

Sygn. akt: KIO 843/22

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 12 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 24 marca 2022 r. przez odwołującego PSN Infrastruktura Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polskie Radio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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 – Polskie Radio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na usługi emisji programów radiowych Polskiego Radia S. A. w zakresie UKF-FM, znak sprawy: BZP.B5.26.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 232-611474.

W dniu 24 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PSN Infrastruktura Sp. z o. o. w zakresie zadania nr 8, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 2 oraz art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913, dalej jako: „UZNK”) poprzez:

a) zaniechanie ograniczenia dostępu do prawie wszystkich zastrzeżonych informacji dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej w zadaniu nr 8 złożonych przez Odwołującego na żądanie Zamawiającego w Załączniku nr 2 do wyjaśnień z dnia 8 lutego 2022 r., mimo że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy PZP wraz z przekazaniem tych informacji Odwołujący zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK,

b) błędną, niekonsekwentną i nie uwzględniającą rzeczywistości gospodarczej ocenę Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje z Załącznika 2 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 8 lutego 2022 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz,

c) zapowiedź odtajnienia przez Zamawiającego prawie wszystkich tych informacji, które to odtajnienie istotnie zagraża interesom Odwołującego i grozi wyrządzeniem mu przez Zamawiającego poważnej, nieodwracalnej szkody – z powodu naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, czyli czynu nieuczciwej konkurencji z art. 11 ust. 4 UZNK oraz przestępstwa z art. 23 ust. 1 UZNK oraz art. 266 § 1 kodeksu karnego.

2) art. 16 pkt 2 ustawy PZP poprzez brak zapewnienia przejrzystości postępowania w odniesieniu do Załącznika 2.5 do wyjaśnień z dnia 8 lutego 2022 r. poprzez błędne uznanie go za brak dowodu oraz pozostawienia w niejasnej sytuacji prawnej.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, w ramach zadania nr 8:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie zasadności zastrzeżenia przez Odwołującego informacji z załącznika 2 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 8 lutego 2022 r.,
- 2) powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny zasadności powyższego zastrzeżenia,
- 3) utajnienia przez Zamawiającego informacji z Załącznika 2 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 8 lutego 2022 r. dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej w zadaniu nr 8.

Odwołujący wniósł również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane, wyłączenie na podstawie art. 545 ust. 2 ustawy PZP jawności rozprawy w całości oraz na podstawie art. 545 ust. 3 ustawy PZP – w przypadku zgłoszenia przystąpienia – o ograniczenie wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, ponieważ ujawnienie tego materiału grozi ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego.

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że jednoznacznie nie zgodził się na odtajnienie i ujawnienie przez Zamawiającego zastrzeżonych informacji z Załącznika 2 do wyjaśnień z dnia 08.02.2022 r. dotyczących wyliczenia ceny. Wśród zastrzeżonych informacji znajdują się informacje szczególnie chronione i wrażliwe dla Odwołującego.

Wraz z przekazaniem zastrzeżonych informacji Odwołujący wyraźnie wskazał w pkt 4 (str. 4) wyjaśnień z dnia 8.02.2022 r. zakres informacji, które zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa (Załącznik 2 do tych wyjaśnień) oraz oświadczył, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK i nie mogą być udostępniane innym uczestnikom postępowania oraz podmiotom wnioskującym o udostępnienie ofert lub dokumentacji postępowania. Zgodnie z pkt XIV.15 SWZ (str. 21) Odwołujący przekazał zastrzeżone informacje Zamawiającemu w oddzielnym i odpowiednio oznaczonym pliku.

Odwołujący podkreślił, że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter organizacyjnych, technicznych i technologicznych z uwagi na to, że: pokazują krytyczne dla Odwołującego szczegółowe koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa Odwołującego (nie tylko w odniesieniu do zadania nr 8), w tym konkretne kwoty i metody kalkulacji kosztów osobowych, ujawniają szczegółowo sposób organizacji i metody działania w celu świadczenia usług przez Odwołującego, ujawniają i wyjaśniają szczegółowo sposób

kalkulacji ceny zaoferowanej przez Odwołującego w zadaniu nr 8, w tym konkretny wskaźnik oraz metodę kalkulacji zakładanego przez PSN zysku oraz inne dane cenotwórcze.

Odwołujący wskazał również, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Dotyczą one wyjaśnienia kalkulacji stawek, w oparciu o które wyliczone zostały ceny zaoferowane przez PSN w zadaniu nr 8. Kalkulacja ta jest nieupubliczniona i nie została ujawniona w ofercie i jest wynikiem know-how Odwołującego. Ponadto zawierają informacje o cenach stosowanych w rozliczeniach z PSN przez podmioty trzecie, które są niezbędne do prawidłowego i należytego wykonania zadania nr 8 przedmiotu zamówienia, przy czym PSN nie ma zgody żadnego z tych podmiotów na publiczne ujawnienie tych informacji. Te części zastrzeżonych informacji, które dotyczą innych podmiotów (pracowników lub kontrahentów Odwołującego), są dokumentami dwustronnymi między Odwołującym i danym podmiotem, które także nie są ujawnione do wiadomości publicznej. W przypadku kluczowego w okolicznościach sprawy kontrahenta Odwołującego, od którego Odwołujący wynajmuje miejsce na obiekt nadawczy w Gorlicach, wynika to z poufnej umowy dwustronnej, którą każda ze Stron ma obowiązek zachować w tajemnicy.

Odnosnie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji Odwołujący wyjaśnił, że wykazał powyższą okoliczność w punkcie 3 załącznika nr 1 do wyjaśnień. W realiach gospodarczych ujawnienie tych informacji konkurentom Odwołującego - zarówno wykonawcy Emitel S.A., jak i wykonawcom ubiegającym się o udzielenie im innych zamówień - oznacza uzyskanie nad Odwołującym nieuzasadnionej przewagi oraz naraża Odwołującego na niezasłużoną przegraną w walce konkurencyjnej z nimi. Dotyczy to zwłaszcza tych zastrzeżonych przez Odwołującego informacji, które ujawniają szczegółowe koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa oraz sposób organizacji i metody działania Odwołującego (nie tylko w odniesieniu do zadania nr 8). Są to bowiem informacje, które można wykorzystać więcej, niż raz. O wartości gospodarczej zastrzeganych informacji świadczy również sytuacja bardzo ostrej konkurencji istniejącej pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi emisji programów radiowych małych i średnich mocy w zakresie UKF-FM. Od wielu lat w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie takiego zamówienia publicznego trwa bardzo ostra rywalizacja. Oferty na pojedyncze zadania składa często kilku wykonawców, a zaoferowane przez nich kwoty za realizację tego samego zadania potrafią różnić się od siebie zaledwie o ułamki procenta, nawet - o 1 grosz za godzinę emisji (np. zadanie nr 19 w postępowaniu znak sprawy BP-DZP.B5.52.2017, zadanie nr 23 w postępowaniu znak sprawy DZP.B5.22.2019).

Ujawnianie w takiej sytuacji jakiegokolwiek elementu - rodzaju czy wysokości - ponoszonego kosztu, sposobu kształtowania ceny czy zakładanego zysku danego wykonawcy w sposób oczywisty dyskredytuje jego pozycję względem pozostałych wykonawców, dając wiedzę o sposobie i kosztach funkcjonowania tego wykonawcy i pozwalając również w przyszłych postępowaniach określić z dużym prawdopodobieństwem minimalną cenę, za jaką ten wykonawca będzie w stanie świadczyć usługę emisji.

Odwołujący podkreślił również, że podjął przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji. O działaniach tych Odwołujący poinformował Zamawiającego w pkt 4 Załącznika 1 do wyjaśnień z dnia 8.02.2022 r. Z informacji tych jasno wynika, że Odwołujący nie ujawnił do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji oraz ma wolę zachowania ich w poufności. Wolę tę Odwołujący jednoznacznie potwierdził sprzeciwiając się odtajnieniu i ujawnieniu zastrzeżonych informacji przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie zbadał, czy zastrzeżone informacje spełniają wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK. Dla zbadania, czy zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, wymagana jest ocena wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 UZNK, to jest: charakteru zastrzeżonej informacji (techniczny, technologiczny, organizacyjny), wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji, braku upublicznienia zastrzeżonych informacji oraz podjęcia przez uprawnionego działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności.

Tymczasem Zamawiający zbadał zastrzeżenie Odwołującego tylko częściowo, z pominięciem badania charakteru zastrzeżonych informacji, który jest kluczowy w okolicznościach sprawy. Zastrzeżone informacje zawierają bowiem m.in. szczególnie chronione i ważne dla Odwołującego informacje organizacyjne, m.in. krytyczne dla Odwołującego szczegółowe koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa Odwołującego, w tym konkretne kwoty i metody ujmowania w kalkulacji kosztów osobowych. Zamawiający nie skorzystał ponadto z możliwości zażądania od Odwołującego wyjaśnień w sprawie zastrzeżenia informacji z Załącznika 2 dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej w zadaniu nr 8.

Zdaniem Odwołującego art. 18 ust 3 PZP nie wymaga, by Odwołujący „udowodnił”, lecz by „wykazał”, co oznacza, że nie jest wymagane udowodnienie określonych okoliczności. Co więcej, zdaniem Odwołującego mógł on wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za pomocą własnych oświadczeń.

Zamawiający uznał za uzasadnione zastrzeżenie przez Odwołującego faktury kontrahenta z Załącznika 2.2, jednocześnie nie uznał za uzasadnione zastrzeżenia przez Odwołującego

faktury kontrahenta Odwołującego wystawionej tytułem czynszu najmu niezbędnego do instalacji i funkcjonowania obiektu nadawczego do wykonania zadania nr 8 (Załącznik 2.3), ani sześciu faktur kontrahenta Odwołującego wystawionych tytułem zużycia energii elektrycznej przez urządzenia w stacji nadawczej do wykonania zadania nr 8 (Załącznik 2.4). Nie jest przy tym jasne dla Odwołującego, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wobec Załącznika 2.2 istnieje „zastrzeżenie poufności poczynione przez kontrahenta”. Odwołujący wskazał bowiem (w pkt 1 Załącznika 1 do wyjaśnień z dnia 8.02.2022 r.), że nie ma zgody żadnego z tych podmiotów na ujawnienie informacji o zakresie i cenach tych usług.

Odwołujący podkreślił także niekonsekwencję Zamawiającego w porównaniu do innych postępowań prowadzonych przez niego poprzednio, w których uznawał on za skuteczne zastrzeżenie przez Odwołującego określonych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu II, Odwołujący wskazał, że Zamawiający błędnie ocenił Załącznik 2.5 do wyjaśnień Odwołującego (Kalkulacja zysku w zadaniu nr 8). Załącznik ten nie jest elementem oferty Odwołującego i nie został z nią złożony. Odwołujący złożył go wyłącznie na żądanie Zamawiającego z dnia 28.01.2022 r. wskazując, że żądane przez Zamawiającego szczegóły dotyczące kalkulacji kosztów i sposobu obliczenia ceny i stawek (w tym kalkulacja zysku) nie były określone w SWZ. Wbrew ocenie Zamawiającego, kalkulacja zysku z Załącznika 2.5 nie odnosi się więc do treści oferty.

Załącznik ten jest oczywisty, zwłaszcza dla osób, które miałyby go merytorycznie weryfikować, ponieważ:

- a) Załącznik ten to wydruk komputerowy z liczbami, zawierający kalkulację finansową w powszechnie stosowanym układzie. Tylko w niewielkim zakresie zawiera on tekst - częściowo w języku polskim i częściowo w języku angielskim. Część użytych w Załączniku terminów podanych w języku angielskim jest jednak powszechnie wykorzystywana w praktyce biznesowej bez tłumaczeń na język polski i bez stosowania zamienników - polskich skrótów, które nie funkcjonują nawet w obrocie gospodarczym, np. EBIT, EBIDTA, NPV, Opex, Capex.
- b) wykazane w kalkulacji początkowe wartości liczbowe dotyczące kosztów i przychodów powołane zostały w tych samych wartościach w innych częściach uzasadnienia - w części opisowej Załącznika 2 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 8.02.2022 r.

W okolicznościach sprawy Załącznik ten jest więc całkowicie zrozumiały bez tłumaczenia na język polski. Zamawiający nie podał podstaw prawnych swoich czynności podjętych wobec Załącznika 2.5 do wyjaśnień Odwołującego i pozostawił ten Załącznik w niejasnej sytuacji

prawnej. Tymczasem informacje w tym Załączniku stanowią także tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego i Odwołujący wykazał zasadności zastrzeżenia także tych informacji w Załącznika do wyjaśnień z dnia 8.02.2022 r. Załącznik 2.5 również podlega więc utajnieniu na podstawie art. 18 ust. 3 PZP w związku z art. 11 ust. 2 UZIMK i podlega zbadaniu przez Zamawiającego.

Odwołujący złożył także w dniu rozprawy dodatkowe stanowisko pisemne wraz z wnioskami dowodowymi, które złożone zostały na okoliczność, że: 1) we wcześniejszym postępowaniu prowadzonym przez siebie nie ujawnił zastrzeżonych przez Odwołującego informacji o kosztach najmu, 2) Zamawiający po raz pierwszy odrzucił przedstawiony przez Odwołującego dowód (wyciąg z umowy o pracę), mimo iż w prowadzonych przez siebie postępowaniach od roku 2016 taki dowód akceptował, 3) Zamawiający po raz pierwszy od 2016 r. odrzucił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy, które w dotychczas prowadzonych postępowaniach akceptował, 4) w niniejszym postępowaniu stanowisko Zamawiającego wobec uzasadnienia zastrzeżenia informacji Odwołującego jest przeciwne niż stanowisko wobec analogicznego uzasadnienia zastrzeżenia informacji przez konkurenta Odwołującego – Emitel S. A. we wcześniejszym postępowaniu, 5) wyroki KIO potwierdzają prawidłowość wykazania przez Odwołującego, że zastrzeżone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 23 marca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł on o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz odniósł się do twierdzeń Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego odwołanie powinno zostać oddalone w całości jako niezasadne. Podtrzymał tym samym Zamawiający swoje stanowisko dotyczące odtajnienia określonych informacji oraz przedstawił uzupełniającą argumentację w tym zakresie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, w szczególności treść uzasadnienia Odwołującego zastrzeżenia informacji składanych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wyliczenia ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo z dnia 8 lutego 2022 r.), a także treść odpowiedzi Zamawiającego zawierającej

informację o zamiarze odtajnienia dokumentacji oraz stosowną argumentację w tym zakresie (pismo z dnia 14 marca 2022 r.).

Izba postanowiła pominąć złożone jako załączniki do odwołania dowody, tj.:

- uzasadnienie zastrzeżenia przez Odwołującego informacji z dnia 7 października 2016 r. w postępowaniu BZ-DZP.B5.16.2016 prowadzonym przez Zamawiającego – załącznik nr 9 do odwołania,

- uzasadnienie zastrzeżenia informacji przez wykonawcę Bcast z dnia 9 lutego 2021 r. w postępowaniu BZP.B5.15.2020 prowadzonym przez Zamawiającego – załącznik nr 10 do odwołania, które złożone zostały na okoliczność niekonsekwencji Zamawiającego w ocenie zastrzeżeń informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozpatrywanym oraz we wcześniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby ww. dowody są nieprzydatne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy z uwagi na fakt, że badając zgodność z przepisami ustawy PZP czynności dokonanych przez Zamawiającego, Izba porusza się w ramach postępowania, w którym odwołanie zostało złożone. Niekonsekwencja w zachowaniu Zamawiającego mogłaby stanowić przedmiot zarzutu, gdyby w ramach tego samego postępowania, takie same zachowania wykonawców traktował on w inny sposób – co mogłoby świadczyć o ich nierównym traktowaniu bądź dyskryminacji. Natomiast fakt, że Zamawiający w ramach postępowań historycznych akceptował pewne zachowania wykonawców, nie oznacza, że tożsamy obowiązek ciąży na nim również w aktualnie prowadzonym postępowaniu. Wobec historycznych postępowań nigdy nie ma pełnej analogii, składane są różne dokumenty, w różnych okolicznościach. Nie można również odmówić Zamawiającemu prawa do zmiany stanowiska w pewnych kwestiach, które może ewoluować na przestrzeni lat, tak jak ewoluuje orzecznictwo i poglądy doktryny. Z tego względu wywodzenie, że Zamawiający powinien uznać uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które treścią co do zasady odpowiada uzasadnieniom składanym w historycznych postępowaniach przez niego prowadzonych, z uwagi na to, że wtedy były one akceptowane, jest nieuzasadnione i pozbawione jakichkolwiek podstaw. Izba podziela w tym względzie stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 5 maja 2021 r. KIO 696/21, iż ocena skuteczności zastrzeżenia dokonywana jest w danym postępowaniu w odniesieniu do informacji w nim zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec powyższego dowody złożone przez Odwołującego należało pominąć jako nieprzydatne do wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Na tej samej podstawie należało odmówić waloru przydatności wnioskowi dowodowemu przedstawionemu przez Odwołującego w piśmie przedłożonym w dniu rozprawy,

wyszczególnionym we wcześniejszej części uzasadnienia, jak też dowodowi w postaci wniosku o udostępnienie informacji z innego postępowania skierowanego do Zamawiającego przez wykonawcę BCAST Sp. z o. o. datowanego na dzień 31 marca 2021 r.

W zakresie dowodów przedłożonych przez Zamawiającego, z tożsamyh względów co powyżej, Izba postanowiła nie brać pod uwagę dowodu nr 6, załączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Także przedłożone przez Zamawiającego na rozprawie wnioski Odwołującego z 2017 i 2018 r., świadczące o tym, że podejmuje on próby uzyskania informacji zawartych w ofertach swoich konkurentów, są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, dlatego też dowody te Izba również pominęła.

W pozostałym zakresie Izba przy wydawaniu rozstrzygnięcia oparła się tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w uzasadnieniu.

Podsumowując tę część, zdaniem Izby dla wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, kluczowa jest treść dokumentacji postępowania, tj. treść uzasadnienia utajnienia informacji przez Odwołującego, informacje przez niego utajnione oraz argumentacja Zamawiającego dlaczego utajnienie przez niego dokonane nie było skuteczne. Oczywiście strony mają prawo i obowiązek składania dowodów na poparcie swoich twierdzeń stosownie do treści art. 534 ustawy PZP, jednak w niniejszej sprawie, zwłaszcza w przypadku Odwołującego, termin na przedstawianie argumentacji, że informacje przez niego zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tak naprawdę upłynął. Jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1530/21 *„zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Spóźniona próba wykazania będzie uznana za bezskuteczną, ponieważ nie pozostawia żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia”*.

W związku z powyższym rola Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym sprowadza się do oceny trafności stanowiska Zamawiającego w zakresie, w jakim uznał on za nieskuteczne zastrzeżenie określonych informacji z uwagi na niewykazanie przez Odwołującego przesłanek warunkujących skorzystanie z możliwości utajnienia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosnie wniosków Odwołującego dotyczących ograniczenia jawności postępowania jak też ograniczenia możliwości wglądu do akt sprawy, Izba ustaliła, że żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia po żadnej ze stron w niniejszej sprawie. Z tego względu ograniczanie prawa wglądu do materiału dowodowego było bezprzedmiotowe. To samo dotyczy

ograniczenia jawności rozprawy, z uwagi na to, że w razie jej utajnienia, toczy się ona wtedy wyłącznie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego lub ich pełnomocników.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługi emisji programów radiowych Polskiego Radia S. A. w zakresie UKF-FM. Zamówienie zostało podzielone na 42 części, których podstawą wydzielenia była lokalizacja stacji nadawczych. Część 8, której dotyczy przedmiotowe odwołanie, obejmuje swoim zakresem emisję Programu 1 i Programu 3 Polskiego Radia z obiektu nadawczego Gorlice. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert datowaną na dzień 12 stycznia 2022 r., w zakresie części 8 wpłynęły dwie oferty, tj. oferta Odwołującego oraz oferta wykonawcy Emitel S. A.

Pismem z dnia 28 stycznia 2022 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferowanej za świadczenie usług emisji w zadaniu nr 8 przedmiotu zamówienia (nazwa zadania: emisja Programu 1 i Programu 3 z obiektu nadawczego Gorlice), w tym, zważywszy na ukształtowany sposób wyliczenia ceny, również wyjaśnień dotyczących wyliczenia stawek netto za godzinę emisji, będących podstawą obliczeń ceny oferowanej w zadaniu nr 8. Zamawiający przedstawił szczegółowe pytania oraz podkreślił najważniejsze kwestie, które powinny zostać wyjaśnione przez Odwołującego.

Pismem z dnia 8 lutego 2022 r. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny zaoferowanej w zadaniu nr 8 przedmiotu zamówienia. Jednocześnie poinformował, że *„składając w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 stycznia 2022 r. znak BZP.B5.26.2021.KP.542/22 przedmiotowe wyjaśnienia wraz z dowodami PSN informuje, że zawarł je w osobnym pliku (Załącznik 2 do wyjaśnień) i zastrzega, że informacje zawarte w tym pliku, oznaczonym jako „Tajemnica przedsiębiorstwa”, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PSN w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16.04.1993 r. i nie mogą być udostępniane innym uczestnikom postępowania oraz podmiotom wnioskującym o udostępnienie ofert lub dokumentacji postępowania. Wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do tych wyjaśnień zostało zawarte w Załączniku 1 do wyjaśnień”.*

Jak wskazywał Odwołujący w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

„Składając wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 stycznia 2022 r. znak BZP.B5.26.2021.KP.542/22, Wykonawca PSN Infrastruktura Sp. z o.o. („PSN”) zastrzegł, że informacje zawarte w osobnym pliku oznaczonym „Tajemnica przedsiębiorstwa” (Załącznik 2 do wyjaśnień) nie mogą być udostępniane innym uczestnikom postępowania oraz podmiotom wnioskującym o udostępnienie ofert lub dokumentacji postępowania. Informacje zawarte w tym pliku stanowią bowiem tajemnicę przedsiębiorstwa PSN w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16.04.1993 r., co zgodnie z punktem XIV.15 SWZ PSN wykazuje w następujący sposób:

1) Informacje zawarte w Załączniku 2 nie są ujawnione do wiadomości publicznej przez PSN. Nie są to więc informacje w ogóle znane ogółowi, w szczególności konkurentom PSN, przede wszystkim ze względu na to, że informacje te:

- dotyczą wyjaśnienia kalkulacji ceny oraz stawek zaoferowanych przez PSN w zadaniu nr 8. Kalkulacja ta została przygotowana na potrzeby udziału PSN w niniejszym postępowaniu i nie została dotychczas w ogóle upubliczniona. Wynikający z doświadczenia PSN i przyjmowanych przez PSN założeń sposób kalkulacji ceny i stawek zaoferowanych przez PSN w zadaniu nr 8 (poza ich wzajemną relacją wynikającą z SWZ) nie został nawet ujawniony w ofercie – ujawniony został tylko jej wynik w postaci zaoferowanej w tym zadaniu ceny oraz stawek.

- zawierają informacje o cenach stosowanych w rozliczeniach z PSN przez podmioty trzecie. Infrastruktura i obiekty oraz usługi podmiotów trzecich są niezbędne do prawidłowego i należytego wykonania zadania nr 8 przedmiotu zamówienia. PSN nie ma zgody żadnego z tych podmiotów na publiczne ujawnienie informacji o zakresie i cenach tych usług.

- nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Te części Załącznika 2, które dotyczą innych podmiotów (pracowników lub kontrahentów PSN), są dokumentami dwustronnymi między PSN i danym podmiotem, które także nie są ujawnione do wiadomości publicznej.

Zachodzi więc faktyczny brak upublicznienia tych informacji.

2) Kwalifikacja rodzajowa informacji zawartych w Załączniku 2

Dokument ten zawiera w odniesieniu do przedsiębiorstwa PSN informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne, które:

- przedstawiają szczegółowo infrastrukturę sprzętową posiadaną przez PSN i planowaną na potrzeby realizacji zadania nr 8

- ujawniają szczegółowo sposób organizacji i metody działania w celu świadczenia usług przez PSN

- ujawniają i wyjaśniają szczegółowo sposób kalkulacji ceny zaoferowanej przez PSN w zadaniu nr 8. Zgodnie z wyrokiem KIO z 20.06.2011 r. (KIO 1243/11) informacje takie stanowią podlegającą ochronie informację organizacyjną w rozumieniu definicji z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która podlega ochronie, co ma zastosowanie także do obecnie obowiązującej definicji z art. 11 ust. 2 tej ustawy.

3) Informacje zawarte w Załączniku 2 mają istotną wartość gospodarczą, w szczególności dla konkurentów PSN, którzy w tym postępowaniu ubiegają się o udzielenie im zamówienia, zarówno dla wykonawcy Emitel S.A., który w tym postępowaniu ubiega się o udzielenie mu zamówienia na wykonanie zadania nr 8, jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie im innych zamówień.

Informacje zawarte w tym dokumencie ujawniają bowiem szczegółowo sposób i koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa PSN, stanowiące istotę jego pozycji konkurencyjnej. Dotyczy to w szczególności wyjątkowo wrażliwych informacji dotyczących kosztów świadczenia przez PSN usług w tym zadaniu – zarówno ich rodzaju jak i sposobu kalkulacji.

Ujawnienie przez Zamawiającego tych informacji konkurentom PSN występującym w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu lub innym podmiotom wnioskującym o udostępnienie ofert lub dokumentacji postępowania istotnie zagraża więc interesom PSN i powoduje, że pozycja konkurencyjna PSN w tym i przyszłych postępowaniach może zostać osłabiona a nawet przekreślona w wyniku posłużenia się przez konkurentów PSN tymi informacjami.

4) PSN podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji zawartych w Załączniku 2, np. nie ujawniając tych informacji do wiadomości publicznej, oraz zgłaszając co do nich niniejsze zastrzeżenie.

PSN podjął też działania, by ograniczyć krąg pracowników, którzy mają dostęp do informacji zawartych w Załączniku 2, oraz zobowiązać ich do zachowania poufności tych informacji.

Dostęp do zawartych w tym dokumencie informacji finansowych dotyczących szczegółowych kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa PSN, dodatkowo w układzie wykorzystywanym do kalkulacji ceny na potrzeby złożenia przez PSN oferty oraz zaprezentowanym w niniejszym piśmie PSN, mogą mieć po części lub w całości jedynie wybrani pracownicy PSN. Umowy o

pracę zawarte z pracownikami zobowiązują ich do zachowania tajemnicy zawodowej i poufności.

Dowód: kopia strony umowy o pracę z dnia 29.05.2015 r. pomiędzy PSN (poprzednio: Arkena Sp. z o.o.) i jednym z pracowników.

5) Podsumowanie

Jak wynika z powyższego, zastrzeżenie Załącznika 2 przez PSN jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest więc zasadne.

Zasadność tę potwierdza np. wyrok KIO z dnia 5.03.2021 r. sygn. akt KIO 222/21, zgodnie z którym „Zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez Przystępującego na żądanie Zamawiającego w celu wykazania, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, w ocenie Izby, należy zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (patrz: wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią know-how przedsiębiorstwa, jako posiadające wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny (...). Ujawnienie tych informacji, na gruncie przedmiotowego postępowania może wywołać negatywne dla Przystępującego konsekwencje, m.in. podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem szczegółów dotyczących rozwiązania oferowanego przez Przystępującego.”

Powyższe stanowisko KIO w pełni odnosi się także do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez PSN w niniejszym postępowaniu i dodatkowo uzasadnia to zastrzeżenie”.

Pismem z dnia 14 marca 2022 r. Zamawiający skierował pismo do Odwołującego, w którym poinformował go, że „w nawiązaniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanego wobec części Państwa wyjaśnień z dnia 8 lutego 2022 roku w przedmiocie sposobu wyliczenia ceny oferty w zadaniu nr 8 przedmiotu zamówienia (emisja Programu 1 i Programu 3 z obiektu nadawczego Gorlice), tj. „Załącznika 2 do wyjaśnień Wykonawcy PSN Infrastruktura Sp. z o. o. z dnia 7 lutego 2022 r.”, Zamawiający informuje, że – w świetle obowiązującego stanu prawnego i ratio legis przepisu art. 18 ust. 3 ustawy PZP – poczynione zastrzeżenie w zakresie informacji zawartych w Załączniku nr 2, należy uznać za

częściowo nieskuteczne i niezasadne. Nie sprostali Państwo ciężarowi wykazania, że informacje, wobec których dokonali zastrzeżenia, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2020r., poz. 1913 ze zm.).

W związku z powyższym jawne stają się informacje zawarte w treści Załącznika nr 2 w zakresie:

1) pkt 4.1) – akapit pierwszy, akapit trzeci zdanie drugie oraz akapity od czwartego do siódmego,

2) pkt 4.2) – w całości,

3) pkt 4.3) – akapit pierwszy, akapit drugi do sformułowania „alokowaną przez PSN do zadania nr 8 z ceny 750 zł” i od wyrazu „oraz” w punktorze drugim,

4) pkt. 4.4) – 4.9) – w całości

5) Załącznika nr 2.3 i Załącznika nr 2.4”.

Zamawiający wskazał również, że: „Jednocześnie, mimo niedochowania wymogu utrzymania ochrony informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający:

- zważywszy, że Załącznik nr 2.1 zawiera bardzo szczegółowe dane finansowe Państwa przedsiębiorstwa, wpisujące się w ogólną tezę o ujawnianiu szczegółowo sposobu i kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa – pozostawił Załącznik nr 2.1, jako niepodlegający ujawnieniu,

- z powodów wskazanych powyżej – pozostawił, jako niepodlegający ujawnieniu pkt. 4.1) akapit drugi i akapit trzeci zdanie pierwsze,

- z uwagi na zastrzeżenie poufności poczynione przez kontrahenta – pozostawił Załącznik nr 2.2, jako niepodlegający uzasadnieniu,

- kierując się zasadą minimalizmu i niezbędności w przetwarzaniu danych osobowych, które wynikają z przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1) – pozostawił, jako niepodlegające ujawnieniu dane osobowe zawarte w Załącznikach nr 2.3 i 2.4 pochodzące od innych podmiotów,

- zważywszy, że wydruk programu komputerowego, będący Załącznikiem nr 2.5 został złożony w języku angielskim, bez wymaganego, zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 14 SWZ, tłumaczenia dokumentów, czego konsekwencją jest uznanie ich za brak dowodu, przy jednoczesnym braku możliwości ich uzupełnienia, jako odnoszących się do treści oferty – pozostawił informacje zawarte w tym załączniku, jako niepodlegające ujawnieniu.

Zamawiający informuje, że treść Załącznika nr 2 i Załączników nr 2.3 i 2.4 w zakresie wynikającym z pkt 1) – 4), przy uwzględnieniu wskazanych powyżej wyjątków, zostanie odtajniona w terminie nie krótszym niż 10 dni od przekazania Panu przedmiotowej informacji”.

Zamawiający przedstawił również szczegółowe uzasadnienie swojej decyzji, w której powołał się na liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz dokładnie wskazał, jakie były motywy takiej, a nie innej decyzji.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień publicznych jak i zasadności (transparentności) wydatkowania na ten cel środków publicznych. Z powyższego stanowiska należy wywieść, że tylko w sytuacjach wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek. Każdy podmiot starający się o uzyskanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych winien mieć powyższą kwestię na względzie (tak: KIO w wyroku z dnia 26 lutego 2019 r., KIO 260/19).

Izba stoi na stanowisku, że możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana, traktowana rozszerzająco, bądź oceniana na zasadzie analogii do innych sytuacji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, kiedy to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa okazało się skuteczne. Nie jest uprawionym, zdaniem Izby, stanowisko Odwołującego, jakoby skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w innych postępowaniach z analogicznym przedmiotem usług, gdzie Zamawiający uznawał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, automatycznie przesądzało również o takim samym rozstrzygnięciu Zamawiającego w aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji,

zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913- dalej „uznk”).

Zgodnie z treścią tego przepisu, który statuuje definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, „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”.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzeżona informacja spełnia łącznie wystąpienie następujących przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się "wartością gospodarczą".

Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza samo stwierdzenie bez wykazania, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Powyższe w uzasadnieniu potrzeby objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa winno być jednoznacznie wykazane. Izba zauważa także, iż opisanie i wykazanie podstaw takiej decyzji wykonawcy jest zadaniem trudnym, gdyż wykonawca musi z jednej strony wykazać podstawy do objęcia określonych treści tajemnicą zgodnie z wymaganiami ustawowymi, a z drugiej nie ujawnić jej w opisie. Podkreślić należy, że dla wymaganego "wykazania" nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przechodząc do oceny zasadności przedmiotowego zarzutu w rozpatrywanym stanie faktycznym wskazać należy, że zdaniem Izby, nie została przez Odwołującego wykazana przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji oraz podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności.

Jak wskazane zostało wyżej, co Izba pragnie z całej mocy podkreślić, dla wykazania ww. przesłanek, a także pozostałych, koniecznym jest wykazanie określonych okoliczności, nie wystarczają same deklaracje i twierdzenia.

Odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, Odwołujący swoje przekonanie w tym względzie opiera na twierdzeniu, że informacje te są szczególnie istotne *„dla konkurentów PSN, którzy w tym postępowaniu ubiegają się o udzielenie im zamówienia, zarówno dla wykonawcy Emitel S.A., który w tym postępowaniu ubiega się o udzielenie mu zamówienia na wykonanie zadania nr 8, jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie im innych zamówień”*. Co podkreśla Odwołujący *„ujawnienie przez Zamawiającego tych informacji konkurentom PSN występującym w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu lub innym podmiotom wnioskującym o udostępnienie ofert lub dokumentacji postępowania istotnie zagraża więc interesom PSN i powoduje, że pozycja konkurencyjna PSN w tym i przyszłych postępowaniach może zostać osłabiona a nawet przekreślona w wyniku posłużenia się przez konkurentów PSN tymi informacjami”*.

Co zostało już podkreślone wcześniej, a co zdaniem Izby ma kluczowe znaczenie, uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, zarówno dla pozostałych wykonawców, jak też dla każdego zainteresowanego. Wynika to ze szczególnego charakteru zamówień publicznych, w ramach których wydatkowane są środki publiczne.

Ograniczenie dostępu do informacji znajdujących się w ofertach może mieć miejsce jedynie w szczególnych przypadkach. Izba w pełni podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 23 czerwca 2021 r. o sygn. KIO 11732/21, które zostało także powołane przez

Zamawiającego, że postawiona przez Odwołującego teza o zagrożeniu jego przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia wyjaśnień z dnia 8 lutego 2022 r. nie została ani szerzej uzasadniona, ani wykazana. Zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż dokumenty przez nich składane co do zasady będą jawne. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Odwołujący skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia jego interesów i zmniejszenia przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Odwołujący nie wykazał, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania konstruowanych miałyby powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałyby wynikać.

Izba nie podważa faktu, że kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii (tak: wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r., KIO 2600/21). Odwołujący nie sprostował w rozpatrywanym stanie faktycznym obowiązkowi wykazania, że przedłożone przez niego dokumenty faktycznie takim unikalnym charakterem się wyróżniają. Jedynym twierdzeniem Odwołującego w tym zakresie jest przekonanie, że *„informacje zawarte w tym dokumencie ujawniają bowiem szczegółowo sposób i koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa PSN, stanowiące istotę jego pozycji konkurencyjnej. Dotyczy to w szczególności wyjątkowo wrażliwych informacji dotyczących kosztów świadczenia przez PSN usług w tym zadaniu – zarówno ich rodzaju jak i sposobu kalkulacji”*. Brak jest jednak próby ze strony Odwołującego wykazania dlaczego informacje te są szczególnie wrażliwe i w jaki sposób mogłyby wpłynąć na jego pozycję konkurencyjną.

Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda ustawowo chroniona tajemnica, ma charakter obiektywny, nie można zatem istnienia takiej tajemnicy subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę (tak: Wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 maja 2020 r., VI SA/Wa 2590/19). Dotyczy to również informacji przedstawianych przez kontrahentów wykonawcy. Skoro następnie chce on je wykorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien mieć na względzie, że w razie braku wykazania ustawowych przesłanek, potwierdzających że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, także ona zostanie ujawniona. Samo twierdzenie o poufnym charakterze

danych informacji nie jest w tej sytuacji wystarczające. Nie jest możliwe do przyjęcia zapatrywanie, z którego wynika, iż to wyłącznie wola przedsiębiorcy ma decydować o utajnieniu określonej informacji publicznej (tak: Wyrok NSA z 17 stycznia 2020 r., I OSK 3514/18).

Odnosząc się do podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji zawartych w Załączniku 2, Izba ustaliła, iż dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca je zastrzegający obowiązany jest także wykazać, jakie podjął działania w celu ochrony zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich, przy czym wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedstawić dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje, np. polityka bezpieczeństwa, klauzula poufności, itp.

Odwołujący, tak jak w przypadku próby wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, oparł się jedynie na twierdzeniach i deklaracjach. Jedyny dowód przedłożony przez Odwołującego na poparcie swoich tez stanowi wyciąg z umowy o pracę. Przy czym nie sposób ustalić czy wyciąg ten jest nadal obowiązujący u Odwołującego, czy w ogóle został podpisany, czy jest to może tylko projekt pewnych postanowień umownych. Waler dowodowy przedstawionego dokumentu jest niezwykle niski.

Poza przedłożonym dowodem, Odwołujący fakt, że zostały podjęte odpowiednie działania celem utrzymania zastrzeganych informacji w poufności, wywodzi jedynie ze stawianych deklaracji, nie przedkładając jednak żadnych dowodów, który mogłyby choćby uprawdopodobnić prawdziwość stawianych przez niego tez. Nie wiadomo np. w jaki sposób ograniczony jest dostęp do informacji zawartych w załączniku nr 2 pracownikom Odwołującego. Odwołujący powinien w sposób przekonujący i nie budzący wątpliwości uargumentować stawiane twierdzenia i posługiwać się konkretnymi, jak wspomniane wcześniej polityki bezpieczeństwa czy też pokoje z ograniczonym dostępem, szyfrowane serwery i jednocześnie twierdzenia te udowodnić. Nie wiadomo jakiego szczebla pracownicy mają dostęp do tych informacji, od jakich przymiotów zależy uzyskanie dostępu do rzeczonych informacji itd. Odwołujący w sposób lakoniczny i ogólny odniósł się do ww. przesłanki, co uzasadniało przekonanie Zamawiającego, że nie została ona wykazana.

Podsumowując, zdaniem Izby, Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 8 lutego 2022 r., nie wykazał istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niezbędnych do uznania, że określone informacje taką tajemnicą w rzeczywistości stanowią.

W konsekwencji Zamawiający prawidłowo ocenił przedmiotowe uzasadnienie i odmówił utajnienia przedstawianych przez niego informacji.

Na marginesie jedynie Izba pragnie zwrócić uwagę, że teza stawiana przez Odwołującego w odwołaniu o częściowym braku konsekwencji Zamawiającego, ma uzasadnienie. Ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Jego zadaniem jest wykazanie równocześnie z zastrzeżeniem informacji, że realizują się w stosunku do nich przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet w sytuacji, gdy określone informacje ze swej istoty czy charakteru mogą faktycznie posiadać pewną wartość gospodarczą, to nie uprawnia to ani Izby, ani zamawiającego do utajnienia tych informacji, w sytuacji gdy wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru danych informacji. To wykonawca jest dysponentem tych informacji i to na nim spoczywa ciężar wykazania konieczności udzielenia im ochrony. Z tego względu, gdy Zamawiający uznaje, że zastrzeżenie informacji jest nieskuteczne, nie powinien arbitralnie pewnych informacji pozostawiać nieujawnionymi. Do Zamawiającego nie należy ocena czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie czy wykonawca który tak twierdzi, wywiązał się z obowiązków przewidzianych w przepisach i powyższe wykazał.

Nie zmienia to faktu, że Odwołujący w odwołaniu kwestionował nieprawidłową ocenę Zamawiającego poczynioną co do informacji, które postanowił on odtajnić. Okoliczność pozostawienia więc niektórych informacji utajnionymi była dla niego korzystna i pozostawała poza istotą sporu.

Odnosząc się do zarzutu nr 2, Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z treścią przedmiotowego zarzutu, Odwołujący postuluje naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 2 ustawy PZP poprzez brak zapewnienia przejrzystości postępowania w odniesieniu do załącznika 2.5 do wyjaśnień z dnia 8 lutego 2022 r. poprzez błędne uznanie go za brak dowodu oraz pozostawienie go w niejasnej sytuacji prawnej.

Jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 14 marca, odnośnie przedmiotowego załącznika: *„zważywszy, że wydruk programu komputerowego, będący załącznikiem nr 2.5 został złożony w języku angielskim, bez wymaganego – zgodnie z rozdziałem XIV punkt 14 SWZ – tłumaczenia dokumentów, czego konsekwencją jest uznanie ich za brak dowodu, przy jednoczesnym braku możliwości ich uzupełnienia, jako odnoszących się do treści oferty – pozostawił informacje zawarte w tym załączniku, jako niepodlegające ujawnieniu”.*

W pierwszej kolejności należy wskazać na treść SWZ, tj. Rozdział XIV punkt 14, zgodnie z którym: „*Dokumenty i oświadczenia sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, podpisanym lub poświadczonym przez wykonawcę lub jego pełnomocnika kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przypadku wskazania przez wykonawcę dostępności dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w postaci elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnymi, bezpłatnych baz danych, Zamawiający będzie mógł zażądać od wykonawcy tłumaczenia na język polski wskazanych przez wykonawcę i pobranych samodzielnie przez Zamawiającego dokumentów. Tłumaczenie załącza się na Platformie, jako załącznik, zgodnie wytycznymi załączania dokumentów na Platformie zawartymi w Załącznik nr 7 do SWZ*”.

Co istotne, powyższe postanowienia specyfikacji odnoszą się nie tylko do treści oferty, ale również do oświadczeń i dokumentów wymaganych w postępowaniu, na co wskazuje nazwa rozdziału XIV. Natomiast nie ulega wątpliwości, że dokument składany przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami ceny, za taki dokument wymagany w postępowaniu należy uznać. Na niezgodność przedłożonego przez wykonawcę dokumentu w języku angielskim z postanowieniami Rozdziału XIV SWZ wyraźnie wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 14 marca 2022 r.

Nie ulega więc wątpliwości, że dokument ten został złożony w sposób nieuwzględniający wymagań sprecyzowanych przez Zamawiającego w SWZ, które jednocześnie nie są nadmierne czy nieuwzględniające przepisów wykonawczych do ustawy PZP, tj. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r., poz. 2452), na co słusznie w odpowiedzi na odwołanie wskazywał Zamawiający.

W pozostałym zakresie dotyczącym przedmiotowego zarzutu, nie do końca wiadomo, gdzie Odwołujący upatruje niezgodności działań Zamawiającego z art. 16 ustawy PZP, statuującym zasadę przejrzystości postępowania. Załącznik pozostał niejawny, a teza Odwołującego o pozostawieniu go w niejasnej sytuacji prawnej nie została w żaden sposób wykazana i uzasadniona. Bez znacznie pozostaje argumentacja, że dokument ten był akceptowany w innych postępowaniach czy też, że mimo jego częściowego sporządzenia w języku angielskim jest on oczywisty dla osób, które miałyby go merytorycznie zweryfikować.

Z tego względu Izba uznała przedmiotowy zarzut za niewykazany.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: