

Sygn. akt: KIO 649/23

## WYROK

z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę: **NB Serwis II Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6b, 01-756 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg w Płocku, ul. Bielska 9/11, 09-400 Płock,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: Orange Polska S.A., Roovee S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 649/23 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odtajnienie i udostępnienie odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w składzie: Orange Polska S.A., Roovee S.A. na podstawie art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie: części opisowej zawartej w pkt II wyjaśnień oraz załączników nr 1-4 do wyjaśnień;**
2. **kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg w Płocku, ul. Bielska 9/11, 09-400 Płock, i:**
  - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: NB Serwis II Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6b, 01-756 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2 **zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg w Płocku na rzecz**

wykonawcy: **NB Serwis II Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6b, 01-756 Warszawa,**  
stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Miejski Zarząd Dróg w Płocku, ul. Bielska 9/11, 09-400 Płock prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja systemu Płockiego Roweru Miejskiego w latach 2023-2025” w ramach zadania budżetowego Rower Miejski. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2023 r. pod nr 2023/S 003-004880.

Wykonawca: NB Serwis II Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej zwanej „Pzp”, wniósł odwołanie wobec:

- czynności badania i oceny ofert,
- zaniechania odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny złożonych przez Konsorcjum firm: Orange Polska S.A., Roovee S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej zwane: „Konsorcjum Orange”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że prowadząc postępowanie naruszył przepisy:

- 1) art. 74 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów/informacji - wyjaśnień w zakresie ceny złożonych przez Konsorcjum Orange, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił ich Odwołującemu pomimo, że Konsorcjum Orange nie wykazało, aby zawierały one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange i udostępnienia ich Odwołującemu.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Odwołujący nie otrzymał wyjaśnień w zakresie ceny Konsorcjum Orange, które zostały niezasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający zastrzeżenie to respektuje. Niewykluczone, że dokumenty te obarczone są wadami, co w przypadku udostępnienia ich Odwołującemu może dać mu podstawę do skutecznego zaskarżenia oferty Konsorcjum Orange. Bezpodstawne zaniechanie odtajnienia wyjaśnień ceny Konsorcjum

Orange pozbawia Odwołującego możliwości zaskarżenia wyboru oferty tego wykonawcy w oparciu o treść tak udostępnionych mu dokumentów.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu w dniu 24 lutego 2023 r. wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny złożone przez Konsorcjum Orange. Wyjaśnienia te są prawie w całości utajnione i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezpodstawne.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ulega wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych - równoznaczne jest wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku i musi być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji (analogicznie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 8.06.2017r., KIO 888/17).

Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie dokonane przez Konsorcjum Orange zastrzeżenia jest ogólnikowe i mogłoby zostać użyte w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji, zdaniem Odwołującego, dyskredytuje możliwość uznania, że powstaje konieczność respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa w tym konkretnym postępowaniu. Ogólnie sformułowane uzasadnienie jedynie potwierdza, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest utrudnienie weryfikacji wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange przez konkurencyjnych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r, poz. 1233) (dalej: „uznk”) w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zatem muszą być spełnione następujące przesłanki:

- 1) muszą to być informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Odwołującego, przynajmniej przesłanka z pkt 1) i 3) powyżej nie została spełniona i wykazana przez Konsorcjum Orange w dokonanym zastrzeżeniu wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co do charakteru informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą) - konieczne jest wykazanie zamawiającemu, dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawnienie informacji jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym wykonawca upatruje szkody, jak również wykazanie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8.06.2017r., KIO 888/17). Konsorcjum Orange okoliczności tych nie wykazało i nawet nie próbowało. W dokonanym zastrzeżeniu brak wykazania istnienia takiego związku.

W wyjaśnieniach ceny Konsorcjum Orange brakuje konkretów obrazujących, w jaki negatywny sposób na działalność wykonawcy może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji. Konsorcjum Orange nie wyjaśniło jaka jest jego pozycja na rynku, a przede wszystkim - jak ewentualnie mogłaby ta pozycja ucierpieć wskutek odtajnienia zastrzeżonych informacji. Konsorcjum Orange nie starało się wskazać jakichkolwiek negatywnych konsekwencji ujawnienia zastrzeżonych informacji, nie wspominając o wykazaniu jeszcze związku przyczynowo skutkowego pomiędzy tym ujawnieniem a negatywnymi konsekwencjami. Nie przedstawiono jakichkolwiek argumentów, które miałyby świadczyć o tym, że wskazane ceny miałyby być takie same w innych postępowaniach. Wysoce wątpliwe jest, aby sam fakt ujawnienia wyjaśnień ceny dawał konkurencji odpowiedź na pytanie, w którym postępowaniu w przyszłości Konsorcjum Orange weźmie udział, a w którym nie. Odwołujący przywołał treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1884/18.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Orange nawet nie próbowało wykazywać, że zastrzeżone informacje stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstw - poprzestano jedynie na zadeklarowaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, bez wykazania, że one taką wartość rzeczywiście mają, co prowadzi do wniosku, że nie posiadają one ani charakteru technicznego, technologicznego, ani organizacyjnego, a także nie posiadają wartości gospodarczej.

Odwołujący wskazał na brak wykazania podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności przez Roovee – członka Konsorcjum Orange. Uzasadnienie zastrzeżenia w tym zakresie nie zostało poparte żadnym dowodem w postaci dokumentu, pomimo, że zostały one wymienione, tj.: umowy o pracę z klauzulą zachowania poufności, dokumenty potwierdzające szkolenia czy oświadczenia pracowników, współpracowników, osób trzecich. W przypadku tej przesłanki wykazanie się dowodem jest jak najbardziej możliwe i konieczne. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w stanowiskach Krajowej Izby Odwoławczej: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2020 r. KIO/KU 5/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2290/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2022 r., sygn. akt KIO 674/22; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 80/22.

Konsorcjum Orange nie przedłożyło żadnych dowodów dla Roovee na potwierdzenie swoich twierdzeń, więc nie można stwierdzić, że wykonawca ten faktycznie kontroluje dostęp do zastrzeganych informacji. Oświadczenia Konsorcjum Orange co do ochrony poufności informacji przez członka Konsorcjum pozostają gołosłowne i nie mogą stanowić o wykazaniu spełnienia przesłanek wymaganych do uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczające wyjaśnienie o nierozpowszechnieniu danej informacji.

Dlatego, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że Konsorcjum Orange nie wykazało, że podjęło odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje, będące przedmiotem zastrzeżenia, zachować w poufności oraz, że istotnie nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej, ponieważ nie przedstawiono żadnych dokumentów dla konsorcjanta Roovee w tym zakresie. Konsorcjum Orange nie przedstawiło procedur obowiązujących w przedsiębiorstwie Roovee, których celem jest zabezpieczenie zbioru tych informacji, nie przedstawiło informacji na temat konkretnych klauzul wprowadzanych w umowach z pracownikami/kontrahentami/dostawcami. Konsorcjum Orange nie przedłożyło kopii żadnych obowiązujących procedur czy przykładów umów zawieranych z pracownikami, które te dane istotnie zabezpieczałyby w sposób uzasadniający przyznanie im ochrony. Tymczasem pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp rozumieć zatem należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wyrażała dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, akcentując, że może być ono dokonane w sytuacjach zupełnie wyjątkowych, w których ciężar udowodnienia konkretnych, zindywidualizowanych okoliczności ciąży na wykonawcy (vide np. wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt

KIO 1535/14), w ocenie Odwołującego, brak jest dostatecznych podstaw, które mogłyby wskazywać na spełnienie przez Konsorcjum Orange wymogów formalnych wynikających z art. 18 ust. 3 Pzp, a ocena tego zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego w istocie była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy. Zamawiający zaniechał dopełnienia ciążących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange dopuścił się także naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: Orange Polska S.A., Roovee S.A. z siedzibą w Warszawie - zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania. Potwierdził, że załączniki do wyjaśnień od 1-4 nie zostały przez Przystępującego oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślił, że elementy systemu składającego się na ofertę, ich koszty wewnętrzne i marże są elementem przewagi konkurencyjnej Przystępującego w stosunku do między innymi Odwołującego. W ocenie Przystępującego, Zamawiający zweryfikował treść wyjaśnień i uzasadnienia do zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz prawidłowo uznał, że są to informacje zasługujące na ochronę. Przystępujący wskazał na orzeczenie KIO 759/22 z dnia 6 kwietnia 2022r. oraz wyjaśnił, że regulacje odnośnie stosunków handlowych z kontrahentami znajdują się w załączniku nr. 7 do wyjaśnień, tj., w decyzji członka zarządu firmy Orange (paragraf 6) i zgodnie z tą regulacją, kontrahenci zobowiązani są do ochrony informacji odnoszących się do zasad współpracy i warunków handlowych. Przystępujący wyjaśnił, że załącznik nr. 5 do wyjaśnień - kosztorys wykonawcy - zawiera identyczną treść jak tabela umieszczona w pkt. II wyjaśnień.

Zamawiający nie składał do akt sprawy odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że przekazał Odwołującemu wyjaśnienia ceny oferty Konsorcjum Orange z pominięciem informacji oznaczonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj., tabeli zawierającej kalkulację ceny pkt. II wyjaśnień wraz z opisem czynników mających wpływ na kalkulację ceny oraz tabeli w pkt. VI podsumowanie.

Zamawiający nie przekazywał Odwołującemu również załączników nr. 5,6,7 do wyjaśnień, oznaczonych przez Konsorcjum Orange jako tajemnica przedsiębiorstwa. Następnie Zamawiający sprostował swoje stanowisko i potwierdził, że nie przekazał Odwołującemu żadnego z załączników dołączonych do wyjaśnień.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z orzecznictwem zarówno KIO jak i sądów okręgowych, kalkulacje cenowe, ceny materiałów, rabaty itp., elementy mające wpływ na sposób ustalenia ceny mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego, Przystępujący prawidłowo uzasadnił zastrzeżenie w tej części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający podkreślił, że szczegółowo przeanalizował informacje zastrzeżone przez Przystępującego pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa. W oparciu o orzecznictwo i piśmiennictwo ocenił, że elementy składające się na kalkulacje ceny mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: Orange Polska S.A., Roovee S.A. - do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 74 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia informacji – części wyjaśnień dotyczących ceny oferty, złożonych przez Konsorcjum Orange, zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba stwierdziła, że udostępnieniu podlegają wyjaśnienia w zakresie części opisowej zawartej w pkt II oraz załączników nr 1-4 do ww. wyjaśnień.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Stosownie do brzmienia art. 18 ust. 2 Pzp, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast ust. 3 tego artykułu stanowi, że nie ujawnia się informacji



stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Przepis art. 74 ust. 1 Pzp stanowi, że protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Zgodnie z ust. 2, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

- 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,
  - 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków
- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnienia wykonawcy dotyczące podejrzenia rażąco niskiej ceny złożonej oferty stanowią załącznik do protokołu postępowania, który jest udostępniany na wniosek wykonawcy po wyborze oferty najkorzystniejszej. Protokół postępowania, jako odrębny dokument, tworzony przez zamawiającego jest podstawowym elementem dokumentacji postępowania, natomiast wszystkie istotne dla przebiegu postępowania dokumenty wytworzone przez zamawiającego czy otrzymane od wykonawców albo w związku z postępowaniem stanowią załączniki do protokołu.

W niniejszej sprawie Zamawiający, na wniosek Odwołującego, udostępnił wykonawcy wyjaśnienia Konsorcjum Orange z dnia 13 lutego 2023 r. (z wyłączeniem informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) w dniu 24 lutego 2023 r., tj. przed wyborem oferty najkorzystniejszej, dokonany w dniu 6 marca 2023 r., co jest niezgodne z art. 74 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp.

Powyższe działanie Zamawiającego spowodowało, że termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania odtajnienia części wyjaśnień zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa rozpoczął bieg od momentu powzięcia przez Odwołującego powyższej informacji (zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp). Na późniejszą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący był więc zmuszony wnieść odrębne odwołanie, aby nie utracić prawa do zaskarżenia tej czynności, przy czym sprawa dotycząca zaniechania odtajnienia wyjaśnień nie była wówczas jeszcze rozstrzygnięta. Z uwagi na uwzględnienie odwołania, konieczne jest zatem unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 6

marca 2023 r., odtajnienie przez Zamawiającego części informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Orange jako tajemnica przedsiębiorstwa i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tak, aby Odwołujący od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej miał wgląd do informacji podlegających udostępnieniu (załączników do protokołu postępowania). Podkreślić należy, że wykonawca powinien mieć możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o wszystkie dostępne (niezastrzeżone lub nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) informacje, zawarte w załącznikach do protokołu postępowania, aby prawidłowo skorzystać ze swojego prawa do wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, wykonawca, zastrzegając, że określone informacje nie mogą być udostępniane przez zamawiającego, ponieważ stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W orzecznictwie przyjmuje się, że wykazanie polega na przedstawieniu uzasadnienia, które musi być obiektywne, weryfikowalne i wiarygodne, a co za tym idzie - poparte odpowiednio dowodami. Wykonawca musi wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób wyraźny, skonkretyzowany i nie budzący wątpliwości. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje bowiem przepis art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r, poz. 1233) (dalej: „uznk”), zgodnie z którym, przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przesłanki do skutecznego zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być wykazane przez wykonawcę powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Informacje posiadają określony charakter wynikający z ich istoty, w zależności od tego czego dotyczą, a tym samym, nie ma potrzeby udowadniać charakteru informacji, aby mogły być one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wskazać następnie należy, że określone informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie gospodarcze. Ustawa nie określa żadnej wartości minimalnej, jeśli chodzi o wartość gospodarczą informacji lub jej znaczenie gospodarcze, aby mogły być one uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wartość gospodarczą posiadają takie informacje, których

ujawnienie obiektywnie ma realny albo przynajmniej potencjalny wpływ na sytuację ekonomiczną wykonawcy, na kondycję wykonawcy i jego pozycję rynkową. Zatem, wartość gospodarczą posiadają zarówno informacje, które przysparzają firmie przychodów, jak i informacje, których ujawnienie może narazić firmę na straty. Wartość gospodarczą posiadają także informacje, które same nie posiadają wartości, ale nabierają jej w określonym zbiorze, zestawieniu.

Działanie zmierzające do utrzymania informacji w poufności (tajemnicy) oznacza, że przedsiębiorca powinien przedsięwziąć rozsądne kroki organizacyjne, prawne i techniczne, które w danych okolicznościach są niezbędne dla zachowania konkretnej informacji w tajemnicy. Jako przykłady należy wskazać np.: przechowywanie dokumentów w niedostępnym powszechnie miejscu, kontrola dostępu, zawarcie umów o poufności, ostrzeżenie na dokumentach lub korespondencji oraz wszelkiego rodzaju hasła i blokady informatyczne.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

W niniejszej sprawie Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu załączników nr 1-4 do wyjaśnień, które nie zostały oznaczone przez samo Konsorcjum Orange jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca ten potwierdził na rozprawie, że załączniki powyższe nie zostały oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa w przeciwieństwie do załączników nr 5-7, które zostały stosownie i jednoznacznie opisane. Informacje zatem zawarte w załącznikach nr 1-4 nie stanowią informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Konsorcjum Orange, a tym samym oczywiście powinny być udostępnione Odwołującemu przez Zamawiającego.

Ponadto, powyższe załączniki zostały wskazane w części opisowej zawartej w pkt II wyjaśnień, która nie zawiera żadnych szczegółowych danych, które posiadać mogą wartość gospodarczą. Przesłanka ta w żaden sposób nie została wykazana przez Konsorcjum Orange w odniesieniu do tych informacji. Wykonawca nie wykazał również, że informacje odnoszące do cenników publikowanych na stronach internetowych nie są dostępne osobom działającym w danej branży zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Izba stwierdziła zatem, że nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji ogólnych, opisowych, zawartych w pkt II wyjaśnień Konsorcjum Orange zamieszczonych poniżej kalkulacji cenowej. Wskazany opis zawiera jedynie ogólne informacje, które odnoszą się do cenników dostępnych na stronach internetowych, powołując się na wyciąg z faktury i faktury, które nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowiące załączniki 1-4 do wyjaśnień. Ponadto, jak wynika z orzeczenia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, zgodnie z wyrokiem z dnia 25

listopada 2015 r., sygn. akt II SA/Wa 1266/15, co do zasady treść faktur i potwierdzenia zapłaty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba nakazała Zamawiającemu w związku powyższym odtajnienie tej części wyjaśnień złożonych pismem z dnia 13 lutego 2023 r. przez Konsorcjum Orange.

W ocenie Izby, w odniesieniu jedynie do kalkulacji cenowych, w szczególności z uwagi na to, że kalkulacja cenowa zawiera jednostkowe szczegółowe dane finansowe odnośnie kosztów ponoszonych przez wykonawcę, wskazywany jest tam zysk (wynik ze sprzedaży) określony dla każdego elementu składającego się na przedmiot zamówienia, jak i w odniesieniu do całego kontraktu, marża dla każdego elementu, marża średnia itp., informacje takie mogą być skutecznie chronione przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak wskazał bowiem Sąd Okręgowy w Katowicach, zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze można zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być one przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (patrz: wyrok SO w Katowicach z 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Podobnie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa (patrz: wyrok KIO z dnia 17 lutego 2016 r., KIO 149/16). W wyroku z dnia 20 lipca 2012 r., KIO 1432/12, stwierdzono, że „zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurencyjności na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Wyjaśnienia wykonawcy zawierają kalkulację składników ceny oferty. Są to szczegółowe informacje, co do sposobu skalkulowania ceny, w tym co do kosztów, jakie planuje ponieść przystępujący w związku z realizacją niniejszego zamówienia. Informacje takie mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurencja wykonawcy będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować, jak dany wykonawca wyceni swoją ofertę w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze. Takie dane, jak sposób kalkulacji ceny ofertowej, czy sposób budowania strategii cenowej, stanowią informacje na temat organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy. Metoda kalkulacji ceny jest efektem doświadczenia danego przedsiębiorcy i zdobytego know-how, przez co

informacje te posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Ich ujawnienie mogłyby doprowadzić do znacznego zmniejszenia przychodów przedsiębiorstwa oraz ograniczenia liczby klientów.

Tym samym, informacje podane w kalkulacji cenowej należy uznać za ściśle związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością i mające dla niego wartość gospodarczą. Sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę z pewnością można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji.

Co dotyczy wykazania faktu podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności przez Roovee – członka Konsorcjum, należy wskazać, że jak wynika z załączonych przez Konsorcjum Orange dowodów, członka konsorcjum współpracującego w ramach Konsorcjum Orange obowiązują m.in. procedury ochrony informacji, które zostały określone w dokumentach przedstawionych wraz z wyjaśnieniami, w zakresie procedur i trybu współpracy Orange Polska S.A. z zewnętrznymi partnerami (przedsiębiorcami) w ramach wspólnej realizacji projektów. Powyższe potwierdza treść wyciągu z Zarządzenia nr 5 z dnia 15.01.2019r., wyciągu z Decyzji nr 63 z dnia 13.11.2018 r., tj. dokumentów załączonych do wyjaśnień, których treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Konsorcjum Orange wykazało zatem w dostateczny sposób, że podjęło odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje, będące przedmiotem skutecznego zastrzeżenia - przedstawiające kalkulacje cenowe, zachować w poufności oraz że nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej. Pojęcie „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp, nie wyklucza możliwości przyjęcia oświadczeń złożonych przez wykonawcę. W przedmiotowym postępowaniu żadne okoliczności podważające wiarygodność złożonych przez Konsorcjum Orange oświadczeń nie zostały przez Odwołującego przedstawione.

W okolicznościach danej sprawy potwierdził się w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wskazać należy, że czynności Zamawiającego związane z oceną zasadności zastrzeżenia przez Konsorcjum Orange informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty tego wykonawcy, nie były prawidłowe, wskutek czego Odwołujący został pozbawiony dostępu do informacji, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Orange dopuścił się naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 i art. 554 ust. 1 i 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

**Przewodniczący:** .....