, skutkować może poniesieniem odpowiedzialności również przez Zamawiającego jako działającego w złej wierze (z uwagi na posiadanie informacji o braku posiadania zawartej odpowiedniej umowy). Dlatego, zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy T-Mobile jako niezgodna z treścią SIWZ, z uwagi na obiektywną niemożność zaferowania licencji Red Hat winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

6. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 Ustawy w związku naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 Ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) dokumentów zastrzeżonych przez T-Mobile jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią w o zwalczaniu tajemnicy przedsiębiorstwa rozumieniu przepisów nieuczciwej konkurencji, bądź wykonawca nie wykazał w odpowiednim czasie zaistnienie przesłanek uprawniających do ich zastrzeżenia

9

Zdaniem Odwołującego, przedstawione przez Wykonawcę T-Mobile wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnoszą się do konkretnego stanu faktycznego. Wykonawca powołuje się jedynie na gołosłowne twierdzenia tak aby uniemożliwić innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości złożonej oferty.

Wykaz usług wraz z referencjami dotyczącymi

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca T-Mobile nie wykazał, że zastrzeżone informacje w poz. 2 oraz poz. 1 nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Wykazując przesłankę nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości wykonawca wyraźnie wskazał, iż jedynie wszystkie informacje jako całość nigdy nie były i nie są udostępniane do publicznej wiadomości. Powyższe oznacza jedynie tyle, że oferta Wykonawcy T-Mobile jako całość nie została ujawniona co odnieść można zapewne do większości ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego zastrzeżeniu podlega informacja, co wynika literalnie z treści art. 8 ust. 3 Ustawy i to właśnie informacja każda z osobna, aby móc podlegać utajnieniu, winna nigdy nie być ujawniona do informacji publicznej i wykazane przez wykonawcę co jednak nie ma miejsca. W powyższym zakresie wyjaśnienia T-Mobile są ze sobą sprzeczne ponieważ z jednej strony wykonawca ten wskazuje, iż ujawnienie choćby fragmentu zastrzeżonych informacji może stanowić podstawę do dedukcji na temat całości informacji, wskazując jednocześnie, iż zarówno zawarta umowa jak i fakt realizacji usługi nie jest powszechnie znany.

Samo stwierdzenie, że określona usługa została zrealizowana na rzecz podmiotu prywatnego, bez wątplenia nie stanowi wykazania ww. przesłanek dopuszczalności zastrzeżenia. Odwołujący podkreślił, że nie istnieje żadne domniemanie prawne ani faktyczne, zgodnie z którym informacje na temat usługi zrealizowanej przez wykonawcę na rzecz podmiotu z sektora prywatnego ze swej natury obdarzone są przymiotem tajności. W ocenie Odwołującego, nie można zgodzić się z twierdzeniem Wykonawcy T-Mobile, że wartość gospodarcza wynika z faktu, że ujawnia okoliczności, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, T-Mobile korzysta z zasobów udostępnionych jej przez podmioty trzeciej, a zatem obrazuje w jaki zakresie T-Mobile spełnia warunki samodzielnie, a w jaki korzysta z zasobów udostępnionych przez podmioty trzeciej. W dalszej części jawnych wyjaśnień wykonawca ten sam wskazuje, iż posiłkuje się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego w zakresie usługi wymaganej zgodnie z pkt. 7.2.2 SIWZ.

Odwołujący zauważył, że samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy. Tym samym fakt istnienia umów z klauzulami poufności nie może oznaczać automatycznego uznania zasadności zastrzeżenia określonych informacji. Zamawiający winien mieć możliwość

10

weryfikacji treści rzekomych umów zawierających klauzule poufności. Powyższe informacje jednak nie wynikają w jakikolwiek sposób z informacji przedstawionych przez T-Mobile. Z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o dokonanie przez Zamawiającego anonimizacji danych dotyczących podmiotów trzecich (ich nazw) oraz ujawnienie i udostępnienie Odwołującemu pozostałych informacji dotyczących wartości zamówienia, zakresu prac oraz dat wykonania usług. Powyższe dane biorąc pod uwagę stanowisko T-Mobile, iż nigdy nie zostały one ujawnione do publicznej wiadomości nie pozwolą Odwołującemu na uzyskanie domniemanej przez T-Mobile tajemnicy przedsiębiorstwa ale pozwolą na dokonanie oceny prawidłowości działania Zamawiającego poprzez analizę zakresu prac, na które to powołuje się ten wykonawca.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia referencji

W zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego Odwołujący wskazał na tę samą argumentację, jaką przedstawił w odniesieniu do wykazu usług. Ponadto w jego ocenie, samo stwierdzenie, że utajnieniu podlega sam fakt współpracy dwóch podmiotów prywatnych nie może być podstawą do utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie.

Z ostrożności procesowej w razie nieuznania zasadności odtajnienia całego zobowiązania podmiotu trzeciego Odwołujący wniósł o dokonanie przez Zamawiającego anonimizacji danych dotyczących podmiotów trzecich (ich nazw) oraz ujawnienie i udostępnienie Odwołującemu pozostałych informacji, m.in. dotyczących sposobu udostępnienia wiedzy i doświadczenia na rzecz T-Mobile. Powyższe dane nie pozwolą Odwołującemu na uzyskanie domniemanej przez T-Mobile tajemnicy przedsiębiorstwa ale pozwolą na dokonanie oceny prawidłowości działania Zamawiającego poprzez analizę sposobu udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Specyfikację sprzętu i oprogramowania opisana zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ

Odwołujący wskazał, że parametry oferowanego rozwiązania nie są informacjami posiadającymi jakąkolwiek wartość gospodarczą. Zgodził się, że wartość taką może posiadać koncepcja oferowanego rozwiązania (w zakresie poza specyfikacją sprzętu i oprogramowania), jednak sama specyfikacja wynika z jawnych zapisów SIWZ i w żadnym stopniu nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wyjaśnił Odwołujący: „Fachowa wiedza w zakresie umiejętności dopasowania sprzętu nie stanowi jakiegokolwiek know-how wykonawcy ponieważ przymiot taki posiada praktycznie każdy profesjonalny podmiot działający na rynku IT. Sam wykonawca wskazuje w swoich wyjaśnieniach, iż wymagania Zamawiającego mogą zostać spełnione przez urządzenia standardowe stanowiące zamknięty katalog możliwości oraz, że informacje dotyczące poszczególnych elementów mają charakter ogólnodostępny. Tym samym o ile koncepcja realizacji usługi (w pozostałym zakresie) jest wyrazem know-how tego wykonawcy to przymiotu takiego nie może posiadać specyfikacja sprzętu i oprogramowania zgodna z załącznikiem nr 10 do SIWZ”.

11

Wyjaśnienia T-Mobile z dnia 13 lipca 2016 r.

W odniesieniu do wyjaśnień oraz dokumentów przedłożonych przez T-Mobile w dniu 13 lipca 2016 r. w ocenie Odwołującego nie zostały wykazane wszystkie przesłanki uzasadniające dokonanie takiego zastrzeżenia. Jak wyjaśnił Odwołujący, w pkt. VIII i IX złożonych wyjaśnień przedstawiono uzasadnienie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jednakże w złożonych wyjaśnieniach T-Mobile całkowicie pominął kwestie wykazania, iż przedstawione informacje nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości oraz nie wykazał jakie środki zostały podjęte celem zachowania tych informacji w poufności. Tym samym T-Mobile nie wykazał przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tych informacji przez co należy uznać, iż nie podjął odpowiednich środków celem zachowania informacji w poufności.

Wyjaśnienia T-Mobile z dnia 20 lipca 2016 r.

W odniesieniu do wyjaśnień z dnia 20 lipca 2016 r. oraz załączonych dokumentów, Odwołujący wskazał, że Wykonawca T-Mobile de facto w ogóle zaniechał wykazania zasadności poczynionego zastrzeżenia powołując się jedynie na ogólne twierdzenia i przesłanki wynikające z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym w zakresie przedłożonych wyjaśnień wykonawca ten w ogóle nie wykazał przesłanek, od wykazania których uwarunkowane jest zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto kuriozum w ocenie Odwołującego jest zastrzeżenie zasad licencjonowania Windows standard w środowiskach wirtualnych, tj. informacji, która w ogóle nie jest w dyspozycji T-Mobile. Zasady licencjonowania są ogólnodostępne dla wszystkich podmiotów współpracujących z firmą Microsoft zatem załącznik taki w ogóle nie może być

objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca T-Mobile Polska S.A.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

12

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a Wykonawca nie wykazał w odpowiednim czasie zaistnienie przesłanek uprawniających do ich zastrzeżenia.

Zasadą postępowania, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacjach zupełnie wyjątkowych, istnieje możliwość wyłączenia jawności postępowania i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym, gdy nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którą przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wszystkie te przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca T-Mobile Polska S.A. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się na stronach 58-117 oferty, a także wyjaśnienia złożone w dniu 13 i 20 lipca 2016 roku. Utajniona część oferty zawiera regulamin pracy, oświadczenie o ochronie informacji, wykaz zrealizowanych usług wraz z poświadczeniem wykonania usług i listem referencyjnym, zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień

13

publicznych wraz z KRS, wykaz osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, trzy pisemne zobowiązania do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, opis ogólny proponowanego rozwiązania, specyfikację sprzętu i

oprogramowania.

Wykonawca T-Mobile Polska S.A. w treści oferty przedstawił wyjaśnienia co do zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów są ogólnikowe. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią bardzo istotną kwestię dla każdego przedsiębiorcy, tym samym podejmuje on szereg czynności i szereg zabezpieczeń, celem ochrony poufności takich informacji. Takich działań w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. nie wskazano.

Przedstawiono za to wyjaśnienie, czym jest tajemnica przedsiębiorstwa w świetle obowiązujących przepisów. Nadto przedmiotowe wyjaśnienia bogato ozdobiono cytatem z doktryny, cytatem z opinii Urzędu Zamówień Publicznych, cytatami z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Jakkolwiek bogaty jest dorobek orzeczniczy Izby w tematyce zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie może być on wyłącznym uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w konkretnym przypadku. Wraz z wyjaśnieniami nie przedstawiono Zamawiającemu żadnych dodatkowych dokumentów, w tym także jakichkolwiek umów, których zawarcie miało na celu ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie przedstawiono żadnych dowodów, które mogłyby uzasadniać zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. A jak wspomniano powyżej, w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte są określone działania i czynności podejmowane w celu jej ochrony, co oznacza, że jeżeli istotnie działania takie zostały podjęte, to powinny istnieć materialne dowody ich podjęcia. Tym samym, za nieprawidłowe uznać należy działanie Zamawiającego, który uznał za uzasadnione utajnienie dokumentów stanowiących część oferty Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. Zamawiający oparł się jedynie na ogólnych i niedowiedzionych twierdzeniach tego Wykonawcy.

Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia informacji znajdujących się w wykazie zrealizowanych usług oraz dokumentach potwierdzających należyte ich wykonanie, Izba ponownie podkreśla, że znalazły się w nim ogólne, niedowiedzione twierdzenia. Jedynym argumentem, na jakim oparł zastrzeżenia Wykonawca T-Mobile Polska S.A. jest okoliczność, że usługi zostały zrealizowane na rzecz podmiotów prywatnych. W ocenie Izby taka okoliczność sama w sobie nie może stanowić uzasadnienia dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnica przedsiębiorstwa to szereg

14

okoliczności, które należy wykazać. W tym przypadku Wykonawca nie wykazał spełnienia jakiegokolwiek przesłanki, o których mowa w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wykazano chociażby wartości, czy sposobu ochrony informacji oraz okoliczności, że informacja nie została ujawniona. Nie wykazano podjęcia jakichkolwiek działań w celu zachowania poufności. Należy zauważyć, że referencje wystawione 22 czerwca 2016 roku, nie zawierają zastrzeżenia zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Adresatem referencji jest nieograniczony krąg podmiotów. Referencje są bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które są lub mogą być zainteresowane ich treścią. Gdyby podmiot wystawiający referencje nie był zainteresowany ujawnieniem określonych informacji podawanych w treści referencji, wówczas nie wystawiałby referencji o określonej treści lub też w treści tych referencji zastrzegłby, że nie mogą być one nikomu udostępnione. Gdyby podmiot wystawiający referencje rzeczywiście zainteresowany był nieujawnianiem okoliczności współpracy, nie wystawiałby referencji, bo z natury rzeczy są one skierowane do podmiotów trzecich, a nie tylko dla podmiotu wystawiającego i tego Wykonawcy. Tym samym, skoro nazwy wystawców referencji oraz nazwy projektów znalazły się w treści referencji, w której nie zastrzeżono, że nie może być ujawniana, to również nie było podstaw do utajnienia informacji w wykazie.

Kolejny dokument – poświadczenie wykonywania usług - zawiera stwierdzenie o zobowiązaniu Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. do zachowania w tajemnicy informacji o zawarciu umowy i wykonaniu zamówienia. Jednakże nie przedstawiono żadnego dokumentu, z którego wynikałoby, że osoba podpisująca poświadczenie jest uprawniona do jednoosobowej reprezentacji podmiotu. Zasadą jest, wynikającą z art. 205 § 1 Kodeksu spółek handlowych, że oświadczenia w imieniu spółki składa dwóch członków zarządu lub członek zarządu łącznie z prokurentem. W przypadku spółki, która posiada dwuosobową reprezentację, taki dowód należało przedstawić już w treści oferty, aktualny na chwilę

składania ofert – co nie miało miejsca. A to na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa obowiązek dowiedzenia skutecznego dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W świetle powyższego, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było bezpodstawne.

W konkluzji należy stwierdzić, że nie sposób uznać, aby tego rodzaju informacje, jakie znalazły się w referencjach przedstawionych przez Przystępującego, miały charakter poufny lub mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, nie podjęli nawet próby wykazania, że referencje zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub jakimkolwiek innym charakterze, który mógłby podlegać ochronie. Tym samym, nie spełniono podstawowych przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a których spełnienie jest niezbędne, aby dane informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

15

Powyższa argumentacja odnosi się także do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku dokumentów udostępnienia potencjału.

W ocenie Izby bezpodstawne jest również zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie osób.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że w treści wyjaśnień, jakie Przystępujący przedstawił Zamawiającemu, nie wskazano, jakie czynności podjął, aby zachować poufność informacji, a jest to podstawowa przesłanka do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponownie, poza ogólnymi sformułowaniami w treści wyjaśnień, brak jest jakichkolwiek dowodów na okoliczność zawarcia umów z poszczególnymi pracownikami. Stwierdzenie Przystępującego o „podkupowaniu pracowników”, również nie zostało w żaden sposób wykazane. Takie stwierdzenie można odnieść do każdej branży i każdego postępowania przetargowego. Zmiana pracodawcy w wyniku inicjatywy pracownika jest elementem normalnej gry rynkowej, a Przystępujący nie wykazał, aby w tym konkretnym postępowaniu, przysługujące każdemu pracownikowi prawo do rozwiązania umowy o pracę prowadziło do naruszenia praw Przystępującego. To w gestii Wykonawcy leży takie zabezpieczenie stosunku pracy z pracownikiem, aby do sytuacji „podkupienia” pracownika nie doszło. Utażnienie dokumentów w tym zakresie nie stanowi żadnego zabezpieczenia. Co więcej, realizacja usługi na rzecz Zamawiającego nie będzie podlegała utajnieniu, tym samym brak jest uzasadnienia dla utajniania danych związanych z tą usługą na etapie postępowania, mającego na celu wybór oferty najkorzystniejszej. W tym miejscu ponownie należy podkreślić, że dokumenty w postępowaniu przetargowym, w tym te, które zawierają informacje o sposobie realizacji usługi, jak również o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, są jawne. W odniesieniu do wykazu osób, które realizować będą zamówienie, nie została wykazana żadna z przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tylko łączne spełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie, pozwala na uznanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Załączenie regulaminu pracy nie stanowi żadnego dowodu na okoliczność skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wskazał na jakiegokolwiek zapisy tego regulaminu, które uzasadniałyby objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych dokumentów w niniejszej procedurze przetargowej. Co więcej, regulamin jest dokumentem standardowym, obowiązującym u każdego pracodawcy, który spełnia określone w Kodeksie pracy warunki do wprowadzenia tego regulaminu. W procedurze przetargowej należy wykazać spełnienie przesłanek stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do każdej informacji. Trafnie zauważył Odwołujący, że to poszczególne informacje mogą być chronione (i to wyłącznie w naprawdę wyjątkowych i skutecznie wykazanych

16

okolicznościach), nie zaś całe dokumenty. Izba nie miała wątpliwości, że utajnienie dokumentacji w niniejszym postępowaniu miało na celu jedynie utrudnienie podmiotom konkurencyjnym dokonania weryfikacji dokumentów złożonych wraz z ofertą w niniejszym postępowaniu.

Izba za bezzasadne uznała także zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wobec informacji

zawartych w specyfikacji sprzętu i oprogramowania oraz koncepcji oferowanego rozwiązania.

W treści wyjaśnień Przystępujący kilkakrotnie użył stwierdzenia „know-how.” Jednakże Przystępujący nie określił, czego to „know-how” miałyby dotyczyć i na czym ono polega. W szczególności Przystępujący nie wykazał, że koncepcja stanowi jego know – how. Know – how jest czymś, co stanowi rozwiązanie oryginalne i niepowtarzalne, a do czego dostęp mają nieliczni, dlatego też musi zostać wykazane, że strona podjęła określone działania w celu zabezpieczenia się przed nieuprawnionym dostępem do know-how. Strona powinna więc wykazać, w jaki sposób chroni know-how. W niniejszej sprawie Przystępujący okoliczności tych nie wykazał. Nie sposób ustalić, w jaki sposób Przystępujący chroni rozwiązanie, które uważa za swoje know-how. Poza tym Przystępujący nie wykazał, że oferowana koncepcja stanowi tak unikalne rozwiązanie, że jego odtworzenie nie jest możliwe przez innych wykonawców.

Co więcej, w treści koncepcji wskazano, że jest to jedynie ogólny opis proponowanego rozwiązania. Na opis ten składa się zaledwie kilka punktów. Ogólne twierdzenia podnoszone już trakcie rozprawy, jakoby koncepcja stanowiła wiedzę, jak poszczególne elementy skonfigurować, Izba uznała za bezpodstawne. W żadnym miejscu w treści wyjaśnień (ani w trakcie rozprawy) nie wyjaśniono, które połączenia, konfiguracje, mają charakter nowatorski, wyjątkowy, nieznanymi innym wykonawcom. Nie przedstawiono także dowodów na poparcie takich twierdzeń.

Jak bardzo wskazywane elementy specyfikacji sprzętu, a co za tym idzie – koncepcji, nie są tajne – a wręcz są publicznie i powszechnie dostępne świadczy okoliczność, że Odwołujący w trakcie rozprawy wskazywał poszczególne elementy, jakie mogły znaleźć się w specyfikacji sprzętu w ofercie T-Mobile Polska S.A., mimo iż nie miał dostępu do dokumentu. Okazało się, że większość informacji, takich jak np. Lokalizacja każdego z DC, jest powszechnie dostępna na stronach internetowych. Odwołujący w trakcie rozprawy bezbłędnie odgadywał informacje znajdujące się w poszczególnych wierszach tabeli (od 1 do 10) w ofercie Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. lub wskazywał na ich dostępność w internecie, co jedynie dowodzi, że informacje nie są w żaden sposób tajne – czyli nieznanymi innym wykonawcom, a wręcz są powszechnie dostępne. Nadto pozycje 11-20 zawierają stwierdzenie: „spełnia wszystkie parametry oraz funkcjonalności określone w SIWZ, w tym

17

załączniku nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia oraz w udzielonych przez Zamawiającego do treści SIWZ”, co wprost i jednoznacznie dowodzi, że odpowiada to wymaganiom SIWZ, a więc nie zawiera nadzwyczajnych rozwiązań. Co więcej, nazwy oprogramowań, takich jak Cisco, FirePower, są powszechnie znane i nie stanowi to żadnej „tajnej” informacji. Specyfikacja sprzętu nie zawiera żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wykazano okoliczności przeciwnych. Potwierdzenie parametrów SIWZ i wskazanie oprogramowania nie może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie wykazano żadnej z przesłanek ustawowych.

Ponownie należy podkreślić, że jawność postępowania jest jedną z jego naczelných zasad. Strony nie mogą na mocy swoich działań zasady tej wyłączać bez wyraźnej i jednoznacznej podstawy. Tym samym, strony umowy nie mogą wyłączyć jawności ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, że Przystępujący w treści wyjaśnień przedstawionych Zamawiającemu nie udowodnił, że informacje składane w jego ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarł jedynie ogólne sformułowania, nie odnoszące się do konkretnych faktów i działań. Nie wskazał konkretnych dowodów, uzasadniających dokonane przez siebie utajnienie informacji, ani też szkody, jaką poniósłby wskutek ich ujawnienia. Przede wszystkim zaś nie udowodnił, a to na Przystępującym spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie, że zaoferowany przez niego zestaw licencji jest rozwiązaniem na tyle oryginalnym, że stanowi jego know-how, którego odtworzenie nie jest możliwe bez ujawnienia treści tego know-how. Przystępujący nie wykazał również, w jaki sposób to know-how chroni, ani nie wykazał, czy istniała możliwość zaoferowania innej konfiguracji.

W ocenie Izby, Wykonawca T-Mobile Polska S.A. w żaden sposób nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec składanych wyjaśnień w dniu 13 i 20 lipca 2016 roku. Nie wykazał spełnienia którejkolwiek z przesłanek ustawowej definicji tajemnicy

przedsiębiorstwa. Ogólne stwierdzenie Wykonawcy, zgodnie z którym zawarte w ofercie wyjaśnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnoszą się do treści składanych w dniu 13 i 20 lipca wyjaśnień jedynie dowodzi, że Wykonawca nie podjął żadnych czynności w celu zastrzeżenia informacji tam zawartych. Co więcej, ogólne twierdzenia co do okoliczności przejęcia części spółki GTX przez firmę T-Mobile Polska S.A. są powszechnie dostępne. Wskazywał na nie sam Odwołujący podczas rozprawy, a także wynikają z powszechnych i jawnych dokumentów rejestrowych. Tym samym Wykonawca T-Mobile Polska S.A. dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec informacji powszechnie znanych, jawnych, a więc zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa było bezskuteczne. Podkreślić należy, że to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania podjętych czynności, jak

18

również wykazania, że dane informacje posiadają wartość, np. gospodarczą i nie zostały ujawnione. Informacji w tym zakresie w odniesieniu do poszczególnych wyjaśnień próżno szukać gdziekolwiek. W treści korespondencji Wykonawcy żadna ze stron nie zastrzegła jej poufności. Treść ofert również nie zawiera informacji o zastrzeżeniu tajemnicy w odniesieniu do jakiegokolwiek części oferty. To na wykonawcy ciąży wykazanie, że określona informacja ma charakter poufny. W sytuacji, gdy rzeczywiście dana informacja ma charakter poufny, wykonawca powinien okoliczność tę wykazać w taki sposób, aby poufność tej informacji nie budziła niczyjej wątpliwości. Wykonawca powinien więc udowodnić, że informacja ma charakter poufny i że wykonawca strzeże poufności tej informacji. Okoliczności tych nie można się domyślać, ani domniemywać, lecz powinny one zostać udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania. Brak jest podstaw do uznania poufności informacji, których poufność wykonawca próbuje wykazać ogólnikowymi stwierdzeniami i sloganami. Zatem jedynie dodatkowo Izba zauważa, że zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w niniejszym postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny składowej, nie powinny zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania.

Należy zauważyć że nie ma znaczenia w niniejszej sprawie podnoszony przez Zamawiającego argument, że Odwołujący w swojej ofercie również dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec czego podnoszenie zarzutu bezpodstawnego utajnienia dokumentów wobec Przystępującego nie zasługuje na ochronę i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. W pierwszej kolejności należy zauważyć że Zamawiający jest zobowiązany badać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do każdego z wykonawców osobno, uwzględniając i badając okoliczności szczególne względem każdego z wykonawców. Decyzję o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa każdy z wykonawców podejmuje indywidualnie, niezależnie od innych wykonawców, kierując się właściwymi tylko dla siebie przesłankami zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego każdy przypadek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien podlegać indywidualnej ocenie. Fakt bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji nie oznacza automatycznie, że pozostali przedsiębiorcy również bezpodstawnie zastrzegali tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto, Zamawiający nawet nie wskazał, która z zasad współżycia społecznego miałaby zostać naruszona. Tym samym podnoszony argument jest bezzasadny.

19

Izba nie nakazywała w treści sentencji dokonania czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na treść artykułu 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc z powodu braku wpływu na wynik postępowania. Izba nakazała w treści sentencji odrzucenie oferty Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. Niemniej Izba stoi na stanowisku, że dokonane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. jest bezpodstawne i bezskuteczne.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania wezwania T-Mobile do

uzupełnienia wykazu usług, z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia.

W ramach potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 7.1 lit. b) SIWZ, Wykonawcy byli zobowiązani wykazać się niezbędnym doświadczeniem, tzn. wykazać, że w przypadku Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, należycie: co najmniej jedną główną usługę z poniżej wymienionych dwóch usług, odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia.

Poprzez główną usługę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, Zamawiający wskazał, że rozumie:

- a) usługę przeniesienia środowisk z minimum 25 serwerów fizycznych do maszyn wirtualnych na platformie hostowanej, z zapewnieniem wymaganych przez aplikacje zasobów systemu i pamięci masowych oraz zapewnieniem składowania kopii bezpieczeństwa danych, o wartości usługi nie mniejszej niż 100 000,00 PLN brutto, albo
- b) usługę przeniesienia pomiędzy dwoma centrami przetwarzania środowisk złożonych z minimum 50 serwerów wirtualnych, z zapewnieniem wymaganych przez aplikacje zasobów systemu i pamięci masowych oraz zapewnieniem składowania kopii bezpieczeństwa danych, o wartości usługi nie mniejszej niż 100 000,00 PLN brutto.

W celu wykazania powyższego warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca T-Mobile Polska S.A. powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. W Formularzu oferty w pkt. 8 Wykonawca ten oświadczył, iż nie powierzy wykonania jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom. W ocenie Odwołującego oznacza to brak spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, z uwagi na nierealność udostępnienia mu wiedzy i doświadczenia. Izba ustaliła, że w treści pisemnego zobowiązania do oddania Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu

20

zamówienia, wskazano sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia, tj. m.in. konsultacje i doradztwo, udostępnienie know-how, szkolenia, wsparcie merytoryczne w rozwiązywaniu problemów, a w uzasadnionych przypadkach oddelegowanie pracownika, który będzie nadzorował wykonanie poszczególnych prac. W ocenie Izby art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych ma szczególny charakter i dotyczy sytuacji, w której wykonawca, biorąc udział w postępowaniu, nie posiada doświadczenia i posiłkuje się doświadczeniem innego podmiotu. Nie jest konieczny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (nawet w formie podwykonawstwa), ale wystarczy wykazanie realnego sposobu, w jaki zostanie dostarczona pomoc przy realizacji zamówienia. Przepisy prawa nie wskazują na obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy chociażby jego części, również w sytuacji udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. W ocenie Izby, znaczenie ma także art. 26 ust. 2e ustawy Prawo zamówień publicznych, który wprowadza zasadę solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia zasobów. W świetle powyższego, biorąc pod uwagę regulacje ustawowe dopuszczające dowolną (czyt.: nie jest konieczne podwykonawstwo) formę udostępniania zasobów przez podmiot trzeci, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A., pomimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z uwagi na niemożliwość zaoferowania przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. licencji Red Hat.

Zamawiający przedstawił korespondencję prowadzoną za pośrednictwem poczty elektronicznej przez Pana J. R. (członka komisji Zamawiającego) z przedstawicielem firmy Red Hat. Pan J. R. 15 lipca 2016 roku zwrócił się z prośbą o informację, czy dostawca usługi chmurowej musi dysponować umową CCSP (Certified Cloud and Service Provider), aby uruchamiać serwery Red Hat na rynku polskim, a ponadto zapytał, czy dostawca oferujący

taką usługę Zamawiającemu, może nie posiadać umowy CCSP. W treści odpowiedzi z dnia 10 sierpnia 2016 roku, przedstawiciel Red Hat wyjaśnił, że: „(...) dostawca usługi chmurowej musi posiadać podpisaną umowę CCSP (Certified Cloud and Service Provider) aby oferować produkty firmy Red Hat w formie usługowej. Na dzień dzisiejszy dwie firmy w Polsce posiadają podpisaną umowę CCSP – Octawave oraz Infomex. Jeżeli MSZ chciałoby skorzystać z produktów Red Hat w formie usługi, to dostawca posiadać musi umowę CCSP. (...)”

21

Treść powyżej cytowanej korespondencji jednoznacznie potwierdza, że aby realizować usługę dla Zamawiającego, dostawca musi posiadać licencję firmy Red Hat, udzielaną na podstawie zawartej umowy CCSP. Z powyższej korespondencji wynika także, że Wykonawca T-Mobile Polska S.A. nie posiadał takiej licencji. Wykonawca T-Mobile Polska S.A. usiłował dowieść, że posiada inny sposób licencjonowania, który wynikać ma z faktu, że licencję Red Hat posiada spółka pod firmą T-Systems International GmbH, należąca do tej samej grupy kapitałowej co Wykonawca. W celu wykazania możliwości uzyskania licencji od T-Systems International GmbH, przedstawił pierwszą stronę (tytułową) umowy ramowej na świadczenie usług, jaką T-Systems International GmbH zawarła z Red Hat Ireland Limited, treść zapisu tej umowy oraz zakres umowy, opisujący listę zamówienia. Jednakże przedłożone zapisy umowy nie potwierdzają, możliwości uzyskania przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. licencji od T-Systems International GmbH. Po pierwsze: przedstawiona pierwsza strona umowy wskazuje, że umowa została zawarta w roku 2003, podczas gdy zgodnie z twierdzeniami Odwołującego, dotychczasowe umowy hostingowe, zawarte przez Red Hat, miały zostać wygaszone w marcu 2016 r. Po drugie: przedstawione zapisy umowy nie opisują, jakie usługi były przedmiotem tej umowy. W szczególności zapisy umowy nie mówią nic na temat udzielania przez Red Hat jakichkolwiek licencji. Tym samym przedstawione przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. fragmenty umowy zawartej przez T-Systems International GmbH w żaden sposób nie potwierdzają, aby T-Systems International GmbH posiadała wymaganą w niniejszym postępowaniu licencję Red Hat i aby była uprawniona do przeniesienia tej licencji na Wykonawcę T-Mobile Polska S.A., z prawem dalszego udzielenia tej licencji Zamawiającemu.

Przede wszystkim jednak należy zauważyć że jest to umowa Master Service Agreement, a zatem nie jest to umowa CCSP. Umowa Master Service Agreement nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy. Zakres uprawnień nabywanych na mocy umowy Master Service Agreement jest inny niż w przypadku umowy CCSP. Powyższego nie zakwestionował skutecznie Przystępujący. Jak wyżej wskazał sam przedstawiciel Red Hat w korespondencji z Zamawiającym, aby świadczyć usługi hostingowe na rzecz podmiotu trzeciego (a takim podmiotem jest Zamawiający), konieczne jest zawarcie umowy CCSP.

W świetle powyższych ustaleń, w tym w szczególności treści korespondencji Zamawiającego z firmą RedHat (z której wynika, że tylko dwa podmioty w Polsce, tj. Octawave i Infomex posiadają licencje RedHat), Izba dała wiarę twierdzeniu Odwołującego, że wszystkie dotychczasowe umowy hostingowe zostały wygaszone w marcu 2016 roku. Program

22

hostingowy został zastąpiony jednym programem CCSP. Powyższe potwierdza także informacja od Red Hat EMEA przedstawiona przez Odwołującego (z datą 11 sierpnia 2016 roku), z której wynika, że obecnie nie ma możliwości zawarcia umowy innej niż CCSP dla świadczenia usług hostingowych. Od co najmniej marca tego roku program hostingowy został w całości zastąpiony przez program „Certified Cloud Service Provider”. Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął 24 czerwca 2016 r., zatem na chwilę składania ofert Wykonawca T-Mobile Polska S.A. nie posiadał licencji Red Hat. Nie jest uprawnione twierdzenie Zamawiającego, że Zamawiający ma ograniczone możliwości badania ofert wykonawców. Przebieg rozprawy pokazał, że Zamawiający ma możliwość zwrócenia się zarówno do wykonawców, jak i wobec innych podmiotów, w celu zbadania złożonych ofert. Co więcej, Zamawiający z takiej możliwości korzystał – zwrócił się

bowiem do przedstawicieli firmy Red Hat i uzyskał odpowiedź. Nie jest uprawnione twierdzenie Zamawiającego, że Wykonawca musi posiadać licencję Red Hat dopiero na etapie realizacji umowy, zaś na chwilę składania ofert nie było takiego wymagania. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że wykonawcy, kalkulując zaoferowaną cenę, opierali się na dostępnych i posiadanych licencjach. Wykonawca T-Mobile S.A. w trakcie rozprawy wywodził, że posiada już licencje Red Hat. Twierdzenia tego Wykonawcy były przy tym niejednoznaczne: Wykonawca z jednej strony twierdził, że niezbędne licencje już posiada, a z drugiej twierdził, że pozyskanie przez niego licencji będzie możliwe z uwagi na fakt, że Wykonawca należy do grupy kapitałowej Deutsche Telekom AG. Do grupy kapitałowej Deutsche Telekom AG należy także spółka pod firmą T-Systems International GmbH i zdaniem Wykonawcy T-Mobile S.A., możliwe będzie uzyskanie przez niego licencji od T-Systems International GmbH, z uwagi na przynależność do tej samej grupy kapitałowej. Przedstawione przez Wykonawcę T-Mobile S.A. dokumenty, potwierdzać mają, że niezbędne licencje uzyska on od T-Systems International GmbH, a następnie zaoferuje je Zamawiającemu. Jednakże takie licencje nie mają prawa być udostępnione na rynku polskim, gdyż możliwość świadczenia usług Red Hat na rynku polskim na rzecz podmiotu trzeciego, wymaga zawarcia umowy CCSP, a jak wyżej wykazano, Wykonawca T-Mobile Polska S.A. takiej umowy nie zawarł. Zaś licencje zakupione przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. od T-Systems International GmbH, nie będą mogły posłużyć do realizacji zamówienia na rzecz podmiotów trzecich na rynku polskim. Przedstawione przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają możliwości nabycia przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. wymaganych licencji od T-Systems International GmbH i udzielenia ich Zamawiającemu. Co więcej, Odwołujący przedstawił dowód - korespondencję prowadzoną za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 19.08.2016 r., w której przedstawiciel Red Hat oświadczył, że na dzień wysłania tej korespondencji, T-Systems International GmbH nie posiada podpisanej umowy zrzeczającej w ramach kontraktu CCSP, pozwalającej na

23

oferowanie produktów Red Hat przez inną spółkę, jaką jest T-Mobile Polska S.A. Powyższe stwierdzenia zawarte w przesłanej Odwołującemu wiadomości budzą wątpliwości nie tylko co do możliwości udzielenia przez Wykonawcę T-Mobile S.A. licencji na rzecz Zamawiającego, ale także co do możliwości pozyskania przez tego Wykonawcę licencji od T-Systems International GmbH.

Należy jednoznacznie stwierdzić, że Wykonawca T-Mobile Polska S.A. nie posiada żadnych licencji Red Hat, za pomocą których mógłby świadczyć usługę hostingową dla Zamawiającego. Tym samym oferta Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż Wykonawca ten nie posiada możliwości zaoferowania licencji Red Hat. Izba nie uznaje za prawidłowego stanowiska Zamawiającego, że Wykonawca nie musiał posiadać licencji na chwilę składania ofert i że wystarczająca jest potencjalna możliwość pozyskania przez niego licencji w przyszłości. Należy bowiem podkreślić, że Wykonawca T-Mobile Polska S.A. wykazywał, że swoją ofertę oparł na możliwości uzyskania licencji od podmiotu wchodzącego w skład tej samej grupy kapitałowej, tj. T-Systems International GmbH. Tymczasem twierdzenia te w świetle wskazanych wyżej okoliczności okazały się bezpodstawne i wykonawca T-Mobile Polska S.A. nie ma możliwości uzyskania w ten sposób licencji, pozwalającej mu na wykonanie zamówienia. Tym samym Wykonawca T-Mobile Polska S.A. oparł swoją ofertę na rozwiązaniu, przy którym nie jest możliwe świadczenie usługi hostingowej dla Zamawiającego i w tym zakresie oferta jest niezgodna z SIWZ. Dodatkowo należy zauważyć, że Wykonawca T-Mobile Polska S.A. nie ujął wszystkich kosztów pozyskania licencji w zaoferowanej cenie, co podważa twierdzenia Zamawiającego, że dopiero na etapie realizacji zamówienia będzie tymi licencjami dysponował.

Na marginesie należy jedynie zauważyć że zgodnie z przedstawionym przez Odwołującego w trakcie rozprawy wyciągiem z umowy licencyjnej (pkt 3) wynika, że aby podmiot mógł oferować licencję Red Hat, konieczna jest bądź zgoda firmy Red Hat, bądź podpisana umowa z firmą Red Hat. Z dalszej części umowy wynika, że Red Hat udzieli tej zgody tylko wówczas, gdy infrastruktura będzie gotowa do świadczenia tej usługi, nie jest to zatem „czysta formalność”. Firma T-Mobile nie zaprzeczyła, że takiej infrastruktury nie posiada. W świetle powyższego, Izba w sentencji wyroku nakazała odrzucenie oferty Wykonawcy T-Mobile Polska S.A.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez T-Mobile Polska S.A., pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

24

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający dwukrotnie wzywał Wykonawcę T-Mobile Polska S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

W ocenie Izby, treść pierwszych wyjaśnień Wykonawcy T-Mobile Polska S.A., złożonych w dniu 13 lipca 2016 roku, była ogólnikowa. Odnosiła się obszernie do doświadczenia wykonawcy oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Natomiast w zakresie kalkulacji ceny, Wykonawca przedstawił spis kosztów. Przedstawiona kalkulacja wskazała, że Wykonawca nie uwzględnił w cenie wszystkich elementów, niezbędnych do realizacji zamówienia. Już ten fakt potwierdza, że Wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, bowiem nie objął w kalkulacji wszystkich wymaganych elementów. Zamawiający zwrócił uwagę, że Wykonawca nie uwzględnił w cenie wszystkich serwerów, których posiadanie było niezbędne do realizacji zamówienia. Kolejne wyjaśnienia Wykonawcy, złożone w dniu 20 lipca 2016 roku, po wezwaniu Zamawiającego, stanowiły wyjaśnienia do wyjaśnień, w których Wykonawca tłumaczył, dlaczego nie ujął w kalkulacji sporządzonej w dniu 13 lipca 2016 roku (w swoich pierwotnych wyjaśnieniach) wszystkich niezbędnych elementów. Należy zauważyć, że Zamawiający wezwał Wykonawcę ponownie do złożenia wyjaśnień, a w treści wezwania zostało wskazane, których elementów brakuje w kalkulacji. W ocenie Izby, ponowne wyjaśnienia (złożone w dniu 20 lipca 2016 roku) są niewiarygodne. Stanowią jedynie tłumaczenie Wykonawcy i próbę wykazania, że część serwerów niezbędnych realizacji zamówienia, znajduje się w posiadaniu Wykonawcy i z tego powodu koszt ich nabycia nie został uwzględniony w zaoferowanej cenie. Jednakże należy podkreślić, że Wykonawca w treści swoich pierwotnych wyjaśnień na taką okoliczność nie wskazywał. Nadto, z treści oferty nigdzie nie wynika, aby Wykonawca realizował zamówienie za pomocą już posiadanych serwerów, albo że będzie realizował usługę za pomocą 16 serwerów. Takie informacje pojawiły się dopiero w wyjaśnieniach z 20 lipca 2016 roku, po wskazaniu na konkretne braki przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, istotna jest okoliczność braku uwzględnienia w cenie właściwej ilości licencji RedHat. Jak wskazano powyżej, Przystępujący nie dysponuje żadnymi wymaganymi przez Zamawiającego licencjami RedHat, gdyż uzyskanie tych licencji możliwe jest wyłącznie z drogiego zawarcia umowy CCSP, a umowy tej Przystępujący nie zawarł. Tym samym cena ofertowa Przystępującego powinna uwzględniać koszt związany z zawarciem umowy CCSP i nabyciem licencji w ilości niezbędnej do prawidłowego wykonania zamówienia. Wobec wykazanego faktu nieposiadania przez Wykonawcę wymaganych licencji RedHat, niewiarygodne są twierdzenia Przystępującego, że brak ujęcia w cenie ofertowej kosztów ich nabycia, wynika z faktu, że licencje te Przystępujący już posiada.

25

Uwzględnienie przez Przystępującego tylko części niezbędnych licencji Red Hat nie tylko oznacza, że oferta jest sprzeczna z SIWZ, ale także, że zawiera rażąco niską cenę. Skoro Przystępujący nie posiada wymaganych licencji (co wykazało przeprowadzone postępowanie) i nie przewidział kosztów zakupu wszystkich wymaganych 50 licencji, a jedynie ich część, na co wskazują załączone do wyjaśnień dokumenty, a także fakt, że przyjął realizację zamówienia na podstawie już posiadanych licencji – których jak się okazało nie posiada, to oznacza, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną przez niego cenę (nie uwzględniającą wszystkich niezbędnych elementów – licencji), a więc jest to cena rażąco niska.

Ponadto, wyjaśnienia Przystępującego mają charakter ogólnikowy i nie pozwalają na określenie, w jaki sposób Przystępujący dokonał kalkulacji zaoferowanej ceny. Ogólne informacje, takie jak kondycja firmy, czy też dokonanie przejęcia jakiegoś podmiotu, nie dowodzą, że cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska. Konieczne jest wykazanie (udowodnienie) realnego wpływu takich informacji na kalkulację ceny. W przeciwnym razie,

należy uznać, że tego rodzaju informacje (a w niniejszym postępowaniu są to informacje o przejęciu części przedsiębiorstwa GTS przez T-Mobile Polska S.A., czy skala działalności firmy na rynku), nie miały przełożenia i wpływu na wysokość zaoferowanej ceny (jej obniżenie w stosunku do cen innych wykonawców). Ponadto, przekazana w dniu 13 lipca kalkulacja jest zupełnie ogólna, a tym samym w żaden sposób nie wykazuje, że Wykonawca ujął w ofercie wszystkie niezbędne koszty, a tym samym nie można jednoznacznie stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga, że to na Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. ciążył obowiązek wykazania, udowodnienia, że jego cena nie jest rażąco niska – a więc zawiera koszty wszystkich niezbędnych do realizacji zamówienia elementów i że cena jest realna.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez negocjacje treści oferty pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą T-Mobile Polska S.A., dokonanie jej zmiany po terminie otwarcia ofert, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę T-Mobile Polska S.A., pomimo, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Izba ustaliła, że Wykonawca T-Mobile Polska S.A. nie wskazał jednego z wymaganych parametrów (w wierszu 6) tabeli, dotyczącego rdzenia sieci. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w tej kwestii. Wykonawca T-Mobile Polska S.A. wyjaśnił, że wymagany przez Zamawiającego, a nie podany przez Wykonawcę parametr, dotyczący rdzenia sieci,

26

jest ściśle związany z innymi wartościami, jakie Wykonawca dotychczas podał w wierszu 6 oraz że parametr rdzenia sieci wynika także z koncepcji dołączonej do oferty.

W ocenie Izby, skoro Zamawiający wymagał podania trzech parametrów w wierszu 6 tabeli, to nie można uznać, że wielkość jednego z tych parametrów automatycznie, bez żadnych wątpliwości wynika z pozostałych. Gdyby tak było, Zamawiający nie żądałby podania wszystkich trzech parametrów oraz nie zażądałby od Wykonawcy Przystępującego dodatkowych wyjaśnień związanych z faktem, że Wykonawca nie podał jednego z tych parametrów, odnoszącego się do rdzenia sieci. W trakcie rozprawy nie wykazano jednoznacznie, że parametr ten wynika i w jaki sposób wynika z treści koncepcji. Wobec braku możliwości wglądu do oferty Przystępującego, Odwołujący nie miał możliwości odniesienia się do twierdzeń strony przeciwnej, tym bardziej wykazanie powyższych okoliczności przed Izbą było obowiązkiem Zamawiającego i Przystępującego.

Izba za zasadny uznała zarzut braku wykazania przez Przystępującego T-Mobile Polska S.A., że posiada podłączonych więcej niż dwóch niezależnych operatorów telekomunikacyjnych.

W ocenie Izby Odwołujący w sposób przekonujący wywiódł, że informacje pozyskane przez niego za pomocą narzędzia BGP Toolkit wskazują na okoliczność, że w centrach danych Przystępującego nie jest podłączonych więcej niż dwóch niezależnych operatorów komunikacyjnych (min. przepustowość 10 Gbps każdy). Odwołujący wskazał, że pozyskane przez niego informacje za pomocą BGP Toolkit nie mogą zostać zatajone lub ukryte przez operatorów telekomunikacyjnych, a informacje te operatorzy muszą udostępniać i przekazywać między sobą. Odwołujący wskazał, że w przypadku Przystępującego, ruch wychodzący do internetu, kierowany jest albo przez T-Mobile Czech Republic a.s., albo przez Deutsche Telekom AG. Natomiast nie ma trzeciej ścieżki, za pomocą której odbywałby się ruch wychodzący do internetu. Izba podkreśla, że przedstawione przez samego Przystępującego wydruki danych pozyskanych za pomocą narzędzia BGP Toolkit wskazują na operatora T-Mobile Czech Republic a.s., a więc jednego z dwóch operatorów, których wymieniał Odwołujący, a nie innego niezależnego operatora, który miałby zostać podłączony do centrów danych Przystępującego. Odwołujący powołał się i przedstawił narzędzia BGP Toolkit, obrazujące kierowanie ruchu internetowego z centrów danych Przystępującego, natomiast Przystępujący poza własnym oświadczeniem nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność podłączenia do swoich centrów danych co najmniej trzech niezależnych operatorów telekomunikacyjnych i możliwego ruchu internetowego za ich pośrednictwem. W szczególności Przystępujący nie wykazał, że co najmniej trzech niezależnych operatorzy telekomunikacyjni podłączeni do centrów danych generują ruch internetowy, co mogłoby potwierdzać twierdzenie Przystępującego, że operatorzy ci podłączeni są do centrów danych

Przystępującego. Przystępujący wskazywał na możliwość ewentualnego odpłatnego wykorzystywania pasma. Wskazywał na możliwość połączeń kablowych. Jednakże, jak trafnie zauważył Odwołujący, Wykonawcy mieli przedstawić informacje zgodne na chwilę składania ofert, nie zaś w przyszłości. Wynika to z brzmienia parametru – do każdego z Centrum Danych podłączonych jest więcej niż wymaganych dwóch niezależnych operatorów telekomunikacyjnych. Poza przedstawieniem oświadczenia podpisanego przez pracownika Przystępującego, Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów pochodzących od podmiotów trzecich, na okoliczność, że do dwóch centrów danych podłączeni są niezależni operatorzy telekomunikacyjni.

W ocenie Izby, okoliczność realnego, istniejącego połączenia wymaga dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający w chwili powzięcia informacji o potencjalnych nieprawidłowościach w ofercie wykonawcy, miał możliwość podjęcia działań w celu wyjaśnienia tych wątpliwości. Izba nie nakazywała dokonania takich wyjaśnień, z uwagi na okoliczność, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....