

WYROK
z dnia 15 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu** przy udziale **NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 29 października 2019 r. oraz z dnia 28 listopada 2019 r. dotyczących wyliczenia ceny wraz z załącznikami.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi transmisji danych w sieci rozległej WAN resortu finansów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2019 r. pod numerem 2019/S 174-424558.

Odwołujący - Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 grudnia 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił

naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonych w postępowaniu przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „Netia”), tj. pisma z dnia 29 października 2019 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, z dnia 23 października 2019 r. oraz pisma Przystępującego z dnia 28 listopada 2019 r. złożonego w odpowiedzi na uzupełniające wezwanie Zamawiającego z dnia 22 listopada 2019r., a ujawnienie i udostępnienie jedynie części pisma Netia z dnia 29 października 2019 r. - dwie pierwsze strony oraz strony 6 i 7 zawierające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny oraz zaniechanie ujawnienia i udostępnienia w całości pisma wykonawcy Netia z dnia 28 listopada 2019r.,
2. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm. dalej: „u.z.n.k”) poprzez uznanie, że informacje zawarte we wskazanych w pkt 1 oświadczeniach i dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Netia, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
3. art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą jawności i przejrzystości oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać zweryfikowana przez Odwołującego pod kątem wykazania przez Przystępującego, iż nie zaoferował rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, z uwagi na nieujawnienie i niedostępność Odwołującemu w całości treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących

wyliczenia ceny lub kosztu złożonych w postępowaniu przez Netia, tj. pisma wykonawcy Netia z dnia 29 października 2019 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, z dnia 23 października 2019 r. oraz pisma wykonawcy Netia z dnia 28 listopada 2019r. złożonego w odpowiedzi na uzupełniające wezwanie Zamawiającego z dnia 22 listopada 2019r., pomimo że Netia nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, co stanowi również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia z uwagi na fakt, iż oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

a ponadto z ostrożności procesowej, w przypadku gdy Krajowa Izba Odwoławcza uzna, iż termin wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej biegnie od dnia zawiadomienia przez Zamawiającego o dokonaniu tej czynności, bez względu na fakt nieujawnienia i niedostępności Odwołującemu pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonych w postępowaniu przez Netia, niezbędnych do zbadania i oceny oferty tego wykonawcy pod kątem zaistnienia podstaw odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp:

4. art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez:

a) niewłaściwą ocenę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, udzielonych przez wykonawcę Netia i uznanie, że wyjaśnienia te wraz ze złożonymi dowodami są wystarczające do wykazania, że wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

b) zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a to z powodu nieuwzględnienia bądź zaniżenia niezbędnych kosztów świadczenia usług dotyczących zakupu urządzeń dedykowanych do tego projektu, zapewnienia medium (światłowodowe lub radiowe), a nadto nie uwzględnienia kwot kar umownych związanych z awariami łączy.

W związku z tak przedstawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty wykonawcy Netia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, tj. z uwagi, iż oferta ta jest niezgodna z ustawą oraz że jej złożenie z uwagi na niezasadne zastrzeżenie tajemnicy informacji jej dotyczących stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę tego żądania (nr 2), nakazanie Zamawiającemu:

3. odtajnienia i udostępnienia pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonych w postępowaniu przez Netia;

a nadto ewentualnie w przypadku, gdy Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględni zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnej treści oświadczeń i dokumentów, wraz z załącznikami, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonych w postępowaniu przez Wykonawcę Netia S.A.:

4. dokonanie ponownego badania i oceny wyjaśnień wykonawcy Netia dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu;

5. odrzucenia oferty wykonawcy Netia na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

6. przeprowadzenia ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że jawność postępowania, wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp, jest naczelną zasadą, na której opiera się całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Realizuje konstytucyjną zasadę jawności działań podmiotów publicznych. Zasada jawności nakazuje Zamawiającemu zapewnić powszechny dostęp do informacji o zamówieniu. Tym bardziej że jawność przesądza o skuteczności weryfikacji działań zamawiającego, sformułowanie jednoznacznie brzmiącej zasady stało się niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Wyd. 15 Legalis 2019), a zatem jest ona niezbędnym elementem kontroli także przez społeczeństwo sposobu wydatkowania pieniędzy publicznych. Ograniczenie dostępu wykonawców do informacji związanych z postępowaniem zostało przewidziane w art. 8 ust. 3 Pzp. Zgodnie z jego treścią, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przepis stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, zatem możliwość jego stosowania powinna podlegać ścisłej wykładni tak, by zastrzeżenie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie było przez wykonawców nadużywane. Stąd orzecznictwo, zarówno krajowe, jak i Trybunału Sprawiedliwości UE, kładzie nacisk na zbilansowanie interesu wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji z koniecznością zapewnienia ochrony prawnej innym wykonawcom. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa - zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k 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 z legalnej definicji pojęcia "tajemnica przedsiębiorstwa" wynika, iż podstawą faktyczną uznania danych informacji za podlegające ochronie jest ich charakter, okoliczność, że nie są one powszechnie znane albo łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji oraz podjęte przez wykonawcę czynności zmierzające do ich ochrony i zachowania poufnego charakteru. Podkreślenia wymaga, że aby wykonawca mógł określone informacje skutecznie zastrzec tajemnicą przedsiębiorstwa, wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k muszą być spełnione łącznie. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzeżona informacja spełnia łącznie wystąpienie następujących o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k:

- 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.

Odwołujący wskazał, że w kontekście obowiązku wykazania spełniania tych przesłanek podkreślenia wymaga, że nie jest wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek, konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w konkretnych okolicznościach. Powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia określone okoliczności muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, a także powinny być - stosownie do możliwości i potrzeb - poparte dowodami.

Odwołujący podkreślił, że Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny, obejmującego dwie strony, wskazał, że: *„zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą: Informacja o poszczególnych elementach ceny pozwoliłaby konkurencyjnym wykonawcom powziąć wiedzę na temat polityki cenowej Wykonawcy i warunkach zatrudnienia personelu Wykonawcy. Podobnie, informacje o uzyskanych upustach i rabatach oferowanych przez producentów urządzeń, których polityka cenowa stanowi najwyżej chronioną tajemnicę. Prezentowana w ofercie pracochłonność*

konsultantów wraz ze wskazaniem stawek za godzinę roboczą tych konsultantów stanowi zatem tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.” Pozostała część uzasadnienia zawiera przywołanie poglądów orzecznictwa na temat, jaka informacja może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy oraz opis środków zastosowanych przez wykonawcę w celu zachowania poufności informacji.

Brzmienie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. wskazuje, że ocena czy wykonawca podjął odpowiednie działania mające na celu utrzymanie określonych informacji w poufności powinna być dokonywana przez pryzmat wymaganej od wykonawcy należytej staranności. Odpowiedni poziom tej staranności powinien być oceniany z uwzględnieniem przede wszystkim sytuacji określonego wykonawcy, w szczególności formy i skali prowadzonej przez niego działalności, specyfiki rynku i charakteru zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji. Zamawiający zobligowany jest do zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może przy tym polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, co do spełnienia wymaganych przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., ale powinien samodzielnie przeprowadzić ocenę zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to może stać się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy Zamawiający, po przeprowadzeniu stosownego badania, dochowując należytej staranności, pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przeciwnym razie - jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 4.08.2015 r., sygn. akt I OSK 1639/14 - o dostępie do informacji publicznej, ujmując rzecz w pewnym uproszczeniu, decydowałby sam wykonawca.

Zamawiający, dokonując badania zasadności utajnienia części oferty, powinien rozważyć, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje - mogące mieć charakter poufny - faktycznie posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania, ograniczając tym samym innym wykonawcom zapewnienie ochrony prawnej (za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3.10.2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 oraz wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5.09.2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00). Konieczne jest także zweryfikowanie czy wykonawca wykazał występowanie wszystkich przesłanek pozwalających na objęcie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie przeprowadził badania i oceny wyjaśnień udzielonych przez Przystępujący zgodnie z wyżej opisanymi zasadami. Przystępujący nie wykazał, a jedynie stwierdził, że zastrzegane informacje są o charakterze „technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą”. Przystępujący nie wykazał również, że dane informacje

zawarte w wyjaśnieniach ceny (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiadają określoną wartość gospodarczą.

W uzasadnieniu przedłożonym przez Przystępującego brak jest jakiegokolwiek odniesienia się do wartości gospodarczej zastrzeganych jako poufne informacji, a ponadto wykonawca ten nie wykazał, istnienia związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą i nie uprawdopodobnił, a z pewnością nie udowodnił, możliwości poniesienia tej szkody. Przystępujący w przekazanym uzasadnieniu wskazał tylko na jedną z kilku wymaganych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przesłanek. Pomimo tego Zamawiający uznał, że zastrzeżenia wypełniają przesłanki definiujące tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji, zdaniem Odwoływającego, Przystępujący nie sprostął ciężarowi łącznego udowodnienia przesłanek definicji legalnej pojęcia "tajemnicy przedsiębiorstwa". W konsekwencji zaś Zamawiający z naruszeniem art. 8 ust. 1 i ust. 3 Pzp zaniechał czynności odtajnienia spornych informacji i udostępniania ich Odwoływacemu. Zamawiający dokonał oceny oferty w sytuacji, kiedy w sposób bezpodstawny utrzymał dokonane przez wykonawcę Netia zastrzeżenie treści w sytuacji, kiedy jakiegokolwiek przesłanki w tym zakresie nie zostały spełnione. Badanie zasadności zastrzeżenia dokonywane przez Zamawiającego powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu i złożonych ogólnikowych wyjaśnieniach, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżone informacje w sposób pełny i obiektywny spełniają wymagania art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zamawiający, który stwierdzi oczywisty brak zasadności zastrzeżenia w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa winien rozważyć możliwość odrzucenia takiej oferty, do czego obliguje go wprost treść art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp. Natomiast w przypadku, kiedy z analizy podstaw zastrzeżenia możliwe będzie wywiedzenie, iż zastrzeżenie było niezasadne i miało na celu uniemożliwienie innym wykonawców weryfikacji danej oferty to Zamawiający winien dokonać jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp uznając, iż dokonane zastrzeżenia stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając zarzut ewentualny, Odwoływający wskazał, że wobec braku możliwości zapoznają się przez Odwoływającego z wyjaśnieniami udzielonymi przez Przystępującego dotyczącymi wyliczenia ceny lub kosztu, oparty jest na porównaniu warunków, kosztów i cen dotyczących przedmiotowego zamówienia oraz zamówienia prowadzonego w 2018 r. W 2018 r. Odwoływający i wykonawca Netia S.A. złożyli oferty z cenami zbliżonymi wysokością, przy tym dla zamówienia o zakresie mniejszym niż aktualnie udzielane:

- Netia S.A. cena 8 597 547,48 zł brutto,
- Orange Polska S.A. cena - 8 162 545,68 zł brutto.

Podkreślił, iż dysponował on w zdecydowanej wielkości łączami w zakresie pokrywającym wymagania Zamawiającego w postępowaniu. Zakres w postępowaniu dla umowy zawieranej na okres 12 miesięcy wyglądał następująco:

W aktualnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu zakres jest zdecydowanie większy, a różnice w cenie oferty znaczne pomiędzy Odwołującym - operatorem, który już świadczy usługi w zdecydowanej większości łączy o zbliżonych przepustowościach wymaganych przez Zamawiającego, a Netia S.A. - operatorem, który ponosi dodatkowe koszty związane z koniecznością instalacji ponad 700 portów w całej Polsce. Pamiętając o tym że wykonawca Netia S.A. musi zainstalować wymagane łącza w wymaganym przez Zamawiającego terminie, nie narażając się na ryzyko poniesienia kar za nieterminowe uruchomienie usług (co wydaje się mało prawdopodobne), różnica w cenie ofert jest istotna:

- Netia S.A. cena 20 600 467,10 brutto,
- Orange Polska S.A. cena 29 829 698,80 brutto, przy poniższej liczbie łączy:

Odwołujący podkreślił, że łącza wymagające zainstalowania najtańszych routerów od 1 do 18 Mbit/s w ostatnim roku trwania umowy zostały całkowicie zmigrowane do wyższych przepustowości. To wymaga zdecydowanie wyższych kosztów świadczenia usługi, ze względu na dwa aspekty:

- łącza powyżej 8-10 Mbit/s wymagają medium światłowodowego lub dość awaryjnego medium radiowego co wiąże się z koniecznością dodatkowych inwestycji bądź zakupów dostępow radiowych od operatorów świadczących takie usługi na terenie polski. To z kolei generuje większe koszty niż własna infrastruktura. Operatorzy tacy jak Odwołujący czy wykonawca Netia S.A. nie posiadają własnych rozwiązań radiowych, dlatego muszą je kupić na rynku w cenie, która zawiera marżę dla operatora świadczącego przedmiotowe usługi.
- przepustowości powyżej 8-10 Mbit/s wymagają urządzeń (routerów), które kupowane są pod dany projekt, jako że żaden z wykonawców nie pozwoliłby sobie na zamrożenie środków finansowych dla urządzeń, które nie są stosowane do typowych instalacji sieci WAN o mniejszych przepustowościach, których jest zdecydowana większość na rynku polskim. Tak duże przepustowości sieci WAN, jak zamawiane przez Zamawiającego w tym postępowaniu, nie są standardem rynkowym. Standard rynkowy łączy, a tym samym routerów, które wykonawcy kupują na potrzeby bieżące, mieści się w zakresie 1-6 Mbit/s.

Zatem pod każdy projekt takiej wielkości niezbędne jest dokonanie stosownego zakupu dedykowanego pod potrzeby Zamawiającego i zapewnienie warstwy transportowej, jaką jest medium światłowodowe lub radiowe.

W ocenie Odwołującego, Przystępujący nie uwzględnił również w cenie oferty odpowiedniej kwoty na pokrycie kar umownych z tytułu awarii łączy. Uwzględniając okoliczności postępowania należy stwierdzić, iż nie można tego ryzyka zminimalizować w

takim stopniu, by nie miało wpływu na cenę oferty. Zamówienie dotyczy bardzo dużej sieci, która nawet w przypadku bardzo dużego zakresu mniej awaryjnego medium, jakim jest światłowód, opiera się również na łączach radiowych, na których element awaryjności jest znaczący. Należy podkreślić, iż Netia posiada dużo mniejszą liczbę łączy w technologii światłowodowej niż Odwołujący (ilość łączy światłowodowych w 2018 r.: Netia S.A. - 520, Orange Polska S.A. - 600; ilość łączy światłowodowych w obecnym postępowaniu: Netia S.A. - 526, Orange Polska S.A. - 690).

W ocenie Odwołującego, Netia nie przewidziała także adekwatnej kwoty na ewentualne kary umowne. Co więcej, prawdopodobnie nie przewidziała również adekwatnej kwoty na pokrycie kar związanych z nieuruchomieniem sieci w terminie określonym w warunkach przewidzianych przez Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 stycznia 2020 r. wniósł o:

1. odrzucenie odwołania w części obejmującej zarzuty o numerach 1-3 (zgodnie z numeracją wskazaną w odwołaniu),
2. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, ewentualnie,
3. oddalenie odwołanie w całości.

Uzasadniając powyższe wskazał, że Odwołujący sformułował dwie grupy zarzutów. W punktach 1-3 (zgodnie z numeracją zastosowaną w odwołaniu) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie ujawnienia i udostępnienia oświadczeń i dokumentów wykonawcy Netia, na skutek błędnego uznania, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Ostatni z zarzutów odwołania (zarzut nr 4) dotyczy nieprawidłowej zdaniem Odwołującego oceny wyjaśnień oraz uznania, iż wyjaśnienia Netii są wystarczające do wykazania, że cena oferty przystępującego nie jest ceną rażąco niską, a w konsekwencji brak jest podstaw do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny oferty.

W ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn:

- I. Zarzuty wniesione po terminie określonym w ustawie.

Zarzuty sformułowane w punktach 1-3 odwołania są spóźnione, w związku z czym odwołanie w tej części podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołanie od czynności zaniechania odtajnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Wyjaśnienia składane na wezwanie np. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 Pzp, stanowią

integralny element każdej oferty i podlegają udostępnieniu zgodnie z zasadami udostępniania ofert. Oznacza to, że jeżeli zamawiający posiada takie wyjaśnienia i otrzyma wniosek o ich udostępnienie to musi je udostępnić niezwłocznie. Z orzecznictwa wynika, że bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie zasadności zastrzeżenia informacji rozpoczyna się od dnia złożenia zastrzeżonych dokumentów (por. KIO 2214/17).

W związku z tym, że pismo Przystępującego z zastrzeżeniem informacji poufnych zostało złożone w dniu 29 października 2019 r., zgodnie z powyższym poglądem już w tym dniu rozpoczął bieg termin na wniesienia na czynność zaniechania ujawnienia informacji. Nawet przyjmując bardziej liberalne stanowisko, przed dniem 12 grudnia 2019 r. Odwołujący miał wiele możliwości powzięcia informacji o złożonych wyjaśnieniach Netii z dnia 29 października 2019 r. oraz o zastrzeżeniu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacja o tym dokumencie znajduje się w treści protokołu posiedzenia komisji nr 6 z dnia 22 listopada 2019 r. oraz w treści protokołu posiedzenia komisji nr 7 z dnia 29 listopada 2019r., w którym wprost została wyartykułowana informacja, iż zamawiający uwzględnia zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz uznaje ofertę Netii za najwyższej ocenioną.

Odwołujący nie dochował należytej staranności i dopiero w dniu 12 grudnia 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji, choć miał obiektywną możliwość do wcześniejszego powzięcia informacji w tym zakresie. W wyniku zawinionej zwłoki odwołującego podniesione na obecnym etapie postępowania zarzuty związane z zastrzeżeniem przez Netię informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, są spóźnione.

Odwołanie wniesione po terminie podlega odrzuceniu. Połączenie zarzutów spóźnionych z zarzutami wniesionymi w terminie, nie może skutkować sanowaniem naruszenia terminu na wniesienie odwołania, który jako termin zawity nie podlega przywróceniu. W związku z tym, odwołanie w części obejmującej spóźnione zarzuty podlega odrzuceniu. Takie rozstrzygnięcie zapadło w sprawie KIO 940/19.

Podsumowując, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w części obejmującej zarzuty nr 1-3 odwołania, analogicznie jak w przytoczonym powyżej wyroku KIO 940/19.

Zamawiający wskazał, że w sytuacji, gdy Izba nie podzieli poglądu o możliwości odrzucenia odwołania w części, to wnosi o oddalenie zarzutów nr 1-3 odwołania jako wniesionych po terminie, bez ich merytorycznego rozpoznania, co również znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie Izby.

Z ostrożności procesowej, gdyby Izba nie podzielała przedstawionej powyżej argumentacji, również ocena merytoryczna zarzutów nr 1-3 winna skutkować ich oddaleniem.

Zdaniem Zamawiającego zastrzeżenie przez Netia części informacji zawartych w pismach z dnia 29 października 2019 r. oraz 28 listopada 2019 r. jako tajemnicy

przedsiębiorstwa jest skuteczne. Wyjaśnił, że przeprowadził analizę złożonych wyjaśnień i uznał, że w zakresie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego zostały spełnione przesłanki określone w art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w związku z czym brak jest podstaw do ujawnienia zastrzeżonych informacji.

W ocenie Zamawiającego, Przystępujący w sposób należyty wykazał, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, organizacyjny lub inny posiadający z perspektywy przedsiębiorcy wartość gospodarczą. Sposób zestawienia poszczególnych elementów wyjaśnień pozwala na poznanie sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia, know-how wykonawcy, rozkładu kosztów, posiadanych zasobach sprzętowych, źródłach oraz warunkach pozyskania sprzętu, warunkach zatrudnienia personelu. Są to informacje o kluczowym znaczeniu biznesowym dla przedsiębiorcy które posiadają wymierną wartość gospodarczą, utrzymanie ich w tajemnicy przed konkurencją ma istotne znaczenie dla budowania przewagi na rynku. Przystępujący wykazał również, że podjął rozsądne, niezbędne działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Zdaniem zamawiającego wykazane przez spółkę Netia instrumenty ochrony natury technicznej (ograniczenie dostępu do nośników informacji, kontrola dostępu) jak i prawnej (umowy o zachowaniu poufności, ostrzeżenia umieszczane na dokumentach) są odpowiednie i powszechnie stosowane w zbliżonych okolicznościach do zachowania zastrzeżonych informacji w tajemnicy.

Zamawiający stwierdził również, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut niewłaściwej oceny przez niego wyjaśnień Netia dotyczących rażąco niskiej ceny oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Podkreślił, że Przystępujący w sposób wyczerpujący wykazał, że cena za realizację przedmiotowego zamówienia jest ceną realną i nie spełnia przesłanek rażąco niskiej ceny. Złożone wyjaśnienia są kompletne, czytelne, poparte dowodami, wskazują wszystkie istotne elementy cenotwórcze zamówienia oraz godziwy zysk. W konsekwencji uznał, że cena oferty jest ceną realną i nie spełnia przesłanek rażąco niskiej ceny. Wyjaśnił, że sformułowany przez Odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny jest oparty na okolicznościach i argumentacji, które już ze swej natury nie są w stanie skutecznie podważyć ani realności ceny oferty Netii, ani też rzetelności złożonych wyjaśnień. Okoliczność, iż cena zaoferowana przez odwołującego, który obecnie świadczy usługę, jest o ponad 9 mln złotych wyższa, niż cena zaoferowana przez Netię, w najmniejszym stopniu nie przesądza o braku realności ceny zaoferowanej przez spółkę Netia. Podobnie porównanie warunków realizacji usługi w oparciu o umowę z 2018 r. z warunkami określonymi w niniejszym postępowaniu i wzorze umowy, również nie prowadzi do wniosku o rażącej cenie zaoferowanej przez spółkę Netia. Parametry techniczne przyszłej usługi transmisji danych w sieci WAN, okres prac

przygotowawczych oraz okres świadczenia usługi i związany z nim rozkład kosztów, obecnie są diametralnie różne w stosunku do zakresu świadczeń, warunków i terminów realizacji usługi opartej na umowie z 2018 r.

Tym samym argumentacja Odwołującego, która ma na celu wykazanie zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, z faktycznego i prawnego punktu widzenia jest całkowicie obojętna dla okoliczności, która ma być tymi środkami wykazana.

Zamawiający podkreślił, że zmiana rozkładu ciężaru dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny, nie wyłącza po stronie Odwołującego obowiązku wykazania takiego zarzutu. W niniejszym postępowaniu Odwołujący podniósł natomiast argumentację, która nie prowadzi do wniosku o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego i w związku z tym, już z tej przyczyny zarzut podlega oddaleniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

Odnosząc się do zarzutów nr 1, 2 i 3 odwołania dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 96 ust. 3 Pzp w pierwszej kolejności obowiązkiem Izby było ustalenie, czy – jak wskazywał Zamawiający – zarzuty te są zarzutami spóźnionymi.

Odnosząc się do powyższych zarzutów Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, co do tego, że termin na wniesienie odwołania na czynność Zamawiającego w myśl art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp rozpoczynał bieg od chwili złożenia przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, tj. w dniu 29 października 2019r. Izba ustaliła

bowiem, że brak jest dowodu na to, że Odwołujący w tej dacie powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Izba w rozpoznawanym stanie faktycznym wzięła pod uwagę, że ustawodawca nie określił konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do którego Zamawiający powinien zakończyć tę weryfikację. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp ostatecznym momentem, od którego wszystkie dokumenty postępowania podlegają udostępnieniu jest moment wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania. Tym samym zasadą jest, że o zaniechaniu Zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można w sposób pewny mówić od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wprawdzie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przewidziane są wyjątki od tej zasady, to jednak są one ujmowane w wyjątkowych sytuacjach i dopuszczalne w określonych stanach faktycznych. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie można było ustalić, że Odwołujący przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej powziął wiadomość o tym, że Zamawiający zakończył badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Netia. Zamawiający o wyniku swojej czynności i fakcie jej zakończenia nie informował przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby musiałby istnieć dowód na to, że oświadczenie o zakończeniu badania dotarło do Odwołującego. W tym stanie faktycznym taka okoliczność nie miała miejsca i na podstawie powyższego Izba wywiodła, że nie ma podstaw do przyjęcia, że dopuszczalne jest zastosowanie wyjątku od zasady, że Zamawiający ma prawo badać skuteczność zastrzeżenia, aż do wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji Izba oceniła, że zarzuty odwołania zawarte w punktach 1, 2 oraz 3 nie są spóźnione i zasługują na ich merytoryczne rozpoznanie.

Przechodząc więc do rozpoznania powyższych zarzutów na wstępie wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów

przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż ratio legis ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z ww. 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.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż Przystępujący, do którego należy inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że w związku z faktem, że przedmiotem sformułowanych przez Odwołującego zarzutów było, że Przystępujący nie wykazał, a jedynie stwierdził, że zastrzegane informacje są o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą oraz że Przystępujący nie wykazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny posiadają określoną wartość gospodarczą, Izba uwzględniając treść przepisu art. 192

ust. 7 Pzp orzekła jedynie w granicach zarzutów w odwołaniu zawartych. W konsekwencji skład orzekający nie oceniał, czy Przystępujący zastrzegając jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny wykazał również pozostałe przesłanki wynikające z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., tj., że informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz że podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Uwzględniając więc powyższy zakres, w ocenie składu orzekającego Przystępujący nie wykazał, iż zastrzegane przez niego informacje mają wartość gospodarczą. Po pierwsze wskazać należy, że ustawodawca w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka "posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji "innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie UZNK podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się "wartością gospodarczą" (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Swaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko- Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86 str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego, że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, 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.

W ocenie składu orzekającego, wykonawca w sposób lakoniczny i niewystarczający opisał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Przystępujący wskazał po pierwsze, iż wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zawierają informację dotyczącą stosowanej przez wykonawcę polityki cenowej. Izba stoi na stanowisku, że ujawnienie wyjaśnień dotyczących

zaoferowanej ceny za wykonanie konkretnej usługi w konkretnym postępowaniu nie może być automatycznie utożsamione z ujawnieniem polityki cenowej wykonawcy. Przystępujący w żaden sposób nie zdefiniował pojęcia polityki cenowej, nie wskazał jakie czynniki krótkoterminowe lub długoterminowe składają się na ową politykę cenową i w jaki sposób zostały one ujęte w wycenie przedmiotu zamówienia, nie wyjaśnił, gdzie ta polityka cenowa jest opisana w treści wyjaśnień i w jaki sposób jej ujawnienie w postępowaniu może spowodować utratę pozycji rynkowej wykonawcy. Nie wykazał wyjątkowego czy unikalnego charakteru stosowanej polityki cenowej, której ewentualne ujawnienie konkurencji mogłaby go narazić na szkodę.

Dalej Przystępujący powoływał się na możliwość uzyskania przez inne podmioty informacji o warunkach zatrudnienia jego personelu, o uzyskanych upustach i rabatach oferowanych przez producentów urządzeń, których polityka cenowa stanowi najwyżej chronioną tajemnicę. Skład orzekający uznał, że powyższe oświadczenia Przystępującego mają charakter ogólny i lakoniczny, a Przystępujący nie wykazał, że producenci urządzeń oferują mu jakieś wyjątkowe rabaty, upusty, których nie oferują konkurentom albo że dotarcie do takich kontrahentów jest bardzo utrudnione.

Podkreślić również należy, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Natomiast jak wynika ze sporządzonego przez Przystępującego uzasadnienia „informacje te zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania”, w związku z czym już ta okoliczność powoduje, że nie można ich uznać za informacje posiadające wartość gospodarczą. Jednakże fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto Przystępujący w żaden sposób nie wykazał istnienia związku przyczynowo skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą i nie uprawdopodobnił możliwości poniesienia takiej szkody.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że w złożonym przez Przystępującego uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 29 października 2019r. brak jakichkolwiek informacji co do powodów uznania, że dane dotyczące polityki cenowej wykonawcy czy też sposób wynagradzania wykonawców, upusty i rabaty mają wartość gospodarczą, techniczną czy organizacyjną dla tego wykonawcy. Wykonawca poprzestał w tym zakresie jedynie na odwołaniu się w tym zakresie do ogólnych stwierdzeń i orzecznictwa. Z tych względów Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał ziszczenia się

jednej z przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa tj. nie wykazał, że informacje przez niego chronione mają wartość gospodarczą.

W konsekwencji Izba za zasadne uznała zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp.

Wobec potwierdzenia się powyższych zarzutów polegających na zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Netia, Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę. W przedmiotowej sprawie poczynione przez Odwołującego zastrzeżenie należy uznać za uzasadnione, gdyż brak znajomości dokumentów złożonych przez Przystępującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, uniemożliwia mu sformułowanie zarzutów wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego, opartych na faktycznych podstawach. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż dopiero w przypadku, gdy Zamawiający udostępni Odwołującemu żądane dokumenty, możliwe będzie skonstruowanie zarzutów względem Zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, to Izba zarzut ten uznała za niezasadny. Wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał, że celem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny było celowe uniemożliwienie innym wykonawcom zapoznania się z treścią złożonych przez niego wyjaśnień.

Również skład orzekający za niezasadny uznał zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp stwierdzając, że Odwołujący nie wykazał, że objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: