

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Słupsk w Słupsku**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **Roovee S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) odtajnienie treści informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. informacji zawartych w załączniku „tajemnica przedsiębiorstwa DATERA.BES”, „tajemnica przedsiębiorstwa Invoice.BES”, „tajemnica przedsiębiorstwa SHIMANO – koszty części.BES, tajemnica przedsiębiorstwa przypadki pomocy beneficjenta-3.BES dołączonych do wyjaśnień w zakresie ceny z dnia 17 marca 2023 r.,
 - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
3. W pozostałym zakresie odwołanie oddała.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2 i:

- 4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- 4.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Słupsk w Słupsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Świadczenie kompleksowej usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i eksploatacji Systemu Słupskiego Roweru Miejskiego "5", nr sprawy: AT.ZP.271.3.2023.ZCH. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: ogłoszenie nr 2023/BZP 00105148/01 z dnia 2023-02-22.

W dniu 4 kwietnia 2023 r. wykonawca Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia:

- badania i oceny ofert,
- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **Konsorcjum firm: Orange Polska S.A.** Al. Jerozolimskie 160 02-326 Warszawa – Lider Konsorcjum oraz **Roovee S.A.** ul. Ryżowa 33A lok. 7 02-495 Warszawa – Członek Konsorcjum (dalej jako: „**Konsorcjum Orange**”),
- zaniechania odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny złożonych przez Konsorcjum Orange,
- zaniechania udostępnienia jawnych załączników do protokołu Postępowania.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1) **art. 223 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Orange do wyjaśnienia przyczyn złożenia dwóch wersji wyjaśnień ceny i wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy tymi wersjami;

2) **art. 74 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy 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:

- 3) **art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z § 2 ust. 2 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2020 nr 2434) (dalej: „rozporządzenie ws protokołu”) w zw. z art. 455 kodeksu cywilnego (Dz.U. 2020 poz. 1740) („kc”)** poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia części jawnych załączników do protokołu, tj.: obydwu wersji wyjaśnień sposobu obliczenia ceny złożonych przez Konsorcjum Orange;
- 4) **art. 239 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wybór oferty Konsorcjum Orange pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a jej wybór jest co najmniej przedwczesny;
- 5) **art. 16 pkt 1 ustawy Pzp** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Orange;
- 4) nakazania Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Orange do wyjaśnienia przyczyn złożenia dwóch wersji wyjaśnień ceny i wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy tymi wersjami;
- 5) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange w zakresie w jakim zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i udostępnienia ich Odwołującemu,
- 6) nakazanie Zamawiającemu przekazania Odwołującemu wszystkich nieurtajnionych dokumentów składających się na wyjaśnienia ceny Konsorcjum Orange, przekazania wszystkich wersji wyjaśnień ceny tego Wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że:

I. Wyjaśnienia ceny – dwie wersje

1. Konsorcjum Orange złożyło w dniu 17.03.2023r. wyjaśnienia ceny. Pliki zostały przekazane Zamawiającemu ok. godz. 13.30. **Następnie po godz. 23.30 złożyło kolejne trzy dokumenty, które dublują dokumenty już wcześniej złożone, ale nie są to na pewno dokumenty o identycznej treści, ponieważ pliki różnią się rozmiarami.** Wśród udostępnionych Odwołującemu dokumentów wśród których znajduje się także

(prawdopodobnie) zrzut ekranu z platformy zakupowej wynika, że Konsorcjum Orange złożyło dwie wersje wyjaśnień ceny:

- 1) plik o nazwie: *Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny 2023.03.17_Roovee.BES* - modyfikowany w dniu 17.03.2023 **13:25 (nieprzekazana Odwołującemu)**,
- 2) plik o nazwie: *Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny 2023.03.17v1.1_Roovee.BES* - modyfikowany w dniu 17.03.2023 **23:45**.

Konsorcjum Orange złożyło również dwie wersje jednego z załączników do wyjaśnień ceny – obydwie nieprzekazane Odwołującemu, które to załączniki prawdopodobnie obejmują kalkulację ceny:

- 1) plik o nazwie: *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Załącznik do wyjaśnień 2023.03.17_Roovee.BES* - modyfikowany w dniu 17.03.2023 **13.29**,
- 2) plik o nazwie: *Załącznik do wyjaśnień - tajemnica przedsiębiorstwa 2023.03.17v1.1_Roovee.BES* - modyfikowany w dniu 17.03.2023 **23.45**.

Ponadto Konsorcjum Orange dodało jeszcze w dniu 17.03.2023 o godz. 23.37 plik o nazwie *Tajemnica Przedsiębiorstwa Roovee.BES*.

2. Konsorcjum Orange dodało zatem w dniu 17.03.2023r. w okolicach godz. 23.30 trzy kolejne załączniki, po wcześniejszym złożeniu w tym dniu wyjaśnień ceny (w okolicach godziny 13.30), z czego przynajmniej dwa dodane załączniki stanowią modyfikację załączników wcześniej złożonych. Porównanie wielkości plików zawierających te załączniki wskazuje, że w ich treści dokonano zmian. Sam fakt dokonania zmian w przekazanych wcześniej Zamawiającemu plikach jest zastanawiający i budzi wątpliwości co do rzetelności złożonych wyjaśnień. Zamawiający winien zatem wyjaśnić powody dokonania zmian oraz konkretne rozbieżności powstałe pomiędzy poszczególnymi wersjami dokumentów. Zamawiający powinien ocenić rzetelność i spójność wyjaśnień ceny, a sam fakt, że dokonywano ich zmian już po złożeniu poddaje je w wątpliwość.

3. W niniejszej sprawie istotne są również okoliczności w jakich doszło do dokonania zmiany treści załączników złożonych Zamawiającemu w dniu 17.03.2023r. w okolicach godz. 13.30. Otóż **w dniu składania wyjaśnień w niniejszym Postępowaniu Konsorcjum Orange zostało wezwane do przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem odwołania przez spółkę z grupy kapitałowej Odwołującego, w którym zaskarżono wyjaśnienia ceny Konsorcjum Orange w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja systemu Płockiego**

Roweru Miejskiego w latach 2023-2025". W odwołaniu tym przedstawiono zobiektywizowaną kalkulację kosztów realizacji tego typu zamówień. Zarzucono m.in. brak ujęcia przez Konsorcjum Orange w swojej kalkulacji wszystkich kosztów oraz ich zaniżenie. **Wydaje się zatem bardzo prawdopodobne, że na kanwie lektury tamtego odwołania Konsorcjum Orange uświadomiło sobie błędy własnych kalkulacji już złożonych w tym Postępowaniu i złożyło kolejne, rozbieżne ze wcześniejszymi wersje wyjaśnień i załączników do wyjaśnień.**

4. Odwołujący w dokumentacji Postępowania nie odnajduje wyjaśnienia ani powodów złożenia kolejnych wersji tych samych dokumentów składających się na wyjaśnienia, ani wyjaśnienia powstania konkretnych rozbieżności pomiędzy poszczególnymi wersjami. Zamawiający przyjął je zatem bezkrytycznie. O czym świadczy również fakt, że nie przekazał Odwołującemu obydwu wersji złożonych wyjaśnień, lecz tylko jedną – prawdopodobnie tę późniejszą. A przecież wszystkie te dokumenty, obydwie wersje wyjaśnień zostały oficjalnie złożone przez Konsorcjum Orange w Postępowaniu i nie powinny być pomijane. Zamawiający zaniechał analizy w tym względzie, a fakt zmiany złożonych już wyjaśnień tym bardziej powinien wzbudzić zainteresowanie Zamawiającego. Rzetelna analiza tej sytuacji może okazać się bardzo wartościowa dla oceny rzetelności złożonych wyjaśnień. Może się okazać, że Konsorcjum Orange np. rzeczywiście pominęło niektóre rodzaje kosztów w pierwotnej wersji wyjaśnień lub w nowej wersji wyjaśnień niektóre koszty pomniejszyło, aby w kalkulacji uwzględnić inne, pominięte koszty. W połączeniu z faktem nikłego poparcia kalkulacji dowodami wskazywało by to na „manipulacje” kalkulacją i próbą dopasowania jej do rachunku matematycznego, z pominięciem rzeczywistych kosztów, popartych odpowiednimi dowodami.

5. Powstałe rozbieżności, zwłaszcza jeśli dotyczą ujęcia nowych kosztów wcześniej nie ujętych lub obniżenia niektórych kosztów względem pierwotnych wersji dokumentów, świadczyłyby o próbie „naprawienia” wadliwie skonstruowanych wyjaśnień ceny przez Konsorcjum Orange. Na kanwie tych wyjaśnień powinna zapaść decyzja Zamawiającego co do rzetelności złożonych wyjaśnień ceny przez Konsorcjum Orange. Jeśli bowiem ten sam wykonawca przedstawia w ramach jednego postępowania dwie, rozbieżne wersje wyjaśnień, to trudno wyjaśnienia te uznać za rzetelne. Nie można też uznać za właściwą praktykę wskazywania przez wykonawcę, którą wersję wykonawca ten wybiera i którą sam zamawiający ma uważać za wiążącą. Wyjaśnienia ceny powinny być oceniane jako całość, a wątpliwości powinny zostać w niniejszym przypadku wyjaśnione.

6. Odwołujący zakłada, że wszystkie złożone w ramach wyjaśnień ceny dokumenty, obydwie wersje wyjaśnień zostały podpisane. Wszystkie stanowią zatem oficjalne stanowisko

Konsorcjum Orange na temat sposobu kalkulacji ceny. Zostały oficjalnie złożone. I jako całość powinny zostać ocenione, w uwzględnieniu wyjaśnień, o których mowa powyżej.

7. Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Orange do wyjaśnienia przyczyn złożenia dwóch wersji wyjaśnień ceny i wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy tymi wersjami.

II. Tajemnica przedsiębiorstwa

8. Zamawiający udostępnił Odwoływacemu wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny złożone przez Konsorcjum Orange. Wyjaśnienia te są prawie w całości utajnione i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Odwoływającego ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezpodstawne.

9. Przed omówieniem niezasadności zastrzeżenia wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy zaznaczyć, że **udostępnione Odwoływacemu dokumenty wskazują, że wymienione w treści wyjaśnień ceny załączniki nie stanowią kompletu załączników, które w rzeczywistości złożyło Konsorcjum Orange**. Wśród udostępnionych Odwoływacemu dokumentów wśród których znajduje się także (prawdopodobnie) zrzut ekranu z platformy zakupowej wynika, że Konsorcjum Orange złożyło łącznie (licząc obydwie wersje wyjaśnień ceny) łącznie 11 plików/dokumentów.

10. Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że 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 ustawy 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).

11. Uzasadnienie dokonane przez Konsorcjum Orange zastrzeżenia **jest ogólnikowe i mogłoby zostać użyte praktycznie w każdym postępowaniu** o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji zdaniem Odwoływającego dyskredytuje możliwość uznania, że powstaje konieczność respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa w tym konkretnym

Postępowaniu. Odwołujący zarzuca, że 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.

12. 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:

- 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. Należy jednak podkreślić, że nie wykazanie którejkolwiek z przesłanek powinno skutkować uznaniem zastrzeżenia tajemnicy za niezasadne.

13. **Warto także wskazać, że Konsorcjum Orange w wyjaśnieniach utajnia nawet katalog kosztów, który wycenia – a ten przecież jest taki sam, bo katalog kosztów determinuje opis przedmiotu zamówienia.** Już na wstępie trzeba zatem wskazać, że nie ma żadnych podstaw, aby utajniać całość wyjaśnień, w tym w zakresie wskazania katalogu ponoszonych kosztów. Co więcej, **wśród utajnionych załączników są także te same lub rodzajowo takie same, które mają zostać odtajnione zgodnie z wyrokiem z dn. 21.03.2023r. sygn. akt KIO 649/23.** W dniu 4.04.2023r. Zamawiający w postępowaniu, którego dotyczy przywołany

wyrok poinformował, że Konsorcjum Orange nie będzie wnosić skargi na ten wyrok. Zatem dokumenty te staną się publicznie dostępne.

Charakter informacji

14. Co do charakteru informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą), należy wskazać, że 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.**

15. W wyjaśnieniach ceny Konsorcjum Orange **brakuje konkretów obrazujących, w jaki negatywny sposób na działalność wykonawcy może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji.** Konsorcjum Orange wskazuje: *„Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, a sposób kalkulacji ceny wpływa bezpośrednio na pozycję Wykonawcy na rynku. Mają one wymierną wartość, która może być oceniona w wymiarze finansowym, ponieważ w efekcie ich nieuprawnionego ujawnienia konkurencyjni wykonawcy mogą w konsekwencji doprowadzić do eliminowania nas z rynku, przez co możemy utracić szanse na dochody z planowanych przez nas przedsięwzięć.”* Z tego ogólnego sformułowania nic nie wynika. Nie wyjaśniono, ani jaka jest pozycja Konsorcjum Orange na rynku, a przede wszystkim nie wyjaśniono jak ewentualnie mogłaby ta pozycja ucierpieć, wskutek odtajnienia zastrzeżonych informacji. Zupełnie nie wiadomo jak konkurencyjni wykonawcy mieli by wyeliminować Konsorcjum Orange z rynku. Wielokrotnie wyjaśnienia ceny były w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego odtajniane, ale trudno znaleźć przypadek wyeliminowania z tej przyczyny jakiegoś wykonawcy z rynku.

16. Ponadto Konsorcjum Orange podnosi: *„Pozyskanie tych informacji przez innych uczestników rynku skutkować będzie tym, że inni przedsiębiorcy będą w stanie określić, z jaką konkurencją spotkają się w przyszłości, ze szczególnym uwzględnieniem wysokości*

kalkulowanych cen”. Ale tutaj znowu – **nawet nie starano się wskazać jakichkolwiek negatywnych konsekwencji ujawnienia zastrzeżonych informacji**, nie wspominając o wykazaniu jeszcze związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy tym ujawnianiem a negatywnymi konsekwencjami. Nie przedstawiono jakichkolwiek argumentów, które miałyby świadczyć o tym, że te ceny miałyby być takie same w innych postępowaniach – w tym zakresie brak nawet twierdzeń. Wysoce wątpliwe jest także, aby sam fakt ujawnienia wyjaśnień ceny dawał konkurencji odpowiedź na pytanie, w którym postępowaniu w przyszłości Konsorcjum Orange weźmie udział, a w którym nie. W każdym razie w uzasadnieniu brak argumentacji w tym zakresie. Podsumowując, nie wiadomo co rozumie Konsorcjum Orange poprzez sformułowanie o określeniu przez innych wykonawców z jaką konkurencją spotykają się w przyszłości. Nie wiadomo także w jaki sposób konkurencyjni wykonawcy mieli by mieć wiedzę o cenach oferowanych przez Konsorcjum Orange w innych postępowaniach, jeśli ujawniono by zastrzeżone wyjaśnienia ceny w tym Postępowaniu.

17. Warto przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1884/18, dotyczący podobnych twierdzeń, co w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange jako tajemnicy przedsiębiorstwa: *„Przystępujący MM w przedłożonych Zamawiającemu oświadczeniach dot. informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, złożył jedynie ogólne deklaracje, iż informacje te są informacjami technicznymi, technologicznymi i organizacyjnymi, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie mają wartość gospodarczą oraz nie były ujawnione do publicznej wiadomości. Deklaracji tych, nie można uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brakuje w nich konkretów obrazujących w jaki negatywny sposób na działalność Przystępującego MM może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji, poza ogólnymi wskazaniem, że znacząco pogorszy się jego pozycja konkurencyjna, konkurenci uzyskają przewagę rynkową, poprzez zapoznanie się z know-how w zakresie sposobu wykorzystania technologii i urządzeń, a także źródeł zaopatrzenia”*.

18. Nie ulega również wątpliwości, że **Konsorcjum Orange nawet nie próbowało wykazywać, że zastrzeżone informacje stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstw. Konsorcjum Orange, w zasadzie, poprzestało jedynie na zadeklarowaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, bez wykazania, że one taką wartość rzeczywiście mają**. Prowadzi to do wniosku, że nie posiadają one ani charakteru technicznego, technologicznego ani przede wszystkim organizacyjnego, a także nie posiadają wartości gospodarczej. Nie wiadomo na czym ich wartość gospodarcza polega.

19. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 marca 2018 r. sygn. akt KIO 458/18; KIO 474/18 zważyła: „*W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa **muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków.** Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14)*”. Konsorcjum Orange okoliczności takich nie wykazało. Rzekoma wartość gospodarcza informacji została jedynie przedstawiona jako twierdzenie.

20. Należy podkreślić, że **przy niemalże identycznym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonany przez Konsorcjum Orange w wyroku z dn. 21.03.2023r. sygn. akt KIO 649/23, Krajowa Izba Odwoławcza zakwestionowała takie zastrzeżenie i nakazała odtajnić szereg dokumentów składających się na wyjaśnienia ceny. Przedmiotowy wyrok dotyczył również wyjaśnień ceny składanych przez Konsorcjum Orange w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja systemu Płockiego Roweru Miejskiego w latach 2023-2025” w ramach zadania budżetowego Rower Miejski, numer referencyjny: MZD.NZ.391.12.2022.MS.**

21. Konsorcjum Orange w ramach wyjaśnień złożyło również dokument w pliku: „*TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Tajemnica przedsiębiorstwa Roovee.pdf*” BES (załączonego w ramach drugiej wersji wyjaśnień). Odwołujący podnosi z ostrożności, niezależnie od pozostałej argumentacji, że jeśli w tym dokumencie zawarto rozszerzenie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to powinno ono zostać odtajnione. Zapewne w zastrzeżeniu tym nie cytowano informacji, które stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. A nawet jeśli tak było, to zastrzeżenie to powinno być udostępnione bez tych informacji. Co więcej, w treści wyjaśnień ceny i w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazano nigdzie wprost na ten dokument, ani nie wymieniono go wśród załączników stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na końcu nieutajnionej części wyjaśnień.

22. Co do dokumentu w pliku pn. *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA przypadki pomocy_beneficjenta-3.BES* trzeba wskazać, że w nieutajnionej części wyjaśnień w rozdz. IV w informacjach dodatkowych zawarto informacje na temat pomocy w ramach tarcz antykryzysowych oraz pomocy *de minimis* na łączną kwotę 237.935,51 zł brutto. Wobec powyższego informacje zawarte w przedmiotowym załączniku i z tego powodu nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Brak wykazania podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności przez Roovee – członka Konsorcjum Orange

23. Jeśli chodzi o Roovee w uzasadnieniu zastrzeżenia napisano jedynie:

*„W Roovee S.A. informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa także są chronione z zachowaniem należytej staranności. Wymagane jest zachowanie w tajemnicy informacji chronionych; informacje chronione mogą zostać udostępnione pracownikom wyłącznie po **podpisaniu umowy o pracę zawierającej zapisy o zachowaniu poufności informacji oraz odbyciu szkolenia z zasad ochrony informacji**; pracownicy, współpracownicy oraz osoby trzecie, którzy z racji pełnionych funkcji lub realizowanych zadań mają dostęp do informacji chronionych Wykonawcy - **zobowiązani są do podpisania stosownego oświadczenia**.”.*

24. Należy zauważyć, że uzasadnienie zastrzeżenia w tym zakresie **nie zostało poparte żadnym dowodem w postaci dokumentu, chociaż w cytowanym fragmencie odnoszącym się do Roovee wymienia się ich kilka rodzajów**, tj.: umowy o pracę z klauzulą zachowania poufności, dokumenty potwierdzające szkolenia czy oświadczenia pracowników, współpracowników, osób trzecich. **Wykonawca musi przedłożyć dowody na podjęcie przez niego działania w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji, zwłaszcza, jeżeli powołuje się na konkretne dokumenty**. W przypadku tej przesłanki wykazanie się dowodem jest jak najbardziej możliwe i konieczne. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w stanowiskach Krajowej Izby Odwoławczej:

1) uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2020 r. KIO/KU 5/20: *„Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. "Wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem "wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. **Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.)**;*

2) *Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwe niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. **Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności - tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności (...)***. (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);

3) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 80/22:

Skoro ochrona taka wynika z dokumentu wewnętrznego spółki (Polityka bezpieczeństwa informacji), to nic nie stało na przeszkodzie, aby taki dokument przedłożyć, nawet jeżeli nie w całości, to w postaci wyciągu uwzględniającego regulacje odnoszące się do sposobu ochrony informacji tego rodzaju, jakie zostały zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu. Należy bowiem stwierdzić, że jeżeli jest możliwe przedstawienie dowodu na okoliczność spełnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w tym przypadku przesłanki dotyczącej działania w celu utrzymania informacji w poufności), to za niewystarczające i gołosłowne należy uznać same oświadczenia wykonawcy o istnieniu takich regulacji, zwłaszcza że ich skuteczność czy kompletność nie może być w takiej sytuacji należycie oceniona.

25. 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 tego 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.

26. Warto zauważyć, że zgodnie z podziałem zadań Konsorcjum Orange złożonym wraz z ofertą, to Roovee jest podmiotem, który wiedzie prym w realizacji zamówienia: „**Wykonawca Roovee S.A. – członek konsorcjum (należy podać nazwę/firmę podmiotu) zrealizuje następujące roboty budowlane, dostawy, usługi (należy podać zakres): dostawa rowerów, dostawa i montaż stacji rowerowych, dokumenty i projekty, strona internetowa, aplikacja**

mobilna, system informatyczny, Biuro Obsługi Klienta, szkolenie, usługa operatorska". Wobec powyższego nie tylko fakt bycia członkiem konsorcjum, ale również aktywny w nim udział wymaga, aby Roovee wykazało i udowodniło, że podjęło odpowiednie działania w celu zachowania poufności informacji.

27. Dlatego 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 zabezpieczyłyby w sposób uzasadniający przyznanie im ochrony. Tymczasem pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, rozumieć zatem należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale **również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie.**

28. Działania podjęte przez Konsorcjum Orange w celu zachowania poufności są niewystarczające, a przede wszystkim stanowią niczym nieoparte deklaracje i mają na celu jedynie utrudnienie zaskarżenia oferty tego wykonawcy.

Podsumowanie

29. 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 wówczas 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 ustawy Pzp, a ocena tych zastrzeżeń dokonana przez Zamawiającego w istocie była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy. Zastrzeżone informacje nie mają wartości gospodarczej, a ich utajnienie ma służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum Orange. W tym kontekście pragniemy również powołać się na wyrok Izby z dnia 10 lipca 2015 r. (KIO 1185/15), w którym czytamy: „(...) wskazać należy, że Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o

zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy (...). Wykonawca ten nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie, że wyjaśnienia były przygotowywane wyłącznie przez pracowników, nie złożył listy pracowników mających dostęp do wyjaśnień, nie przedłożył kopii umów o pracę czy umów o zachowanie poufności. Nie przedstawił kopii żadnych procedur wewnętrznych potwierdzających istnienie wewnętrznych regulacji w zakresie ochrony informacji wrażliwych”.

30. Uznając poczynione zastrzeżenie za zasadne Zamawiający zaniechał dopełnienia ciężących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 8 sierpnia 2014 r., KIO 1542/14: *„Zamawiający powinien przyłożyć wagę do wyjaśnień składanych przez wykonawców odnośnie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Musi ocenić, czy wykonawca faktycznie wykazał zasadność zastrzeżenia. Tylko wiarygodne wyjaśnienia stanowią podstawę do wyłączenia zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”.* Należy mieć na uwadze, że nie uzasadnia zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoływanie się na bliżej niesprecyzowane know-how w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot oferty został indywidualnie skalkulowany na potrzeby niniejszego postępowania (analogicznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 września 2018 r., sygn. akt KIO 1715/18).

31. Zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP i przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1429 z późn. zm.). Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne o czym stanowi wprost art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada ta doznaje wyjątków, ale tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są sposobami ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych.

32. Dlatego też Zamawiający poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange dopuścił się naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania

w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

III. Zaniechanie niezwłocznego udostępnienia części załączników do protokołu

33. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu obydwu wersji wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange. Z udostępnionych dokumentów wśród których znajduje się także prawdopodobnie zrzut ekranu z platformy zakupowej wynika, że Konsorcjum Orange złożyło dwie wersje wyjaśnień ceny: 1) plik o nazwie: *Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny 2023.03.17_Roovee.BES* modyfikowany w dniu 17.03.2023 **13:25**, 2) plik o nazwie: *Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny 2023.03.17v1.1_Roovee.BES* modyfikowany w dniu 17.03.2023 **23:45**.

Odwołujący otrzymał jedynie jedną z tych wersji – prawdopodobnie *Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny 2023.03.17v1.1_Roovee.BES*. Na wyjaśnienia ceny Konsorcjum Orange składają się obydwie wersje i obydwie powinny zostać udostępnione Odwołującemu.

34. Zamawiający zobowiązany jest do niezwłocznego udostępnienia protokołu postępowania i załączników, co wynika z § 2 ust. 2 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2020 nr 2434). Niezależnie należy wskazać na naruszenie art. 455 kc ze względu na regulację art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: *„Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”*. Zgodnie z art. 455 kc: *„Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Na gruncie ustawy Pzp, brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”*”. W tym zakresie zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził: *„użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc”* (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r. sygn. akt V CKN

769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (arg. z art. 354 § 1 Kc) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc). W tym kontekście należy zauważyć, że:

- 1) Zamawiający nie przekazał wskazanych dokumentów do 5 dnia upływu terminu na wniesienie odwołania,
- 2) Zamawiający pozostałe załączniki do protokołu, dostępne po wyborze oferty najkorzystniejszej, przekazał w dniu 31.03.2023r., a zatem realnie było w okolicznościach niniejszego przypadku przekazanie dokumentów wcześniej,
- 3) Zamawiający przekazując niekompletny zestaw dokumentów nie wskazał na jakiegokolwiek przyczyny niemożności przekazania przedmiotowych dokumentów,
- 4) brak przekazania dokumentów w terminie na zaskarżenie uniemożliwia ich zaskarżenie w terminie liczonym od wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) brak przekazania dokumentów uniemożliwia skuteczne zaskarżenie czynności lub zaniechań Zamawiającego, w oparciu o zarzuty skonkretyzowane po zapoznaniu się z treścią tych dokumentów, a tym samym Odwołujący nie ma szansy na podniesienie kolejnych zarzutów, które mogą być skuteczne i prowadzić do zmiany wyniku Postępowania, co powoduje, że Odwołujący może ponieść szkodę z powodu niezyskania zamówienia, które by pozyskał właśnie dzięki podniesieniu tych zarzutów.

35. Zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP i przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1429 z późn. zm.). Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne o czym stanowi wprost art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada ta doznaje wyjątków, ale tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp: *„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), 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”.* **Jednakże wskazane dokumenty/informacje nie zostały zastrzeżone przez Konsorcjum Orange jako tajemnica przedsiębiorstwa.**

36. Jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są sposobami ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania (art. 73 ust. 1 ustawy Pzp). **Stosownie do treści art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny.** Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Z treści cyt. przepisów *expressis verbis* wynika, że protokół, jak i oferty oraz wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiące załącznik do protokołu są jawne i powinny być udostępnione do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego oraz faktycznego.

37. W świetle powyższego Zamawiający powinien udostępnić Odwołującemu załączniki do protokołu, czego bezpodstawnie zaniechał, z naruszeniem wskazanych powyżej przepisów. **Zamawiający nie ma prawa do selekcjonowania załączników do protokołu postępowania i udostępniania jedynie tych, które w jego ocenie, czy w ocenie innych podmiotów (wykonawców) są ostateczne, wiążące czy właściwe. Powinien udostępnić (i ocenić) je wszystkie, tak jak zostały one złożone.** Tym samym pozbawił Odwołującego możliwości podniesienia innych, skutecznych zarzutów wobec oferty Konsorcjum Orange. Ustawa Pzp nie przewiduje instytucji przywrócenia terminu do złożenia odwołania. Czynność badania i oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej powinna zostać unieważniona, aby konkurencyjni wykonawcy wobec Konsorcjum Orange mieli możliwość zaskarżenia wyboru/zaniechania odrzucenia/wykluczenia oferty Konsorcjum Orange w oparciu o kompletne dokumenty, wcześniej udostępnione przez Zamawiającego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2023 r. (pismo z dnia 13 kwietnia 2023 r.) uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zaniechania udostępnienia części jawnych załączników do protokołu, tj. obydwu wersji wyjaśnień sposobu obliczenia ceny złożonych przez Konsorcjum Orange, jednocześnie udostępniając Odwołującemu żądany dokument, natomiast w pozostałym zakresie, tj. naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, art. 74 ust.1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, art. 239 ust.1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że:

W dniu 4 kwietnia 2023 r. Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji wniosła odwołanie wobec czynności Zamawiającego - Miasta Słupska dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie kompleksowej usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji Systemu Słupski Rower Miejski”.

Odwołująca zarzuciła sprzeczność z ustawą Prawo Zamówień Publicznych poniżej wskazanych czynności Zamawiającego:

- zaniechania wezwania Konsorcjum Orange do wyjaśnienia przyczyn złożenia dwóch wersji wyjaśnień ceny i wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy tymi wersjami (art. 223 ust.1 Pzp);
- zaniechanie odtajnienia dokumentów/informacji – wyjaśnień w zakresie ceny złożonych przez Konsorcjum Orange, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił ich Odwołującej pomimo że Konsorcjum Orange nie wykazało, aby zawierały one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 74 ust.1,2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp);
- zaniechanie niezwłocznego udostępnienia części jawnych załączników do protokołu, tj. obydwu wersji wyjaśnień sposobu obliczenia ceny przez Konsorcjum Orange (art.74 ust.1 i 2 w zw. z §2 ust.2 i §5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art.455 kc);
- wyboru oferty Konsorcjum Orange, pomimo iż oferta ta nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a jej wybór jest co najmniej przedwczesny (art. 239 ust.1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp);
- prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania.

Odwołująca uzasadniając powyższe zarzuty wskazała, że Konsorcjum Orange w dniu 17 marca 2023 r. złożyło dwukrotnie wyjaśnienia ceny, pierwsze około godz. 13.30, drugie zaś po godzinie 23.30, przy czym dokumenty te różnią się co do zawartości, o czym świadczą różne rozmiary ich plików. Nadto, Konsorcjum Orange złożyło dwie wersje jednego z załączników do wyjaśnień ceny, które zdaniem Odwołującej obejmują kalkulację ceny, oraz dodało o godz. 23.37 w dniu 17 marca 2023 r. plik o nazwie Tajemnica PrzedsiębiorstwaRoovee.BES. Zamawiający udostępnił Odwołującej na jej żądanie jedynie jedną wersję wyjaśnień ceny, tj. plik o nazwie: Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny 2023.03.17v1.1._Roovee.BES. Odwołującej nie przekazano natomiast żadnej z wersji załączników do wyjaśnień ceny ani też pliku o nazwie Tajemnica PrzedsiębiorstwaRoovee.BES. Zdaniem Odwołującej dokonywanie przez Konsorcjum Orange zmian w złożonych wyjaśnieniach ceny budzi wątpliwości co do

rzetelności złożonych wyjaśnień, również w kontekście postępowania odwoławczego, w którym zaskarżono wyjaśnienia Konsorcjum Orange w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja Płockiego Roweru Miejskiego w latach 2023 - 2025” a które to postępowanie uświadomiło Konsorcjum Orange własne błędy w kalkulacji złożonych wyjaśnień ceny. Ponadto Odwołująca podniosła, iż Zamawiający nie ocenił rzetelności i spójności złożonych wyjaśnień, przyjmując je bezkrytycznie i nie wzywając Konsorcjum Orange do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy poszczególnymi wersjami dokumentów. Co więcej, Zamawiający udostępnił Odwołującej jedynie późniejszą wersję wyjaśnień, mimo że obie wersje dokumentów stanowią oficjalne stanowisko Konsorcjum Orange na temat kalkulacji ceny, podlegające udostępnieniu.

Co do udostępnienia Odwołującej wyjaśnień ceny złożonych przez Konsorcjum Orange, zdaniem Odwołującej dokument ten został prawie w całości bezpodstawnie utajniony ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującej uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest zbyt ogólnikowe, mogłoby zostać użyte w każdym postępowaniu, nie wykazuje związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem żądanej informacji a ewentualną szkodą, rodzaju zastrzeżonych informacji (techniczne, technologiczne, organizacyjne), ograniczając się jedynie do zadeklarowaniu ich wartości gospodarczej, bez wykazania natomiast, że taką wartość faktycznie mają. Ponadto, Konsorcjum Orange nie wykazało spełnienia podjęcia stosownych kroków dla zachowania zastrzeżonych dokumentów w poufności. Podobnie, członek Konsorcjum Orange - Roovee nie wykazał podjęcia działań w celu zachowania zastrzeżonych przez siebie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w poufności, nie podparł w tym zakresie swoich twierdzeń żadnymi dowodami. Jako słuszność swoich zarzutów co do braku podstaw w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołująca ponownie powołała się na postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, zakończone wyrokiem z dnia 21 marca 2023 r. (sygn. akt. KIO 649/23), w którym to nakazano odtajnienie szeregu dokumentów składających się na wyjaśnienia ceny złożonych przez Konsorcjum Orange.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2023 r. do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpili wspólnie ubiegający się o zamówienie Orange Polska S.A. (Lider Konsorcjum) i Roovee S.A. (Członek Konsorcjum), wskazując, iż uwzględnienie odwołania może w konsekwencji spowodować utratę możliwości zawarcie umowy o zamówienie przez Przystępujących, których ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Jednocześnie ewentualne uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny złożonych przez

Przystępujących może samo w sobie spowodować u nich powstanie szkody w wyniku ich ujawnienia konkurencyjnemu wykonawcy.

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania oraz stanowiska przystępujących oświadcza, że uznaje odwołanie wyłącznie w części dotyczącej udostępnienia załącznika do protokołu postępowania w postaci obydwu wersji wyjaśnień sposobu obliczenia ceny złożonych przez Konsorcjum Orange. Nieudostępniony dotychczas Odwołującej plik o nazwie: Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny2023.03.17_Roovee.BES modyfikowany w dniu 17 marca 2023 r. o godz. 13:25 został przekazany Odwołującej wraz z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie. Jednakże wbrew twierdzeniom Odwołującej, Zamawiający nie przyjął bezkrytycznie wyjaśnień ceny złożonych przez Konsorcjum Orange. W dniu 10 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym „W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”. Na przedłożenie stosownych wyjaśnień Zamawiający wyznaczył termin do dnia 15 marca 2023 r., który następnie na wniosek Konsorcjum Orange został przedłużony do 17 marca 2023 r. Konsorcjum Orange w zakreślonym wyżej terminie złożyło dwukrotnie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zakreślając jednocześnie, iż wyjaśnienie podpisane o godz. 23:42:53 stanowi jego wersję ostateczną, którą Zamawiający powinien brać pod uwagę. W terminie zakreślonym przez Zamawiającego, Wykonawca ma prawo składać wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz przedstawiać stosowne dokumenty na poparcie swoich twierdzeń. Na wykonawcy bowiem spoczywa ciężar udowodnienia. Nie bez znaczenia jest fakt, iż to sam Wykonawca przedłożył dwukrotnie wyjaśnienia, bez ponownego wezwania Zamawiającego o przedstawienie brakujących elementów kalkulacji, które mogły i powinny być złożone już w pierwszych wyjaśnieniach. Takie właśnie działanie Zamawiającego byłoby wówczas nieprawidłowe (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2022 r., sygn. akt. KIO 220/22). Po upływie zakreślonego terminu na wyjaśnienia ceny, Zamawiający przeanalizował złożone przez Konsorcjum Orange dokumenty. Wyjaśnienia, które wykonawca wskazał jako ostateczne swoje stanowisko różnią się w swojej treści od wyjaśnień podpisanych o godz. 13:24:36 następującymi elementami:

1) znakiem pisma – WWIP/MB/272.2/2023 zamiast WWIP/MB/272/2023 (str. 1),

2) dodanym w wersji ostatecznej na str. 3 fragmentem: „Jak już wyżej wskazano – analiza wysokości środków finansowych, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w zderzeniu z cenami obydwu złożonych ofert stawia pod znakiem zapytania prawidłowość obliczenia wartości zamówienia, co nastąpiło – o czym wspominamy wyżej – w oparciu o inne założenia przedmiotowe w porównaniu do ostatecznego kształtu warunków zamówienia wynikających z SWZ.”,

3) dodanym w wersji ostatecznej na str. 4 w części II Koszty realizacji zamówienia w zdaniu drugim, po słowie „kosztowe” wyrażeniem „a także poziom średniej marży”.

Nadto zawierają dodatkowo załączniki, które zostały zastrzeżone przez Konsorcjum Orange jako tajemnica przedsiębiorstwa i w związku z tym nie zostały przekazane Odwołującej się. Zamawiający nie miał zamiaru, jak to sugeruje Odwołująca się, manipulować złożonymi dokumentami. Po gruntownym przeanalizowaniu przedłożonych przez Konsorcjum Orange dokumentów, przekazał początkowo Odwołującej wyjaśnienia Konsorcjum Orange obszerniejsze w swej treści. Zaś różna wielkość przesłanych plików, na którą to powołuje się Odwołująca, może wynikać choćby ze sposobu ich zapisu.

Natomiast w zakresie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Orange do wyjaśnienia przyczyn złożenia dwóch wersji wyjaśnień ceny, Zamawiający wskazuje iż zgodnie z art. 223 ust.1 Pzp jest to uprawnienie Zamawiającego, a nie jego obowiązek. Decyzja o ewentualnym wezwaniu wykonawcy do wyjaśnień leży po stronie zamawiającego i ustawa nie nakłada na niego jakiegokolwiek przymusu objaśniania przyczyn podjętej w tej mierze decyzji. Co do zasady rolą art. 223 ust. 1 Pzp jest ustalenie/wyjaśnienie treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, które zostało sformułowane niedokładnie lub niejasno gdy zaistnieją wątpliwości co do jego treści w sytuacji, gdy np. oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ustawy Pzp oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wykładnia oświadczenia woli dokonywana jest w trzech płaszczyznach. Po pierwsze przez dosłowne brzmienie tekstu, po drugie przy zastosowaniu reguł z art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego. Trzecią płaszczyznę wyznacza ustalenie treści do zgodnego zamiaru i celu oświadczenia (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi, III Wydział Cywilny Odwoławczy, sygn. akt. III Ca 731/18.) Podkreślenia wymaga fakt, iż Konsorcjum Orange przesłało wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w terminie określonym przez Zamawiającego tj. do dnia 17 marca 2023 r. i drugą wersję wyjaśnień opatrzył informacją, iż jest to wersja ostateczna, która winna być badana przez

Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Jak sama Odwołująca wskazywała, oba wyjaśnienia stanowią dokumenty postępowania, które Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie oferty. Biorąc zaś pod uwagę opisaną wyżej niewielką różnicę w treści przesłanych plików, Zamawiający nie korzystał z przysługującego mu na mocy art. 223 ust. 1 Pzp uprawnienia, nie dopatrując się w przesłanych przez Konsorcjum Orange plikach sprzeczności wymagających dodatkowego wyjaśnienia czy konieczności rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień złożonych w pierwszej wersji.

Zamawiający podnosi, że bezzasadne jest stanowisko Odwołującej, w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 74 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów/informacji – wyjaśnień w zakresie ceny złożonych przez Konsorcjum Orange pomimo że wykonawca nie wykazał, aby zawierały one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego wykonawca właściwie zastrzegł i wykazał, iż informacje w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią jego tajemnice przedsiębiorstwa.

Po pierwsze wskazać należy, iż stosownie do treści art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) „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”. Z powyższego wynika, iż tajemnicą przedsiębiorstwa oprócz informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstw mogą być również inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Konsorcjum Orange wskazując na gospodarczy i handlowy charakter przedmiotowych informacji, nie musiało zatem wykazywać, jak podnosi Odwołująca, iż stanowią one również informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne. Gospodarczy i handlowy charakter zastrzeżonych dokumentów Konsorcjum Orange przejawia się w tym, iż stanowią one szczegółową kalkulację ceny złożonej oferty, w tym odnoszą się do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz uwzględniają marżę handlową. Metoda kalkulacji ceny posiada wymierną wartość finansową, ponieważ jej nieuprawnione udostępnienie osobom postronnym, pozwoli konkurencji przewidywać wysokość proponowanych przez Konsorcjum cen. Odwołująca podniosła, iż Konsorcjum nie starało się nawet wykazać jakichkolwiek negatywnych konsekwencji ujawnienia zastrzeżonych informacji. Tymczasem taką negatywną konsekwencją jest, jak podniosło Konsorcjum, możliwość określenia przez

innych przedsiębiorców, „(...) z jaką konkurencją spotkają się w przyszłości, ze szczególnym uwzględnieniem wysokości cen”, czego konsekwencją może być wyeliminowanie Konsorcjum z rynku i brak dochodów Konsorcjum z planowanych przez niego przedsięwzięć.

W ocenie Zamawiającego Konsorcjum należyce zastrzegło dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, opatrując dokumenty wyrażeniem „Tajemnica przedsiębiorstwa”, nie tylko w treści pisma, lecz również w nazwie samych plików. Ponadto w samych wyjaśnieniach Konsorcjum Orange wyraźnie oświadczyło, iż zawarte w załącznikach do w/w pisma informacje, w tym szczegółowe wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i wniosło o ich nieudostępnianie.

Nadto, Konsorcjum załączyło do wyjaśnień dokumenty stanowiące obowiązujące u niego procedury chronienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, podniosło, iż informacje chronione mogą zostać udostępnione jedynie pracownikom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę z zapisami o zachowaniu poufności informacji oraz po odbyciu stosownego szkolenia. W ocenie Zamawiającego Konsorcjum udowodniło zatem, iż podjęło stosowne działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: ogłoszenie nr 2023/BZP 00105148/01 z dnia 2023-02-22.

W dniu 4 kwietnia 2023 r. wykonawca Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia:

- badania i oceny ofert,
- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **Konsorcjum firm: Orange Polska S.A.** Al. Jerozolimskie 160 02-326 Warszawa – Lider Konsorcjum oraz **Roovee S.A.** ul. Ryżowa 33A lok. 7 02-495 Warszawa – Członek Konsorcjum (dalej jako: „**Konsorcjum Orange**”),
- zaniechania odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny złożonych przez Konsorcjum Orange,
- zaniechania udostępnienia jawnych załączników do protokołu Postępowania.

Odwołujący zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1) **art. 223 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Orange do wyjaśnienia przyczyn złożenia dwóch wersji wyjaśnień ceny i wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy tymi wersjami;

2) **art. 74 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy 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:

3) **art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z § 2 ust. 2 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2020 nr 2434) (dalej: „rozporządzenie ws protokołu”) w zw. z art. 455 kodeksu cywilnego (Dz.U. 2020 poz. 1740) („kc”)** poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia części jawnych załączników do protokołu, tj.: obydwu wersji wyjaśnień sposobu obliczenia ceny złożonych przez Konsorcjum Orange;

4) **art. 239 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wybór oferty Konsorcjum Orange pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a jej wybór jest co najmniej przedwczesny;

5) **art. 16 pkt 1 ustawy Pzp** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie, ul. Przasnyska 6B, 01-756 Warszawa, Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2023 r. (pismo z dnia 13 kwietnia 2023 r.) uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zaniechania udostępnienia części jawnych załączników do protokołu, tj. obydwu wersji wyjaśnień sposobu obliczenia ceny złożonych przez Konsorcjum Orange, jednocześnie udostępniając Odwołującemu żądany dokument, natomiast w pozostałym zakresie, tj. naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, art. 74 ust.1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, art. 239 ust.1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Orange Polska S.A. z siedzibą w

Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa oraz Roovee S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Ryżowa 33A, 02-495 Warszawa.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2023 r. (pismo z dnia 14 kwietnia 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 74 ust. 1-3 ustawy PZP:

1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.
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.
3. W przypadku gdy wniesienie żądania dotyczącego prawa, o którym mowa w art. 18 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, spowoduje ograniczenie przetwarzania danych osobowych zawartych w protokole postępowania lub załącznikach do tego protokołu, od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie udostępnia tych danych, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 18 ust. 2 rozporządzenia 2016/679.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy PZP, 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.

Zgodnie z art. 455 Kc, Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania.

Zgodnie z art. 239 ust 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający zapewnia przechowywanie dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania i załączników do protokołu postępowania, tak aby przez cały okres jej przechowywania miał on bieżący dostęp do kompletnej dokumentacji, w celu umożliwienia jej niezwłocznego udostępnienia oraz odtworzenia, w sposób niebudzący wątpliwości, chronologicznego ciągu czynności i zdarzeń związanych z danym postępowaniem, w tym istotnych czynności poprzedzających jego wszczęcie, a także czynności związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej.

Zgodnie z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nr 1 nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie zarzutu nr 2, w ocenie Izby, zarzut ten zasługuje na uwzględnienie w zakresie zaniechania odtajnienia załączników „tajemnica przedsiębiorstwa DATERA.BES”, „tajemnica przedsiębiorstwa Invoice.BES”, „tajemnica przedsiębiorstwa SHIMANO – koszty części.BES, tajemnica przedsiębiorstwa przypadku pomocy beneficjenta-3.BES dołączonych do wyjaśnień w zakresie ceny z dnia 17 marca 2023 r. Natomiast w zakresie zarzutu nr 3 odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, ze względu na to, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zaniechania udostępnienia części jawnych załączników do protokołu, tj. obydwu wersji wyjaśnień sposobu obliczenia ceny złożonych przez Konsorcjum Orange, gdzie plik o nazwie: Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny2023.03.17_Roovee.BES modyfikowany w dniu 17 marca 2023 r. o godz. 13:25 został przekazany Odwołującemu wraz z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, zaś Przystępujący pismem z dnia 17 kwietnia 2023 r. nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części odwołania przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania, w którym to Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum

Orange do wyjaśnienia przyczyn złożenia dwóch wersji wyjaśnień ceny i wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy tymi wersjami, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba zważa, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jest przepisem, z którego wynika uprawnienie i jednocześnie obowiązek Zamawiającego, ale materializuje się wyłącznie w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, co do sposobu ich rozumienia. Zastosowanie art. 223 ust. 1 ustawy PZP materializuje się w wielu stanach faktycznych, szczególnie w postępowaniach, w których Zamawiający wymaga jednoznacznego wyspecyfikowania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w ofercie, chociażby poprzez podanie określonych parametrów, a Zamawiający w toku oceny ofert dostrzega wątpliwości co do zgodności wskazanych w ofercie parametrów z opisem przedmiotu zamówienia, które jednak udaje się wyeliminować poprzez uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień.

W ocenie Izby przepis ten referuje w sposób oczywisty do sytuacji, kiedy treść oferty, treść przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń zawiera niejasności, których nie można wyeliminować w inny sposób, jak właśnie na skutek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. W doktrynie i orzecznictwie akcentuje się, że zastosowanie powyższego przepisu będzie uzasadnione wyłącznie, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla Zamawiającego.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba zważa, że wyjaśnienia co do ceny, które Przystępujący wskazał jako ostateczne swoje stanowisko różnią się w swojej treści od wyjaśnień podpisanych o godz. 13:24:36 następującymi elementami:

- 1) znakiem pisma – WWIP/MB/272.2/2023 zamiast WWIP/MB/272/2023 (str. 1),
- 2) dodanym w wersji ostatecznej na str. 3 fragmentem: „Jak już wyżej wskazano – analiza wysokości środków finansowych, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia, w zderzeniu z cenami obydwu złożonych ofert stawia pod znakiem zapytania prawidłowość obliczenia wartości zamówienia, co nastąpiło – o czym wspominamy wyżej – w oparciu o inne założenia przedmiotowe w porównaniu do ostatecznego kształtu warunków zamówienia wynikających z SWZ”,

3) dodanym w wersji ostatecznej na str. 4 w części II Koszty realizacji zamówienia w zdaniu drugim, po słowie „kosztowe” wyrażeniem „a także poziom średniej marży”, na co wskazywali Zamawiający i Przystępujący w pismach procesowych.

Nadto wyjaśnienia te zawierają dodatkowo załączniki, które zostały zastrzeżone przez Konsorcjum Orange jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba zważa, że łącznie w udzielonych wyjaśnieniach znajdują się dwa dokumenty zawierające szczegółową kalkulację, to w rzeczywistości w ogóle nie różnią się one w zakresie treści tych dokumentów i przedstawionej w nich kalkulacji. Tym samym stwierdzenie Odwołującego, że: „Konsorcjum Orange np. rzeczywiście pominęło niektóre rodzaje kosztów w pierwotnej wersji wyjaśnień lub w nowej wersji wyjaśnień niektóre koszty pomniejszyło, aby w kalkulacji uwzględnić inne, pominięte koszty” są jedynie stwierdzeniami na poziomie dywagacji.

Należy zwrócić również uwagę, że dodany w dniu 17 marca 2023 r. o godz. 23.34:33 załącznik do wyjaśnień w postaci uchwały Zarządu ROOVEE S.A. z dnia 31 grudnia 2019 r. w sprawie: przyjęcia Polityki ochrony tajemnicy informacji w ROOVEE S.A. został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, przy czym dokument ten został przekazany Zamawiającemu dwukrotnie, jednakże wyłącznie dlatego, że za pierwszym razem Przystępujący nie opatrzył go podpisem elektronicznym, a przekazane pliki nie różniły się w zakresie ich treści.

W związku z powyższym, nie sposób się zgodzić z Odwołującym, że: „Konsorcjum Orange uświadomiło sobie błędy własnych kalkulacji już złożonych w tym Postępowaniu i złożyło kolejne, rozbieżne ze wcześniejszymi wersje wyjaśnień i załączników do wyjaśnień”.

W ocenie Izby, podkreślenia wymaga fakt, iż Przystępujący przesłał wyjaśnienia co do ceny w terminie zakreślonym przez Zamawiającego, tj. do dnia 17 marca 2023 r. (zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 15 marca 2023 r. wyrażającą zgodę na przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień) pierwsze około godziny 13.30, drugie zaś po godzinie 23.30, jednocześnie wskazując drugą wersję wyjaśnień jako wersję ostateczną. Zdaniem Izby, wykonawca ma prawo składać wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny oraz przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń do końca terminu określonego przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, jednakże oba te wyjaśnienia stanowią dokumenty postępowania, które Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, ze względu na to, iż na treść wyjaśnień składały się nieznacznie zmodyfikowane dokumenty lub też dokumenty powielone niezawierające względem siebie żadnych modyfikacji, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie miał obowiązku z korzystania z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, co jednoznacznie potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „nie dopatrując się w przesłanych przez Konsorcjum Orange plikach sprzeczności wymagających dodatkowego wyjaśnienia czy konieczności rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień złożonych w pierwszej wersji”.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania, w którym to Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego art. 74 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy 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, jest zdaniem Izby zasadny w zakresie zaniechania odtajnienia treści informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. informacji zawartych w załączniku „tajemnica przedsiębiorstwa DATERA.BES”, „tajemnica przedsiębiorstwa Invoice.BES”, „tajemnica przedsiębiorstwa SHIMANO – koszty części.BES, tajemnica przedsiębiorstwa przypadki pomocy beneficjenta-3.BES dołączonych do wyjaśnień w zakresie ceny z dnia 17 marca 2023 r.

Izba zważa, że ustawa PZP wprowadza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust. 1 ustawy PZP), czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzegł w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy PZP).

Oznacza to, że w dacie składania określonej informacji (jak w niniejszej sprawie w dacie składania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny z dnia 17 marca 2023 r. z jednoczesnym złożeniem wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników dołączonych do powyższych wyjaśnień) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi przedstawić argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nieujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie następujące przesłanki:

- a. informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny,
- b. informacje muszą posiadać wartość gospodarczą,
- c. informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób,
- d. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe „wykazanie” tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia, jego ogólnikowość albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeżonych informacji.

Niewątpliwie „wykazanie” jest pojęciem szerszym od „udowodnienia”, jednakże w ocenie Izby wykazanie polega na wiarygodnym przedstawieniu okoliczności uzasadniających określone stanowisko, które dla potwierdzenia jego zasadności powinno opierać się o weryfikowalne założenia, które najczęściej znajdują oparcie w załączonych dokumentach. W związku z tym z jednej strony w zdecydowanej większości przypadków przy wykazywaniu zasadności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób uciec od

dokumentów czy dowodów, które mają potwierdzić prawidłowość takowego uzasadnienia, z drugiej natomiast strony dokumenty czy też dowody nie są konieczne dla wykazania każdej okoliczności przywołanej w uzasadnieniu zastrzeżenia.

Izba dodatkowo zważa, że obowiązki w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być wykazane przez wszystkich Konsorcjantów, a nie tylko przez Lidera Konsorcjum. Tym samym, jeżeli w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to obowiązek podjęcia działań mających na celu zachowanie ich w poufności dotyczy każdego z Konsorcjantów.

Przechodząc na kanwę niniejszej sprawy, po przeanalizowaniu wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, Izba doszła do przekonania, że ww. zastrzeżenia dotyczą zarówno Lidera Konsorcjum, tj. Orange Polska S.A., jak i drugiego z Konsorcjantów, tj. Roovee S.A., wskazując w wyjaśnieniach:

„W Roovee S.A. informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa także są chronione z zachowaniem należytej staranności. Wymagane jest zachowanie w tajemnicy informacji chronionych; informacje chronione mogą zostać udostępnione pracownikom wyłącznie po podpisaniu umowy o pracę zawierającej zapisy o zachowaniu poufności informacji oraz odbyciu szkolenia z zasad ochrony informacji; pracownicy, współpracownicy oraz osoby trzecie, którzy z racji pełnionych funkcji lub realizowanych zadań mają dostęp do informacji chronionych Wykonawcy - zobowiązani są do podpisania stosownego oświadczenia”, a na potwierdzenie powyższego oświadczenia Przystępujący złożył stosowny dowód w postaci uchwały Zarządu ROOVEE S.A. z dnia 31 grudnia 2019 r. w sprawie: przyjęcia Polityki ochrony tajemnicy informacji w ROOVEE S.A., którego treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Nadto w celu wykazania faktu podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności przez Roovee S.A. (członka Konsorcjum), należy wskazać, że jak wynika z załączonych przez Konsorcjum Orange dowodów, członek Konsorcjum 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 5/19 Dyrektora Zarządzania Zgodnością i Bezpieczeństwem Korporacyjnym – S. C. z dnia 15 stycznia 2019 r. oraz treść wyciągu z Decyzji nr 63/18

Członka Zarządu ds. Strategii i Spraw Korporacyjnych – W. D. z dnia 13 listopada 2018 r., których treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, Przystępujący wykazał, aby Partner Konsorcjum Roovee S.A. podjął działania mające na celu zachowanie informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności.

Izba zważa, że wartość gospodarczą zastrzeżonych dokumentów Przystępującego przejawia się w tym, że stanowią one szczegółową kalkulację ceny złożonej oferty, w tym odnoszą się do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz uwzględniają marżę handlową. I tak w odniesieniu do metodologii kalkulacji cenowej, Izba zwraca uwagę, że ww. kalkulacja zawiera w ramach przedmiotu umowy określoną ilość, cenę netto, wartość netto, koszty, zysk, marżę dla każdego elementu składającego się na przedmiot zamówienia, jednocześnie załączając dokumenty potwierdzające wysokość faktycznie ponoszonych przez Wykonawcę kosztów na utrzymanie systemu do obsługi systemu rowerów miejskich. Zdaniem Izby ww. informacje mają wartość gospodarczą, ponieważ w oparciu o nie konkurencja mogłaby łatwiej i precyzyjniej szacować, jak dany wykonawca wyceni swoją ofertę w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze.

Tym samym, Izba nie podziela poglądu Odwołującego, że katalog kosztów jest taki sam, ponieważ, jak słusznie zauważył Przystępujący na rozprawie „Katalog kosztów rozumiany jako wyspecyfikowane pozycje nie są takie same”.

Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt. 649/23, w którym Izba stwierdziła: „ 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”. Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07: „ 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”.

Nadto Izba nie zgadza się z Odwołującym, aby Przystępujący nie starał się „wskazać

jakichkolwiek negatywnych konsekwencji ujawnienia zastrzeżonych informacji”, podnosząc, że Przystępujący jedynie oświadczył „Pozyskanie tych informacji przez innych uczestników rynku skutkować będzie tym, że inni przedsiębiorcy będą w stanie określić, z jaką konkurencją spotkają się w przyszłości, ze szczególnym uwzględnieniem wysokości kalkulowanych cen”, albowiem Odwołujący nie zauważa, że w akapicie powyżej w wyjaśnieniach Przystępujący wyraźnie oświadczył, iż „w efekcie ich nieuprawnionego ujawnienia konkurencyjni wykonawcy mogą w konsekwencji doprowadzić do eliminowania nas z rynku, przez co możemy utracić szanse na dochody z planowanych przez nas przedsięwzięć. Skala strat jakie możemy w ten sposób ponieść odpowiada planowanym przez nas zyskom, których wysokość wynika z udzielonych wyjaśnień”. Izba nie podziela również poglądu Odwołującego, ażeby „(...) przy niemalże identycznym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanych przez Konsorcjum Orange w wyroku z dn. 21.03.2023 r. sygn. akt KIO 649/23, Krajowa Izba Odwoławcza zakwestionowała takie zastrzeżenie i nakazała odtajnić szereg dokumentów składających się na wyjaśnienia ceny”, bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 649/23 nakazała ujawnić jedynie część opisową zawartą w pkt II wyjaśnień oraz załączników nr 1-4 do wyjaśnień, natomiast pozostała część wyjaśnień została uznana za skutecznie zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba zważa, że w niniejszym postępowaniu Przystępujący ponownie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść załączników: „tajemnica przedsiębiorstwa DATERA.BES”, „tajemnica przedsiębiorstwa Invoice.BES”, „tajemnica przedsiębiorstwa SHIMANO – koszty części.BES, które to dokumenty w ocenie Izby straciły walor tajemnicy przedsiębiorstwa, ze względu na to, iż zostały one odtajnione w postępowaniu prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt. KIO 649/23, o czym jednoznacznie świadczy oświadczenie złożone przez Przystępującego na rozprawie: „Przystępujący potwierdza, że dokumenty w postaci tajemnicy przedsiębiorstwa Datera, invoice oraz Shimano zostały odtajnione w postępowaniu KIO 649/23. Są to dokumenty tożsame.”

Nadto Izba zgadza się z Odwołującym, że w nieujawnionej części wyjaśnień w rozdz. IV w informacjach dodatkowych zawarto informacje na temat pomocy w ramach tarcz antykryzysowych oraz pomocy de minimis na łączną kwotę 237.935,51 zł brutto. Tak więc w ocenie Izby, informacje m.in. o wartości pomocy, formie pomocy czy podmiotu udzielającego pomocy zawarte w załączniku „tajemnica przedsiębiorstwa przypadki pomocy beneficjenta-3.BES” nie stanowią takiego źródła informacji dla konkurencji, które powodowałyby jakiegokolwiek naruszenie know-how Przystępującego, a tym samym nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa. O tym, że powyższe informacje nie stanowią tajemnicy

przedsiębiorstwa świadczą również dowody wniesione przez Odwołującego na rozprawie w postaci „ROOVEE Spółka Akcyjna, Sprawozdanie finansowe za rok zakończony dnia 31 grudnia 2020 r., Dodatkowe informacje i objaśnienia oraz „ROOVEE Spółka Akcyjna, Sprawozdanie finansowe za rok zakończony dnia 31 grudnia 2021 r., Dodatkowe informacje i objaśnienia”. Warto zwrócić także uwagę, że Przystępujący na rozprawie nie odniósł się wcale do twierdzeń Odwołującego ani do dowodów.

Konkludując, w ocenie Izby, Przystępujący wykazał w dostateczny sposób, że podjął odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje, będące przedmiotem skutecznego zastrzeżenia zachować w poufności oraz że nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej w stosunku do pozostałych załączników dołączonych do wyjaśnień ceny z dnia 17 marca 2023 r. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W konsekwencji, Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, będący zarzutem wynikowym, jak również art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 9 ust. 3 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: