

WYROK
z dnia 17 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2022 r. przez wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonanego przez wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w piśmie z dnia 22 listopada 2022 r. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” oraz w załącznikach do tego pisma w całości;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na 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 PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem pn. „Usługa transmisji danych w sieci WAN na potrzeby PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w latach 2023 - 2027” (numer postępowania: 6060/ILG 8/18365/05431/21/P). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 065-172618. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 30 grudnia 2022 r. wykonawca Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”), tj. wyjaśnień ceny w całości, załączników do wyjaśnień ceny w całości, uzasadnienia objęcia wyjaśnień ceny tajemnicą przedsiębiorstwa w całości (zał. nr 1 do wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Netia) pomimo, iż wyjaśnienia wraz z załącznikami w całości nie mogły zostać utajnione, a uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie korespondowało z zakresem utajnianych dokumentów, a także było niewystarczające do utajnienia wyżej wymienionych dokumentów w zakresie, w jakim nie zostały udostępnione Odwołującemu, co stanowi naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia ww. dokumentów oraz ich udostępnienia Odwołującemu.

Uzasadniając zarzut Odwołujący przedstawił uwagi ogólne odnoszące się do zasady jawności postępowania, wyrażonej w art. 18 ustawy Pzp, podnosząc, iż Przystępujący nie sprostął wynikającym z ustawy wymogom dla skutecznego utajnienia wyjaśnień ceny wraz z załącznikami oraz części treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że Przystępujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa całość wyjaśnień ceny, co oznacza, że zastrzegł dokument, a nie informacje, a to jest niezgodne z ustawą Pzp. Wskazał w tym zakresie na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. w sprawie o sygnaturze akt XXIII Zs 53/21. Dodał, iż jeśli nawet przyjąć, że cały dokument zawiera tylko i wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to wykonawca, w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp byłby zobowiązany do

przedstawienia uzasadnienia dla każdej z informacji z osobna, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Następnie Odwołujący wskazał, iż uzasadnienie tajemnicy dotyczące wyjaśnień ceny, złożone przez Przystępującego nie koresponduje z zakresem utajnionych dokumentów. Zauważył, iż Przystępujący zastrzegł cały dokument wyjaśnień ceny, lecz uzasadnienie tajemnicy złożone wraz z wyjaśnieniami ceny, stanowiące zał. nr 1 do wyjaśnień, dotyczy informacji na temat „(i) szczegółowych zasad kalkulacji ceny zawierających składniki ceny skalkulowanej na potrzeby Postępowania; (ii) umów zawartych z kontrahentami Wykonawcy i ofert dedykowanych; (iii) zaświadczenia z Departamentu Zasobów Ludzkich Wykonawcy zawierające informację o stawkach godzinowych stosowanych w grupie Netia”. Oznacza to, że Przystępujący nie złożył uzasadnienia tajemnicy dla zastrzeganych informacji, a w konsekwencji, że nie spełnił obowiązków wynikających z art. 18 ust. 3 Pzp. Zamawiający nie udostępnił również załączników do wyjaśnień, nawet spis załączników do wyjaśnień ceny został uznany przez Zamawiającego za tajemnicę przedsiębiorstwa, tymczasem uzasadnienie tajemnicy w sposób wyraźny odnosi się jedynie do złożonych wyjaśnień, co wynika z treści przedmiotowego dokumentu uzasadnieniu tajemnicy nie wskazuje, jakie informacje, w których załącznikach i z jakiego powodu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak również uzasadnienia dla objęcia tajemnicą spisu załączników. Przystępujący nie wymienia w tekście uzasadnienia żadnych załączników, więc tego uzasadnienia nie można przypisać do żadnego załącznika. Niezależnie od tego oświadczenie wykonawcy to jedynie deklaracja, że załączniki te stanowią część polityki cenowej, a nie tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł ponadto, że Przystępujący utajnił również część samego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie przedstawiając powodów, dla których te informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zauważył, że konsekwencją utajnienia całego dokumentu, przy jednoczesnym ogólnym uzasadnieniu tajemnicy nie odnoszącym się do poszczególnych informacji zawartych w wyjaśnieniach, lecz do określonych rodzajów informacji jest to, że Przystępujący przerzucił swój obowiązek uzasadnienia tajemnicy na Zamawiającego. Utajnienie całych wyjaśnień i złożenie uzasadnienia odnoszącego się do rodzajów informacji, a nie konkretnych informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach sposobu obliczenia ceny sprawiło, że to Zamawiający musiał dopasowywać uzasadnienie do poszczególnych informacji, przesądzając o tym, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie weryfikować, czy przedstawione uzasadnienie dla utajnienia danej informacji jest prawidłowe. Zamawiający za Przystępującego musiał podjąć decyzję o utajnieniu załączników do wyjaśnień, a także utajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo braku uzasadnienia w

tym zakresie. Stanowi to zupełnie zaprzeczenie wymagań nałożonych na wykonawcę, który zamierza utajnić informacje składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a które wynikają z art. 18 ust. 3 ustawy. To na wykonawcy bowiem spoczywa ciężar wykazania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak była o tym mowa powyżej, nie jest rolą Zamawiającego doszukiwanie się uzasadnienia dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przedstawiając szczegółowe uwagi do uzasadnienia tajemnicy złożonego przez Przystępującego Odwołujący podkreślił, że odniesie się do uzasadnienia tajemnicy złożonego przez Przystępującego tylko w takim zakresie, w jakim jest to możliwe na podstawie udostępnionych Odwołującemu dokumentów. Utajnienie całości wyjaśnień, wszystkich załączników, a nawet spisu załączników, jak również części samego uzasadnienia tajemnicy, uniemożliwia w istocie nawet określenie, czy w wyjaśnieniach ceny, były rzeczywiście te informacje, których dotyczy uzasadnienie tajemnicy, a przede wszystkim, czy nie było tam innych informacji, które w świetle złożonego przez Przystępującego uzasadnienia tajemnicy nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Następnie Odwołujący zauważył, iż Przystępujący w uzasadnieniu konsekwentnie podkreśla, iż wyjaśnienia, a w konsekwencji zawarte w nich informacje, dotyczą kalkulacji ceny oferty w „Postępowaniu” (Odwołujący zacytował odpowiednie fragmenty). Zdaniem Odwołującego informacje te nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż w innych postępowaniach nie mają one znaczenia. Są właściwe tylko dla tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym nie wpływają na sytuację wykonawcy na rynku, a w konsekwencji nie można mówić o ich wartości gospodarczej. Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, iż Przystępujący wskazuje na to, że utajnione informacje, będące know-how wykonawcy rzekomo wskazują na „tryb udzielania przez Wykonawcę zamówień na usługi i dostawy, sposób kalkulacji wynagrodzenia, harmonogramy jego zapłaty (w tym wysokość udzielanych zaliczek lub ich braku), zakres udzielonych praw autorskich, zasady udzielania gwarancji, zapłaty kar umownych, zasady doboru pracowników o określonych kompetencjach, którzy będą realizować zamówienie, etc.”. Przystępujący stwierdza, że „Niewątpliwie takie informacje należy uznać jako know-how wykonawcy i poddać najwyższej ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa”. Odwołujący podkreślił, że sam Przystępujący nie dokonał w istocie selekcji tych informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż wskazany katalog jest katalogiem otwartym, na co wskazuje posłużenie się wyrażeniem „etc.”. To ze swojej istoty przeczy wyjaśnieniu dlaczego dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro sam wykonawca nie potrafi określić, jakie w istocie są to informacje.

W ocenie Odwołującego twierdzenia Przystępującego mają charakter sztamkowy i nie wynika z nich, z jakiego względu informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych w tym

konkretnym postępowaniu mają wartość gospodarczą dla wykonawcy, jak poszczególne te informacje wpływają na sytuację wykonawcy na rynku, a także jaka jest ich wartość pieniężna. Takie twierdzenia są niewystarczające w świetle przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie wyjaśniają, z jakich przyczyn dana informacja może być tajemnicą przedsiębiorstwa, a jedynie stanowią deklarację, że nią jest. Odwołujący wskazał orzecznictwo, w którym uznaje się tego rodzaju deklaracje za niewystarczające. Dalej Odwołujący zauważył, że Przystępujący wskazuje na wszystkie elementy cenowe jako na swoje własne know-how, nie uwzględniając jednak, że elementy cenowe, jak i całe wyjaśnienia odnoszą się do przedmiotu zamówienia, który jest, co do zasady jawny, a przynajmniej znany uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Elementy cenowe, które powinny się znaleźć w wyjaśnieniach stanowią pochodną przedmiotu zamówienia, a nie wynikają z know-how Przystępującego.

Odnosząc się do stwierdzenia Przystępującego, że „Informacja o poszczególnych elementach ceny pozwoliłaby konkurencyjnym wykonawcom powziąć wiedzę na temat polityki cenowej Wykonawcy i warunkach zatrudnienia personelu Wykonawcy” Odwołujący wskazał, iż nie wiadomo, o jakie informacje dokładnie chodzi, ponadto Przystępujący nie wyjaśnił, w jaki sposób poszczególne informacje mogą pozwolić odtworzyć jego politykę cenową, a jeśli nawet do tego dojdzie, to z jakiego względu miałyby to mieć negatywne skutki dla wykonawcy. Kolejno Odwołujący wskazał, iż Przystępujący odnosi się do informacji o upustach i rabatach oferowanych przez producentów urządzeń, których polityka cenowa „stanowi najwyżej chronioną tajemnicę”. Po pierwsze Przystępujący nie wskazuje, że to tajemnica przedsiębiorstwa, a „najwyżej chroniona tajemnica”. Po drugie to tajemnica przedsiębiorstwa producentów, a nie Przystępującego. Po trzecie nie wykazuje, że polityka cenowa tych producentów jest odmienna dla wykonawcy. Wielu producentów stosuje zasady przejrzystości i dla partnerów o takim samym statusie stosuje analogiczne warunki rabatowe. Przystępujący nie wykazał również z jakiego względu „najwyżej chroniona tajemnica” producentów, ma wartość gospodarczą dla niego, w jaki sposób wpływa na jego sytuację na rynku, a w konsekwencji, z jakiego powodu ta informacja miałyby być tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego, iż wiedza o elementach wskazanych w wyjaśnieniach umożliwiłaby konkurencji wykonawcy ustalić w jakich postępowaniach przetargowych wykonawca może wziąć udział, jakie nakłady i koszty będzie musiał ponieść żeby wykonać określone zamówienia publiczne, a w konsekwencji, ustalić potencjalną cenę jaką mógłby zaoferować wykonawca w takich postępowaniach, Odwołujący podniósł, iż Przystępujący nie wskazał, jakie konkretnie informacje zawarte w wyjaśnieniach, pozwalają ustalić postępowania, w których wykonawca Netia może wziąć udział – wiedza o tym, w

jakich postępowaniach może wziąć udział Przystępujący jest bez znaczenia dla pozycji tego wykonawcy na rynku, skoro bowiem nie jest w stanie wziąć udziału w danym postępowaniu, to wiedza o tym nie daje żadnej przewagi konkurencji, konkurencja i tak się o tym dowie, gdy Przystępujący nie złoży oferty. Przystępujący nie wskazał również jakie konkretnie informacje i w jaki sposób pozwalają oszacować potencjalną cenę oferty tego wykonawcy w innych postępowaniach. Takie twierdzenie jest tym bardziej nieuzasadnione, że sam wykonawca twierdzi, że wyjaśnienia dotyczą kalkulacji dokonanej na potrzeby tego postępowania. Skoro to kalkulacja na potrzeby tego postępowania to nie ma wpływu na kalkulację ofert w innych postępowaniach, a tym samym nie wykazany został wpływ na sytuację wykonawcy na rynku. Znowu uzasadnienie tajemnicy ogranicza się do deklaracji, a nie wykazania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego że „udostępnienie szczegółowej kalkulacji wraz z zestawieniem z działu kadr dotyczącym stawek stosowanych w przedsiębiorstwie Wykonawcy umożliwi ustalenie jaką marżę nalicza standardowo wykonawca w postępowania o zbliżonym zakresie (...) Także wiedza w zakresie stosowanych w przedsiębiorstwie stawek wynagrodzeń może spowodować, iż konkurencja będzie próbowała przejąć najbardziej wartościowych pracowników Wykonawcy, w tym poprzez złożenie im oferty pracy z odpowiednio wyższym wynagrodzeniem” Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie wyjaśnił, w jaki sposób udostępnienie kalkulacji wraz z zestawieniem z działu kadr ma umożliwić oszacowanie marży, na koszt realizacji przedmiotowego zamówienia składają się nie tylko koszty wynagrodzenia pracowników. Nadto, nawet, jeśli w oparciu o wspomniane dokumenty możliwe byłoby ustalenie wysokości marży nie wyjaśnia to, w jaki sposób poznanie marży wpływa na sytuację wykonawcy na rynku. Sam wykonawca napisał, że kalkulacja dotyczy tego konkretnego postępowania, a zatem nawet obliczenie marży w tym postępowaniu, nie pozwala na ustalenie, jaką marżę Przystępujący zastosuje w podobnych projektach. Jeśli chodzi o podkupowanie pracowników, to zdaniem Odwołującego po pierwsze sama wysokość stawki godzinowej, nie pozwala na podkupienie pracownika, bo dany specjalista może mieć szczególną umowę, przewidującą dodatkowe korzyści tak finansowe, jak i inne, poza tym utajnienie stawki godzinowej nie zapobiega odpływowi pracowników, służy temu polityka płacowa wykonawcy. Odwołujący wskazał orzecznictwo KIO dotyczące tej problematyki.

Odwołujący nie zgodził się też z Przystępującym, że „sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą”. Jest to wprost sprzeczne z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odnosi się Pzp. Powoływanie się na definicje z art. 39 ust. 2 lit. b) TRIPS i art. 2 pkt 1 lit. b Dyrektywy 2016/943 jest chybione, gdyż

definicje te są nierelevantne. Ustawa się odnosi do definicji zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i to przez pryzmat tej definicji należy oceniać skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co do poznania nazw kontrahentów Przystępującego, Odwołujący stwierdził, że samo poznanie firm kontrahentów w żaden sposób nie pozwoli na polepszenie pozycji negocjacyjnej innych podmiotów, gdyż dla negocjacji znajomość firmy podmiotu, z którym prowadzone są negocjacje pozostaje bez wpływu na rezultat tych negocjacji. Ponadto w ocenie Odwołującego doniosłość każdego braku w uzasadnieniu tajemnicy dotyczącego wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego jest multiplikowana przez ogólne uzasadnienie, opierające się na deklaracjach i oświadczeniach, a nie wykazaniu tego, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Przystępujący przenosi na Zamawiającego konieczność wybrania uzasadnienia tajemnicy i zdecydowania, czy dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Z samego tego faktu wynika, że wykonawca nie sprostął wymogom dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonym w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. To bowiem na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że konkretne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a na Zamawiającym jedynie ocena prawidłowości tego wykazania.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż zważywszy, że wykonawca Netia: 1. Zastrzegł cały dokument, a nie poszczególne informacje; 2. Złożył uzasadnienie tajemnicy nieodpowiadające zakresowi utajnionych informacji; 3. W uzasadnieniu odniósł się poszczególnych rodzajów informacji, a nie konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny; 4. Uzasadnienie tajemnicy oparł na oświadczeniach i deklaracjach, a nie wykazaniu, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; należy stwierdzić, że wykonawca ten nie sprostął wymogom określonym w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp dla zastrzeżenia tajemnicy i wyjaśnienia ceny wraz z załącznikami oraz uzasadnienie tajemnicy w całości powinny zostać odtajnione przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 11 stycznia 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał, że Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa konkretne informacje, jak i związane z nimi dowody (stanowiące załączniki do wyjaśnień wymienione w ich treści) dotyczące: (i) szczegółowych zasad kalkulacji ceny zawierających składniki ceny skalkulowanej na potrzeby Postępowania; (ii) umów zawartych z kontrahentami Wykonawcy i ofert dedykowanych; (iii) zaświadczenia z Departamentu Zasobów Ludzkich Wykonawcy zawierające informację o stawkach godzinowych stosowanych w grupie Netia. Powyższe jednoznacznie wynika zarówno z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz całości wyjaśnień z dnia 22.11.2022 r.

(zarówno części jawnej jak i tajnej). Już sam sposób sporządzenia dokumentu wyjaśnień w części jawnej jednoznacznie wskazuje, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa nie podlegał jak twierdził Odwołujący cały dokument wyjaśnień, ale informacje skonkretyzowane w treści uzasadnienia zastrzeżenia oraz dowody przedstawione na ich potwierdzenie. W przypadku chęci zastrzeżenia wyjaśnień jako całego dokumentu (zamiast określonych informacji i dowodów z niego wynikających) Wykonawca w ogóle nie udostępniłby treści wyjaśnień w części jawnej, jak również nie wskazywałby od jakiego fragmentu treści wyjaśnień mamy do czynienia z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego już sam fakt, że Odwołujący najpierw zarzuca nieprawidłowość dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie formalnym, aby następnie i tak kwestionować merytoryczne wykazanie przez wykonawcę ziszczenia się wszystkich przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawa z dnia 16 kwietnia 2022 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji świadczy o niekonsekwencji Odwołującego w stawianych twierdzeniach i bezpodstawności zarzutów w powyższym zakresie. W związku z powyższym również powołane przez Odwołującego wyrok Sądu Okręgowy w Warszawie, sygn. akt XXIII Zs 53/21, nie będzie adekwatny do okoliczności postępowania.

Zamawiający wskazał również, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części samego uzasadnienia tajemnicy, a wyłącznie niektórych załączników do uzasadnienia zastrzeżenia mających dwójaki charakter tj. potwierdzający, że zastrzegane informacje stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, jak również stanowiące udowodnienie działań podjętych w celu utrzymania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, w związku z czym zasadne było objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa również informacji zawartych w powyższych załącznikach. Zamawiający podniósł również, że nie miało to wpływu na ewentualne wykazanie przesłanki udowodnienia działań podjętych w celu utrzymania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. ponieważ do uzasadnienia zastrzeżenia dołączone zostały również jawne dowody w postaci polityki bezpieczeństwa wykonawcy. Na marginesie podkreślił, że Odwołujący w ramach swoich wyjaśnień ceny w ramach uzasadnienia zastrzeżenia części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokonał zastrzeżenia dowodu w postaci „oferty na zakup sprzętu-stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”, co jedynie potwierdza, że zastrzeżenie niektórych załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wpływa na skuteczność takiego zastrzeżenia pewnych załączników do uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dalej Zamawiający wskazał, iż analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz załącznikami pozwala na stwierdzenie, że Przystępujący wykazał w okolicznościach sprawy ziszczenie się wszystkich przesłanek wynikających ww. przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. co do każdej z informacji podlegających na jego podstawie zastrzeżeniu. Ww. przepis wyznacza niezbędne wytyczne, których wykazanie pozwala na zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem twierdzenia odwołania sprowadzają się do próby niezasadnego rozszerzenia powyższych wytycznych o elementy, których treść przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. nie obejmuje. W szczególności Odwołujący niezasadnie stara się wykazać nieskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa poprzez wskazywanie braku wykazania innych subiektywnie ustalonych przez Odwołującego wytycznych i elementów, nie objętych treścią ww. przepisu oraz niezasadnie próbuje rozszerzyć katalog przesłanek niezbędnych do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa o wytyczne i elementy zastosowane w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny przedstawionych w sprawie przez samego Odwołującego. Powyższe objawia się przede wszystkim poprzez wielokrotne, niezasadne wskazywanie przez Odwołującego jakich informacji uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wykonawcę nie zawiera, a subiektywnym zdaniem Odwołującego zawierać powinno w celu wypełnienia przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący powołując się na wyrwane z kontekstu treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niezasadnie nadaje im inne znaczenie niż wynikałoby to z samej treści uzasadnienia zastrzeżenia. Przykładowo, odnosząc się do kwestii zestawienia informacji potrzeby konkretnego postępowania i konkretnego przedmiotu zamówienia (powołanych w celu wykazanie drugiej przesłanki zastrzeżenia z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. - 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) Odwołujący nadaje im niezasadnie inne znaczenie niż wynikające z faktycznej treści uzasadnienia zastrzeżenia.

Zamawiający podniósł, iż Przystępujący dokonał uzasadnienia tajemnicy w zakresie w jakim z jednej strony pozwalało to na wykazanie minimum informacji niezbędnych do ziszczenia się wszystkich przesłanek art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w okolicznościach sprawy, a z drugiej nie powoływanie się na kwestie, które wymagałyby właściwie ujawnienia informacji podlegających zastrzeżeniu. W związku z powyższym nie sposób uznać, jak sugeruje Odwołujący, że twierdzenia uzasadnienia miały charakter sztamowy i nie wskazywały na wartości gospodarczą zastrzeganych informacji, podczas gdy twierdzenia wprost odnosiły się do poszczególnych informacji, a wraz z weryfikacją przez

Zamawiającego treści przedstawionych tajnych informacji i załączników pozwalały na stwierdzenie ziszczenia się wszystkich przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji, w szczególności, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą. Podlegające zastrzeżeniu przez Przystępującego szczegółowe i konkretne informacje zawierają drobiazgowe informacje o poszczególnych kosztach przewidzianych przez wykonawcę w celu realizacji zamówienia objętego postępowaniem. Jednocześnie powyższe informacje wskazują nie tylko na sposób ustalania pojedynczych, poszczególnych cen usług i materiałów w danym zamówieniu, ale również wskazują na kształtowanie się polityki cenowej całej działalności wykonawcy, a przez to cen oferowanych przez wykonawcę dla realizacji podobnych zamówień i umów gospodarczych. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby.

Następnie zauważył, iż Odwołujący marginalizuje znaczenie dla firmy zastrzeżenia informacji o kontrahentach i dostawcach Przystępującego oraz zawartych z nimi umów, podczas, gdy ma to istotne a wręcz kluczowe znaczenie. Ujawnienie danych kontrahentów pozwalałoby innym wykonawcom na uzyskanie przewag konkurencyjnych, w postaci zaoferowania świadczenia swoich usług po cenach korzystniejszych niż wynikające z umów zawartych dotychczas przez wykonawcę, jak też do uzyskania dostaw niektórych materiałów, produktów czy usług po korzystniejszych lub przynajmniej porównywalnych cenach jak w przypadku wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że w obecnej sytuacji rynkowej konkurencja opiera się głównie na aspektach cenowych, zatem skorzystanie z nieznacznie tańszych dostaw lub usług stanowiących elementy cenowe większego zamówienia, z posiadanymi korzystnymi cenami dostaw i usług innych elementów cenowych, pozwalałoby na osiągnięcie przewagi mającej istotne znaczenie dla zaoferowania korzystniejszych warunków realizacji całego zamówienia czy umowy. Zamawiający powołał się także na orzecznictwo Izby. Odnosząc się do twierdzeń odwołania dotyczących polityki cenowej i warunkach zatrudnienia personelu, Zamawiający wskazał, iż z treści uzasadnienia zastrzeżenia wynika, że chodzi o informacje dotyczące sposobu przygotowania przez Przystępującego oferty w postępowaniu, natomiast konsekwencją ich odtajnienia byłaby możliwość uzyskania przez wykonawców konkurencyjnych (np. Odwołującego), informacji w ramach których elementy cenowe zostały ustalone w sposób korzystniejszy w porównaniu do oferty, co pozwalałoby korygowanie takich elementów w kolejnych, podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia i wpływałoby na utratę przez wykonawcę przewagi konkurencyjnej, a w konsekwencji ryzyko nieuzyskania przyszłych zamówień. Zastrzeżone informacje miały wpływ m.in. na przedmiotowe postępowanie, w ramach którego

Przystępujący złożył korzystniejszą cenowo ofertę względem oferty Odwołującego. Zamawiający powołał się w tym zakresie na orzeczenie Izby.

Zamawiający nie zgodził się też z twierdzeniem, że uzyskane przez Przystępującego upusty i rabaty oferowane przez producentów urządzeń stanowią wyłącznie tajemnice przedsiębiorstwa tych producentów, a nie wykonawcy nabywającego od nich takie urządzenia. Uzyskanie upustów i rabatów przez wykonawcę stanowi o wypracowaniu uprzedniego porozumienia między dostawcą/usługodawcą a wykonawcą co już samo w sobie wskazuje, że upusty i rabaty mają charakter handlowy i organizacyjny również dla wykonawcy. Odwołujący zarzuca brak wykazania odmiennej polityki cenowej konkretnych producentów względem Przystępującego w porównaniu do innych wykonawców, podczas gdy sam przytacza niepoparte żadnymi faktami stwierdzenie, że „zasady przejrzystości i dla partnerów o takim samym statusie stosuje analogiczne warunki rabatowe”. Zamawiający również w tym zakresie przywołał orzecznictwo Izby. Za niezrozumiałe Zamawiający uznał twierdzenia Odwołującego odnoszące się do zacytowanych informacji w akapicie 2 strony 9 odwołania, co do których Odwołujący podnosi, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tej części nie wskazano jakie informacje zawarte w wyjaśnieniach pozwalają ustalić postępowania, w których wykonawca może wziąć udział w przyszłości, podczas gdy wynika to wprost z fragmentu zacytowanego przez Odwołującego, w którym wskazano również, że możliwość oszacowania potencjalnej oferty wykonawcy w innych postępowaniach wynika z kalkulacji przedstawionych przez Odwołującego w ramach zastrzeżonych informacji. W odniesieniu do kwestii wpływu udostępnienia kalkulacji wraz z zestawieniem z działu kadr na możliwość oszacowania marży, wskazać należy, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (w tym kalkulacja kosztów i koszty zatrudnienia pracowników i współpracowników) stanowią elementy polityki kosztowej wykonawcy, która nierozdzielnie wiąże się z polityką cenową wykonawcy. W związku z powyższym znając wszystkie pojedyncze elementy kosztowe spółki oraz wysokość marży wykonawcy w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu, po ich zestawieniu z czynnościami składającymi się na przedmiot zamówienia innego, przyszłego postępowania wykonawca konkurencyjny będzie w stanie ustalić koszty oraz marżę ofertową Przystępującego w przyszłych postępowaniach, co już samo w sobie daje wykonawcy konkurencyjnemu przewagę. Zamawiający wskazał na orzeczenie Izby.

Reasumując, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w swoim odwołaniu w istocie nie podważa ziszczenia się wszystkich przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w okolicznościach sprawy, ale odnosi się do braku zawarcia w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy kwestii niewymaganych w ramach przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.,

a wynikających z subiektywnych twierdzeń Odwołującego. Tymczasem Przystępujący w sposób wystarczający uzasadnił wystąpienie wszystkich przesłanek art. 11 ust. 2 u.z.n.k. dotyczących wszystkich powołanych informacji podlegających zastrzeżeniu, przez co dokonał skutecznego zastrzeżenia wskazanych w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, wezwanie skierowane do Przystępującego w zakresie wyliczenia ceny, wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego wraz z załącznikami, w tym uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy informacji (zał. nr 1 do wyjaśnień), zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. pisma „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” z dnia 26 lipca 2022 r. wraz z załącznikiem nr 1 „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji” złożonego przez Przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie na „Zestawienie i utrzymanie łączy WAN” (znak 993200/271/167/2021), na okoliczności wskazane przez Odwołującego w pisemnym wniosku dowodowym.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa transmisji danych w sieci WAN na potrzeby Zamawiającego w latach 2023 – 2027.

Do Zamawiającego wpłynęły cztery wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie złożono trzy oferty, w tym Odwołującego i Przystępującego. Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2022 r. wezwał wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia. W wezwaniach wskazano m.in., iż wyjaśnienie winno wykazać czy zaoferowana cena

rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem przedmiotu zamówienia, a także wskazać konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz z opisem tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienie powinno uwzględniać m.in.: informację o modelu planowanych do instalacji urządzeń ISP-CE w poszczególnych usługach oraz ewentualnej marży Wykonawcy. Zamawiający wskazał, iż przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty oraz mieć charakteru ogólnego, np. ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny na niskim poziomie. Konieczne jest ponadto wyjaśnienie, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Wyjaśnienia wykonawca powinien również poprzeć dowodami. Zamawiający wskazał także, iż w przypadku gdy w celu realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zamierza dokonać zakupów u podmiotów trzecich bądź zaangażować podwykonawców, powinien przedstawić wraz z wyjaśnieniami otrzymane od nich oferty, wyceny, rabaty handlowe, zawarte umowy, faktury potwierdzające nabycie materiałów po określonych cenach bądź innego rodzaju dowody pochodzące od tych podmiotów, potwierdzające korzystne warunki współpracy wpływające na niską cenę. Samo zestawienie kalkulacji kosztów i określenie marży może nie wystarczyć, aby uzasadnić realność ceny. Wykonawca powinien dodatkowo wyjaśnić, jakie konkretnie okoliczności i w jaki sposób wpłynęły na obniżenie ceny. Zamawiający podkreślił, iż musi uzyskać potwierdzenie, że kwoty przedstawione w szczegółowej kalkulacji kosztów mają swoje rynkowe uzasadnienie. W każdym przypadku konieczne jest podanie konkretnego wyliczenia oszczędności, które wykonawca poczynił.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w dniu 22 listopada 2022 r. złożył pismo „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” zawierające wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części informacji tam zawartych oraz załączników. Wyjaśnienia zawierały 6 stron, tajemnicą przedsiębiorstwa nie objęto jedynie informacji wstępnych zawartych na 1 stronie pisma o treści:

„W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 listopada 2022 r. oświadczamy, że oferowana cena obejmuje realizację pełnego zakresu zamówienia w Postępowaniu oraz uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego zamieszczone w Specyfikacji Warunków Zamówienia i załącznikach do niej. Wykonawca oświadcza, że zaoferowana w przedmiotowym Postępowaniu cena nie jest rażąco niska, a także nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności cena: · nie ma na celu utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, · nie stanowi aktu sprzedaży usług poniżej kosztów ich

świadczenia, nie ma na celu eliminacji innych przedsiębiorców. Konieczność odrzucenia ofert z rażąco niską ceną została wprowadzona do Ustawy po to, aby wykluczyć nieuczciwych wykonawców, to znaczy takich, którzy składają oferty z cenami nierealnymi. Za ceny nierealne należy uznać takie ceny, za które nie da się wykonać przedmiotu zamówienia (m.in. wyrok KIO sygn. 1284/20). Cena rażąco niska jest wartością nierealną, wskazującą na brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za daną kwotę i należy odnosić ją do przedmiotu zamówienia. O ile ceny zaproponowane przez innych wykonawców mogą stanowić pewną wytyczną, co do poziomu kalkulacji ceny w postępowaniu, to jednak nie można zapominać, że każdy z wykonawców posiada indywidualne warunki podmiotowe, które bezpośrednio wpływają na możliwość obniżenia ceny (m.in. wyrok KIO 907/19). Cena zaproponowana przez Netia S.A. nie spełnia powyższych przesłanek, a co za tym idzie nie ma podstaw do odrzucenia jej oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Cena brutto zaproponowana przez Netia S.A. obejmuje całkowity koszt realizacji przedmiotu zamówienia wymagany w SWZ zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ, w szczególności obejmuje wszystkie elementy kosztowe związane z należytyym świadczeniem usługi, na warunkach określonych w umowie. Jednocześnie Wykonawca utajnia całość niniejszego pisma jako zawierającą informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2022 poz.1233). Uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowi załącznik nr 1 do niniejszego pisma. Poniżej znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz.1233). Prosimy o ich nieudostępnianie osobom trzecim.”

Załącznikiem nr 1 do wyjaśnień był dokument „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji”. W uzasadnieniu tym wskazano:

„Poniżej wyjaśniamy podstawy zastrzeżenia w poufności informacji znajdujących się w wyjaśnieniach. Wykonawca zastrzega poufność informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny działając na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) („Ustawa”), który przewiduje uprawnienie do zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) - („UZNK”). Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, 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. Zwrot "informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje" należy interpretować szeroko. Znowelizowana ZNKU kontynuuje tradycję wskazywania przykładów tajemnic przedsiębiorstwa, tym niemniej zakres informacji objętych ochroną jest identyczny, jak w przypadku TRIPS, obowiązującego w Polsce od 1.01.2000 r. oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. (dalej jako „Dyrektywa 2016/943”) - potencjalnie każdy rodzaj informacji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Na przestrzeni ostatnich lat, za tajemnicę przedsiębiorstwa uznano m.in. składniki zaoferowanej ceny skalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania, informacje identyfikujące klientów i potencjalnych klientów danego podmiotu gospodarczego, czy też stawki pracowników.

Niniejsze zastrzeżenie dotyczy następujących informacji: (i) szczegółowych zasad kalkulacji ceny zawierających składniki ceny skalkulowanej na potrzeby Postępowania; (ii) umów zawartych z kontrahentami Wykonawcy i ofert dedykowanych; (iii) zaświadczenia z Departamentu Zasobów Ludzkich. Wykonawcy zawierające informację o stawkach godzinowych stosowanych w grupie Netia; Poniżej prezentujemy argumentację wskazującą, iż zastrzeżone informacje mieszczą się w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

1. Informacje wskazane w pkt (i) – (iii) stanowią informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa Wykonawcy, które posiadają wartość gospodarczą

Informacje wskazane w pkt (i)- (iii) można określić mianem know-how. W potocznym rozumieniu knowhow oznacza zdolność, wiedzę, umiejętność w zakresie osiągnięcia określonego rezultatu lub prowadzenia działalności⁴. Pojęcie know-how oznacza m.in. doświadczenia o charakterze technicznym i techniczno-organizacyjnym oraz doświadczenia o charakterze finansowym i handlowym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, które nie są związane z cyklem produkcyjnym.⁵ Informacje zawarte w pkt (i) – (iii) ilustrują sposób przygotowania przez Wykonawcę oferty w Postępowaniu, wskazują na tryb udzielania przez Wykonawcę zamówień na usługi i dostawy, sposób kalkulacji wynagrodzenia, harmonogramy jego zapłaty (w tym wysokości udzielanych zaliczek lub ich braku), zakres udzielonych praw autorskich, zasady udzielania gwarancji, zapłaty kar umownych, zasady doboru pracowników o określonych kompetencjach, którzy będą realizować zamówienie, etc. Niewątpliwie takie informacje należy uznać jako know-how i poddać najwyższej ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. 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. Nie ulega żadnym wątpliwości, że ww. załączniki,

zawierające dane o wynagrodzeniu za usługi i towary, oferty cenowe, czy też stawki godzinowe stosowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy mieszczą się w pojęciu polityki cenowej Wykonawcy, która ze swej istoty nie może zostać udostępniona konkurencyjnym wykonawcom biorącym udział w tych samych postępowaniach. Dowód: Polityka Bezpieczeństwa Informacji w Grupie Netia S.A. Odtajnienie danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty Wykonawcy w połączeniu z mapami sieci Wykonawcy, kosztami dzierżawy, budowy łączy czy też zakupu i montażu urządzeń telekomunikacyjnych pozwoli konkurencyjnym wykonawcom jednoznacznie ustalić jaki jest koszt planowanych nakładów inwestycyjnych Wykonawcy, w ilu lokalizacjach Wykonawca posiada własną infrastrukturę, a w ilu zamierza ją wybudować, jaką ilość łączy obcych operatorów Wykonawca zamierza wykorzystać w celu świadczenia usługi. Z kolei udostępnienie szczegółowej kalkulacji wraz z zestawieniem z działu kadr dotyczącym stawek stosowanych w przedsiębiorstwie Wykonawcy umożliwi ustalenie jaką marżę nalicza standardowo Wykonawca w postępowaniach o zbliżonym zakresie zamówienia. Wiedza w powyższym zakresie, umożliwiłaby konkurencji Wykonawcy ustalić w jakich postępowaniach przetargowych Wykonawca może wziąć udział, jakie nakłady i koszty będzie musiał ponieść żeby wykonać określone zamówienia publiczne, a w konsekwencji, ustalić potencjalną cenę jaką mógłby zaoferować Wykonawca w takich postępowaniach. Także wiedza w zakresie stosowanych w przedsiębiorstwie Wykonawcy stawek wynagrodzeń może spowodować, iż konkurencja będzie próbowała przejąć najbardziej wartościowych pracowników Wykonawcy, w tym poprzez złożenie im oferty pracy z odpowiednio wyższym wynagrodzeniem. Powyższe, w oczywisty sposób naraża Wykonawcę na szkodę polegającą na zmniejszeniu jego szans w pozyskaniu przyszłych zamówień publicznych.

Trzeba też zauważyć, iż sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Tę myśl wprost wyraża druga przesłanka definicyjna ujęta w art. 39 ust. 2 lit. b TRIPS i art. 2 pkt 1 lit. b Dyrektywy 2016/943) – tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające "wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą". Zgodnie z definicją legalną "poufnych informacji" zawartą w art. 39 ust. 2 TRIPS: "Osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi, tak długo jak takie informacje: a) są poufne w tym sensie, że jako całość w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są poufne; i c) poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności". Przepisy art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS mają charakter samowykonalny.

Oznacza to, że nie wymagają one transponowania do prawa wewnętrznego. Powołane przepisy TRIPS stanowią część obowiązującego w Polsce prawa. W literaturze przedmiotu wyrażono opinię, że mimo pewnych różnic terminologicznych art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS i art. 11 ZNKU określają analogicznie przedmiot ochrony, tzn. poufne (nieujawnione) informacje, które posiadają określoną wartość gospodarczą. Z kolei, zgodnie z legalną definicją zawartą w art. 2 ust 1 Dyrektywy 2016/943, tajemnica przedsiębiorstwa” oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi: a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy. Dodatkowego podkreślenia wymaga fakt, że przedmiotem udostępnienia byłyby nie tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy ale również dotyczące m.in. warunków handlowych i polityki cenowej przedsiębiorstw kontrahentów Wykonawcy, którzy są stronami umów przedstawionych w wyjaśnieniach dotyczących xxx lub których oferty znajdują się w treści wyjaśnień.

2. Zastrzeżone informacje wskazane w pkt (i) – (iii) 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. Informacje zestawione w wyjaśnieniach z dnia 22.11.2022 r. zyskują dodatkową wartość gospodarczą, bowiem zostały skalkulowane na potrzeby tego konkretnego Postępowania. Zastrzeżone informacje jako całość lub w tym szczególnym ich zestawieniu nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób. Dane te zyskują w szczególności znaczenie po tym jak informacje kwotowe zostają opatrzone komentarzem z punktu widzenia sposobu kalkulacji ceny oferty. W takim przypadku stanowią one istotne składniki zaoferowanej ceny, skalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania i konkretnego przedmiotu zamówienia i jako takie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

3. Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji zastrzeżonych w poufności Wykonawca pozawierał z kontrahentami umowy o zachowaniu poufności, które przeciwdziałają ujawnieniu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę informacji. Wykonawca jest związany umowami o poufności zawartymi z kontrahentami, co więcej w samych umowach załączonych do wyjaśnień znajdują się klauzule poufności, które wiążą zarówno kontrahentów Wykonawcy jak i jego samego. Dowód: (np. § 13 Załącznika nr 4 do wyjaśnień; § 6 Załącznika nr 6; § 13 Załącznika nr 10). Zatem wartość gospodarcza ujawnienia informacji wynosi z : Załącznika nr 4 TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA,

Załącznika nr 6 TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, Załącznika nr 10 TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, Załącznika nr 13 wynosi stawka godzinowa ujęta w Załączniku 13 i Załączniku nr 2 TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, Załącznik nr 2 każda pozycja kosztorysu dotycząca sposobu jej kalkulacji. Dla Wykonawcy, jak i jego kontrahentów kluczowe znaczenie ma również objęcie tajemnicą nazw podmiotów, z którymi pozostają w relacjach handlowych oraz szczególne warunki tej współpracy (negocjowane oddzielnie dla każdego z kontrahentów). Powzięta w tym zakresie wiedza przez wykonawców konkurencyjnych istotnie wpływa na pozycję negocjacyjną przyszłych umów zawieranych zarówno przez Wykonawców jak i jego kontrahentów. Zgodnie z wyrokiem SN „informacja identyfikująca klientów i potencjalnych klientów danego podmiotu gospodarczego, nawet jeśli nie można jej zakwalifikować jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) ze względu na niezastrzeżenie/niezabezpieczenie jej poufności, stanowi wymierną wartość dla pracodawcy. Zatem możliwość dostępu do tej informacji podmiotów, które mogą ją wykorzystać ze szkodą dla interesów majątkowych pracodawcy (np. przez przejęcie klientów), stanowi stan narażenia pracodawcy na szkodę, w którym szczególnego znaczenia nabierają okoliczności związane z przejściem pracownika (...) do podmiotu świadczącego konkurencyjne usługi”. Ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i jego kontrahentów wywołałoby dla nich nieodwracalne skutki, w szczególności naraziłoby ich na znaczne szkody finansowe polegające m.in. na konieczności renegotiacji zawartych umów z podmiotami konkurencyjnymi, pogorszeniu się relacji handlowych z kontrahentami i utracie dużej części zysków. W przedsiębiorstwie Wykonawcy są podejmowane działania mające zabezpieczyć zastrzeżone informacje. Wykonawca wdrożył w swoim przedsiębiorstwie system zarządzania mający na celu utrzymanie poufności na najwyższym poziomie. W szczególności poufne informacje są przechowywane na nośnikach informacji, do których dostęp mają wyłącznie osoby do tego upoważnione (tj. przede wszystkim zarząd, osoby przygotowujące i sprawdzające ofertę itp.). Dokumenty zawierające informacje poufne są przechowywane w zamkniętych pomieszczeniach, zabezpieczających dostęp przed osobami nieuprawnionymi. Dowód: Polityka Bezpieczeństwa Informacji w Grupie Netia S.A.; Polityka Bezpieczeństwa Netia S.A. Wykonawca zawarł ponadto umowy o zachowaniu poufności ze swoimi pracownikami i współpracownikami, które to umowy przeciwdziałają ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.”

Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny wraz z przedstawionymi dowodami (załączniki nr 2-15) jako skutecznie dokonane przez Przystępującego. Zamawiający uznał za jawne jedynie wskazaną wyżej

wstępną część wyjaśnień, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji (z wyłączeniem fragmentów, które Przystępujący oznaczył tajemnicą przedsiębiorstwa) oraz dwa dokumenty dotyczące polityki bezpieczeństwa informacji.

Zamawiający w dniu 20 grudnia 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego o braku posiadania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący poza zarzutem dotyczącym nieudostępnienia dokumentów nie podniósł żadnych innych zarzutów wiążących się z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego, Izba uznała stanowisko Zamawiającego za bezzasadne.

Skład orzekający stoi na stanowisku, iż w przypadku, gdy tajemnicą przedsiębiorstwa objęto treść wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w pierwszej kolejności podmiot wnoszący odwołanie powinien wskazać właśnie na zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby już samo uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie wykazano przesłanek wskazanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z 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 „u.z.n.k.”), winno co do zasady skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazaniem odtajnienia zastrzeżonych dokumentów. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają bowiem, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując kompleksową wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska.

Dopiero w dalszej kolejności Odwołujący może, choć nie musi, jako zarzuty ewentualne podlegające rozpoznaniu w przypadku uznania przez Izbę poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, stawiać zarzuty dotyczące naruszenia art. 224 ust. 6 lub art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Brak postawienia w odwołaniu zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konkurenta z uwagi na rażąco niską cenę, wiąże się co prawda dla Odwołującego z ryzykiem, że w przypadku oddalenia zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie będzie on mógł już w przyszłości podnosić dalszych zarzutów, nie świadczy jednak o tym, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Oczywiście jest, że zarzuty konstruowane w oparciu jedynie o własne przypuszczenia z uwagi na brak dostępu do dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie będą realizować w sposób pełny uprawnienia wykonawcy do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Brak udostępnienia przez instytucję zamawiającą Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ogranicza prawo do wniesienia odwołania, uniemożliwiając Odwołującemu kontrolę legalności działania Zamawiającego i dokonanie kompleksowej oceny, czy postawienie zarzutu rażąco niskiej ceny względem oferty Przystępującego byłoby w ogóle uzasadnione. Kluczowe zatem dla interesu Odwołującego, w tym jego interesu w uzyskaniu zamówienia, jest dokonanie przez Izbę weryfikacji czy zaniechanie udostępnienia Odwołującemu żądanych dokumentów było zgodne z ustawą Pzp. W przeciwnym razie należy bowiem uznać, iż prawo Odwołującego doznało uszczerbku na skutek niezgodnych z ustawą Pzp działań Zamawiającego, co z kolei winno skutkować umożliwieniem Odwołującemu wniesienia środka ochrony prawnej w oparciu o podstawy faktyczne, które ujawnią się po poznaniu bezprawnie utajnionych informacji. Jak wskazał TSUE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., C-54/21 (*Konsorcjum: Antea Polska S.A., Pectore-Eco Sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie*) w takiej sytuacji bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.

Nie można też zgodzić się z Przystępującym, iż zarzuty odwołania odnoszące się wyłącznie do tajemnicy przedsiębiorstwa nie mają wpływu na wynik postępowania – jest wręcz przeciwnie. Brak ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego dotyczących wyliczenia ceny pozbawia Odwołującego prawa do ich weryfikacji, co (jak opisano powyżej) ma bezpośredni wpływ na jego prawo do wniesienia odwołania, które z kolei może mieć wpływ na losy oferty Przystępującego w postępowaniu, a tym samym na jego wynik (podobnie m.in. Izba w wyroku z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3019/20).

Przechodząc do analizy zarzutów odwołania, Izba uznała zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp za zasadny.

Zgodnie z ww. przepisem 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. 11 ust. 2 u.z.n.k. 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 art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do określonych informacji. Utajnienie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności i nie może być wykładane rozszerzająco. Obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie w sposób należyty skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy.

W rozpoznawanej sprawie Izba uznała stanowisko Zamawiającego, który uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego w stosunku do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz ich załączników za skuteczne, za nieprawidłowe i naruszające zasadę jawności postępowania.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Przystępujący nie dochował należytej staranności, aby zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa te zindywidualizowane informacje, które faktycznie mogłyby taką tajemnicę stanowić. Praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników od dawna w orzecznictwie jest postrzegana jako negatywna. Potwierdza to chociażby wskazany przez Odwołującego wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21. W wyroku tym Sąd określił, iż takie działanie jest nie tylko sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w

piśmie. Wbrew stanowisku Zamawiającego ww. orzeczenie jest adekwatne do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy, ponieważ poza wstępnym fragmentem (str. 1 pisma Przystępującego z dnia 22 listopada 2022 r.) zawierającym jedynie nic nie wnoszące ogólne zapewnienia, tajemnicą przedsiębiorstwa objętą całą dalszą treść wyjaśnień, w tym nawet nazwy załączników, jak i same załączniki (za wyjątkiem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Tajemnicą przedsiębiorstwa nie objęto zatem jedynie konkretnych informacji, lecz zasadniczą część wyjaśnień i pełną treść załączników zawierających szczegółową kalkulację ceny oferty i dowody na jej poparcie. Podkreślić należy, iż uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji.

Ponadto Izba zgodziła się z Odwołującym, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji przedstawione przez Przystępującego (załącznik nr 1 do wyjaśnień) miało charakter ogólny, nie zostało zindywidualizowane na potrzeby postępowania prowadzonego przez Zamawiającego i nie wykazuje spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do konkretnych, wyselekcjonowanych informacji. W ocenie Izby jest ono wręcz do tego stopnia ogólne, że mogłaby zostać wykorzystane przez każdego wykonawcę i to w zasadzie na potrzeby każdego podobnego postępowania. Brak dostosowania tego uzasadnienia do informacji przedstawionych Zamawiającemu w piśmie z dnia 22 listopada 2022 r., potwierdza złożony przez Odwołującego dowód - uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji przedstawione przez Przystępującego w innym postępowaniu, o praktycznie tożsamej treści. Izba stwierdziła, iż na podstawie przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia nie jest możliwe zidentyfikowanie, które konkretnie informacje zawarte w wyjaśnieniach Przystępujący miał na myśli stawiając tezy o ich wartości gospodarczej. Nic nie stało na przeszkodzie, aby tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący objął jedynie określone fragmenty wyjaśnień czy załączników zawierające dane w ocenie Przystępującego wrażliwe (np. te gdzie wskazano konkretne kwoty czy przyjęte poziomy marży, upusty, etc.) i dla tych właśnie danych przedstawił konkretne uzasadnienie, czemu nie powinny one podlegać udostępnieniu innym wykonawcom. Takie działanie pozwoliłoby na faktyczną weryfikację, czy w odniesieniu do konkretnych informacji wykazano spełnienie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Tymczasem Przystępujący, zastrzegając w zasadzie pełną merytoryczną treść wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz treść załączników, a nie jedynie dane

wyjątkowo wrażliwe i przedstawiając ogólne uzasadnienie, które trudno przyporządkować do utajnionych informacji, sam pozbawił się ochrony tych informacji. Przystępujący powinien mieć pełną świadomość, z czym wiąże się udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności że zasadą tego postępowania jest jawność. Podobnie świadomość taką powinien mieć Zamawiający, którego zadaniem było należycie zweryfikować zakres zastrzeżonych informacji, a nie przyjmować biernie deklaracje Przystępującego za wiążące. Jak wskazał TSUE we wspomnianym już wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., C-54/21, instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter. Na obowiązek wykazania powyższego wskazuje również wprost art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Jak podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. Za błędne w ocenie Sądu należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 u.z.n.k. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie można ponadto zgodzić się z Zamawiającym, iż Odwołujący przedkłada swoje własne uprawnienia do kontroli dokumentów składanych przez konkurenta ponad prawo wykonawcy do ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. To bowiem po pierwsze Przystępujący dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, ponad niezbędne minimum, uniemożliwiając konkurentom kontrolę oceny dokonanej przez Zamawiającego, a po drugie Zamawiający przyjął tak poczynione zastrzeżenie za skuteczne, nie dokonując należytej weryfikacji treści tego zastrzeżenia. Już tylko lektura pisma Przystępującego z dnia 22 listopada 2022 r. pozwala stwierdzić, iż znaczna część zawartych tam informacji w ogóle nie ma charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Trudno za taką uznać wymienienie elementów zamówienia, znanych każdemu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, wymienienie składanych w odniesieniu do tych elementów dowodów czy relatywnie ogólne informacje zawarte w pkt 1-6 wyjaśnień. O błędnej ocenie Zamawiającego, jak i niestarannym działaniu Przystępującego

świadczy także fakt, iż w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wskazano, że dotyczą one wyłącznie trzech grup informacji (szczegółowe zasady kalkulacji, umowy zawarte z kontrahentami oraz zaświadczenie dotyczące stawek godzinowych), podczas gdy uznana przez Zamawiającego za skutecznie objętą tajemnicą przedsiębiorstwa treść wyjaśnień oraz część załączników dotyczą szerszego zakresu informacji. Ponadto analizując treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego można odnieść wrażenie, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie miały zostać objęte wyłącznie informacje dotyczące podanych tam kwot i wartości (na co wskazuje pogrubiona czcionka) oraz niektóre z załączników, niemniej przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji nie pozwala na jednoznaczne odtworzenie zamiaru Przystępującego. Referuje ono jedynie do pewnych ogólnych zagadnień, jak polityka cenowa, relacje z kontrahentami, czy podkupywanie pracowników. Przystępujący nie odwołał się do konkretnych dokumentów oraz treści w nich zawartych, choćby poprzez przywołanie odpowiednich stron czy numerów załączników. Nie jest natomiast rolą Zamawiającego ustalanie za wykonawcę, na którym ciąży obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, charakteru utajnionych informacji, a także domniemywanie, że za poufną należy uznać daną a nie inną informację zwłaszcza wówczas, gdy wykonawca zastrzega praktycznie całość dokumentów.

Dalej należy wskazać, iż w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 22 listopada 2022 r. Przystępujący podnosił, że zastrzeżone dane o poszczególnych elementach ceny posiadają wartość gospodarczą, ponieważ pozwoliłyby powziąć innym wykonawcom wiedzę na temat polityki cenowej Przystępującego i warunkach zatrudnienia personelu. O ile zgodzić można się z tym, że dane świadczące o prowadzonej przez firmę polityce cenowej mogłyby być postrzegane jako posiadające charakter informacji o wartości gospodarczej, to w przedmiotowej sprawie nie wykazano że dane te w sposób obiektywny obrazują szczegóły prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, tym bardziej, że w zastrzeżeniu Przystępujący podkreślił, iż informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przecież przedmiot zamówienia jest jawny i znany wykonawcom ubiegającym się o nie. Załączone do wyjaśnień kalkulacje, a także dowody, dotyczą potwierdzenia rynkowego poziomu kosztów właściwych dla określonych elementów tego konkretnego zamówienia. W wyjaśnieniach zawarto informacje o składnikach cenotwórczych, wskazujące na pewną strategię cenową, ale przyjętą na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem jego zakresu, charakteru i specyfiki. Niewątpliwie strategia ta nie jest niezmienna, nie jest jednakowa dla każdego postępowania, lecz każdorazowo indywidualnie opracowywana. Przystępujący nie wskazał dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego

jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania skonstruowanych, miałyby faktycznie powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej Przystępującego. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania, jakie są konieczne do poniesienia przez niego nakłady, czy też jaką marżę zastosował w tym konkretnym postępowaniu, nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Przystępującego i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Brak jest jednak podstaw do stwierdzenia, że określone dane zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego faktycznie dawałyby innym wykonawcom możliwość ustalenia, jaką potencjalną cenę mógłby on zaoferować w innych postępowaniach.

Izba stwierdziła, iż stanowisko Przystępującego zostało oparte na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, bez wskazania żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Przystępujący powinien rzeczowo wyjaśnić, w jaki sposób informacje dotyczące wyliczenia kosztów w tym postępowaniu miałyby ujawniać pewne kluczowe informacje dotyczące przyjętej przez niego polityki cenowej. Tymczasem w przedmiotowej sprawie, Przystępujący zamiast powyższe udowodnić, to poprzestał na hasłowych zapewnieniach, które nie są w jakikolwiek sposób weryfikowalne. Stawiana przez Przystępującego teza o zagrożeniu jego przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia wyjaśnień nie została w ocenie Izby wykazana. Co istotne, te newralgiczne zdaniem Przystępującego dane, nie zostały przez niego nawet skonkretyzowane, nie jest bowiem wystarczające do ich zidentyfikowania posługiwanie się hasłowymi stwierdzeniami jak „dane dotyczące polityki cenowej” czy „szczegółowa kalkulacja ceny”. Przystępujący nawet nie pokusił się o przypisanie do tych pojęć konkretnych dokumentów stanowiących załączniki do wyjaśnień.

Nie wykazują ponadto wartości gospodarczej informacji twierdzenia Przystępującego, iż wiedza w zakresie przyjętych w przedsiębiorstwie Przystępującego stawek wynagrodzeń mogłaby spowodować, iż konkurencja będzie próbowała przejąć najbardziej wartościowych pracowników Przystępującego, składając im oferty pracy z odpowiednio wyższym wynagrodzeniem. Abstrahując od tego, że Przystępujący poprzestał wyłącznie na niczym nie popartych przypuszczeniach, nie uprawdopodobniając nawet, że takie ryzyko faktycznie może wystąpić, to należy wskazać, iż fluktuacja kadr jest zjawiskiem naturalnym na rynku pracy i właściwe zadbanie o satysfakcjonujące pracownika warunki leży po stronie pracodawcy. Przystępujący może zapobiec odpływowi pracowników innymi środkami, np.

zawierając umowy o zakazie konkurencji czy kształtując wynagrodzenia na odpowiednim poziomie. Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 26 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 698/21, iż „w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Okoliczność, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych) jest praktyką powszechną, dotyczącą każdej branży. W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę np. odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, korzystnych warunków zatrudnienia a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia, w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe.” Przystępujący nie wyjaśnił też jak podnoszone ryzyko związane z przejmowaniem pracowników miałoby się przekładać na „zmniejszenie jego szans w pozyskaniu przyszłych zamówień publicznych.”

Izba stwierdziła ponadto, iż Przystępujący zastrzegając wszystkie załączniki do wyjaśnień poza uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy informacji (załączniki nr 2-15) w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji w ogóle się nie odwołał do konkretnych dokumentów. Przystępujący jedynie wskazał na klauzule poufności zawarte w załącznikach nr 4, 6 i 10, niemniej powyższe stanowi argument wykazujący podjęcie działań w celu utrzymania danych w poufności, a nie wykazujący, że informacje zawarte w określonych załącznikach posiadają wartość gospodarczą. Zresztą argumentację w tym zakresie zawarto właśnie w pkt 3 uzasadnienia, dotyczącym podjęcia działań w celu utrzymania informacji w poufności. Przystępujący w ogóle nie zindywidualizował uzasadnienia w zakresie wartości gospodarczej informacji nie tylko w zakresie umów zawartych z kontrahentami, ale w odniesieniu do któregośkolwiek z załączników. W odniesieniu do wspomnianych załączników nr 4, 6 i 10 Przystępujący wskazał co prawda w sposób kwotowy wartość gospodarczą informacji w nich zawartych, niemniej Izba stwierdziła, iż podane kwoty nie wynikają z treści tych załączników, Przystępujący nie przedstawił zaś jakiegokolwiek szerszego uzasadnienia w tym zakresie, które potwierdzałyby wartość gospodarczą informacji ujętych w tych załącznikach. Analogicznie w odniesieniu do załącznika nr 13, co do którego podano wartość gospodarczą poprzez określenie kwotowe, nie przedstawiono żadnego uzasadnienia mającego wykazać faktyczną wartość gospodarczą informacji tam zawartych, poza omówionym już powyżej ryzykiem podkupienia pracowników. Przystępujący nie wyjaśnił też dlaczego podane w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji wartości kwotowe objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Z kolei w odniesieniu do reszty

załączników nie przedstawiono nie tylko żadnych argumentów w zakresie wartości gospodarczej informacji tam zawartych, ale nawet nie podano tej wartości wyrażonej w sposób kwotowy, jak w przypadku ww. załączników.

Dalej należy wskazać, iż Przystępujący uważał, że kluczowe znaczenie ma objęcie tajemnicą nazw podmiotów (kontrahentów) oraz „szczególnych warunków współpracy”. Zauważyć jednak należy, że wszystkie dane identyfikujące podmioty, z którymi Przystępujący zawarł umowy (załączniki nr 4, 6 i 10) zostały zanonimizowane w dokumentach załączonych do wyjaśnień. Dziwi w takiej sytuacji fakt dlaczego nie ujawniono treści tych załączników, skoro w uzasadnieniu nie wyjaśniono powodów dla objęcia ich tajemnicą. Przystępujący nie wskazał ponadto co rozumie pod pojęciem „szczególnych warunków współpracy”, których nie powinno się ujawniać. Nic nie stało na przeszkodzie, aby objąć tajemnicą przedsiębiorstwa tylko te newralgiczne w ocenie Przystępującego informacje, np. odwołując się do poszczególnych postanowień umownych i przedstawiając uzasadnienie dedykowane dla tych właśnie informacji. Być może to pozwoliłoby na uznanie, że wykazano wartość gospodarczą określonych informacji, możliwe byłoby bowiem przypisanie konkretnych twierdzeń do konkretnych danych, które wykonawca chciałby zastrzec. Do innych niż ww. załączników do wyjaśnień (np. załączników nr 7, 8, 9, 12, 14 i 15) w uzasadnieniu praktycznie się nie odniesiono. Uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego w zakresie wartości gospodarczej zastrzeżonych danych miało charakter ogólny, sprowadzający się w istocie do obaw wykonawcy przed spadkiem konkurencyjności, zmniejszeniem szans na pozyskanie przyszłych zamówień czy konieczności renegotjacji kontraktów i pogorszeniu się relacji handlowych, czego jednak w ogóle nie wykazano. Jedynie uzupełniając podkreślić należy, iż jeżeli wykonawca decyduje się wykorzystać oferty podmiotów trzecich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to powinien mieć na względzie, że w razie braku wykazania ustawowych przesłanek, potwierdzających że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, także ona zostanie ujawniona. Poprzestanie na twierdzeniu, że informacje mają poufny charakter i zamanifestowanie woli stron umowy czy podmiotu składającego ofertę, jakkolwiek wskazuje na podjęcie działań w celu zachowania informacji w poufności, to nie może być uznane za wykazujące wartość gospodarczą tych informacji.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w piśmie z dnia 22 listopada 2022 r. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” oraz w

załącznikach do tego pisma w całości. Zamawiający powinien w takim przypadku udostępnić Odwołującemu pełną treść wyjaśnień wraz z wszystkimi załącznikami.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: