

WYROK

z dnia 11 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibie w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych 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 w zakresie zarzutów dotyczących Oferty Dostawcy stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień ceny odwołującego z dnia 28 lipca 2022 r. i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności uznania bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zastrzeżonych w ww. dokumencie, w tym podanych w treści wyjaśnień.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 1/2 oraz zamawiającego w części 1/2 i :

3.1. 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,

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 kwoty

uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.3. znosi wzajemnie między stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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:

Sygn. akt: KIO 2545/22

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zestawienie i utrzymanie łączy WAN”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 028-071677.

I. W dniu 26 września 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibie w Warszawie (odwołujący) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na uznaniu bezskuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień ceny złożonych przez odwołującego oraz załączników do tych wyjaśnień - w zakresie określonym w treści odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 18 ust. 3 oraz art. 16 pkt 3)

ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, przez: bezpodstawne odtajnienie w złożonych wyjaśnieniach ceny (pismo Pismo_ZUS WAN_28.07.2022_Tajemnica Przedsiębiorstwa-confidential.BES) następujących informacji:

- a) zawartych w ofercie Dostawcy (zał. nr 1 do Wyjaśnień), w oparciu o którą została skalkulowana cena oferty Odwołującego, w tym szczegółowej konfiguracji produktowej, przedstawionej w tej ofercie, oraz kwot wynikających z tej oferty, które zostały podane w wyjaśnieniach ceny;
- b) dotyczących sposobu obliczenia ceny i kalkulacji kosztów w zakresie dostawy urządzeń CPE w ramach prawa opcji, co do rodzaju urządzeń uwzględnionych w kalkulacji ceny oferty;

na skutek błędnej oceny zastrzeżenia tajemnicy złożonego przez odwołującego, a dodatkowo naruszenie zasady proporcjonalności, z uwagi na udostępnienie informacji, które nie są niezbędne do weryfikacji poprawności złożonych wyjaśnień ceny, tj. szczegółowej konfiguracji produktowej zawartej w załączonej do wyjaśnień ofercie Dostawcy.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odtajnienia wyjaśnień ceny w zakresie:

- a) oferty Dostawcy (zał. nr 1 do Pismo_ZUS WAN_28.07.2022_Tajemnica

Przedsiębiorstwa-confidential.BES) zarówno co do ceny za zaoferowane urządzenia, jak i szczegółowej konfiguracji produktowej uwzględnionej w tej ofercie oraz kwot wynikających z tej oferty, które zostały podane w treści wyjaśnień,

- b) informacji na temat tego jakiego rodzaju urządzenia zostały uwzględnione przy kalkulacji ceny urządzeń CPE w ramach prawa opcji, ewentualnie

2. unieważnienia czynności odtajnienia oferty w zakresie, o którym mowa w pkt 1) lit. a) i b) powyżej oraz wezwania do złożenia wyjaśnień do uzasadnienia tajemnicy w zakresie niejasnym dla zamawiającego oraz dokonania ponownej oceny zasadności utajnienia informacji we wskazanym wyżej zakresie (pkt 1 lit. a) i b) powyżej) przez zamawiającego.

II. Pismem wniesionym w dniu 7 października 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

W piśmie wniesionym w dniu 7 października 2022 r. przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła braku po stronie odwołującego interesu we wniesieniu odwołania. Zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu na zestawienie i utrzymanie łączy WAN, a zatem jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem tego zamówienia (ww. przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia). Ponadto, ewentualne naruszenie przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp mogłoby skutkować poniesieniem przez odwołującego szkody (druga z ww. przesłanek). Istotnie, ujawnienie przez zamawiającego zastrzeżonych przez wykonawcę dokumentów nie przekłada się bezpośrednio na utratę przez wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia w toczącym się postępowaniu. Niewątpliwie stosowanie instytucji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i korzystanie ze środków ochrony prawnej w tym zakresie nie może być nakierowane na zwiększenie swoich szans na uzyskanie zamówienia poprzez ograniczenie innym wykonawcom dostępu do informacji, które powinny być jawne i w ten sposób zapewniać zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Jednakże, posługując się w przepisie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp pojęciem szkody, ustawodawca nie doprecyzował, że chodzi wyłącznie o szkodę polegającą na braku możliwości uzyskania zamówienia w postępowaniu, w ramach którego złożono odwołanie. Wykonawcy powinni mieć prawo do ochrony informacji mających dla nich walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że w przypadku przyjęcia odmiennego stanowiska wykonawcy byłiby zdani wyłącznie na ocenę dokonywaną przez zamawiających, co w konsekwencji skutkowałoby znaczącym ograniczeniem udziału wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części, tj. w zakresie zarzutów dotyczących Oferty Dostawcy stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień ceny odwołującego z dnia 28 lipca 2022 r.

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie mającym znaczenie dla oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, nie były pomiędzy stronami sporne. W piśmie z dnia 16 września 2022 r. zamawiający, jako powód nieuznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Oferty Dostawcy stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień ceny odwołującego z dnia 28 lipca 2022 r., a w konsekwencji również informacji pochodzących z tej oferty i powtórzonych w wyjaśnieniach ceny z dnia 28 lipca 2022 r. oraz z dnia 26 sierpnia 2022 r., podał brak przedstawienia dowodów na potwierdzenie podejmowania działań w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ww. zakresie ze strony wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. Jak wynika z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r., do którego odsyła art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jednym z warunków uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez uprawnionego działań w celu utrzymania tych informacji w poufności. Natomiast przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę dokonującego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązek wykazania posiadania przez nie takiego charakteru, tj. między innymi spełnienia ww. wymogu dotyczącego podjęcia działania celem zachowania tych informacji w poufności. Słusznie wskazywali zamawiający i przystępujący, że zgodnie z wypracowanym orzecznictwem przyjmuje się, że pojęcie „wykazać”, którym posłużył się ustawodawca w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza coś więcej niż „wyjaśnić”. Skład orzekający Izby podziela również prezentowany w orzecznictwie pogląd, że dla oceny okoliczności nieprzedstawienia dowodów na potwierdzenie spełnienia wymogów uznania informacji za

tajemnicę przedsiębiorstwa istotne znaczenie ma to, czy ich przedstawienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publiczne następczo wykonywcy problemów. O ile w pewnych przypadkach może to być problematyczne lub wręcz niemożliwe, to należy przyznać, że przedstawienie dowodów potwierdzających podjęcie działań mających na celu zachowanie poufności informacji na ogół nie jest stwarza problemów. Z drugiej strony nie można odmówić racji odwołującemu, że przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie nakłada wprost na wykonawców obowiązku załączenia dowodów do uzasadnienia zastrzeżenia, a w szczególności nie wynika z niego, że nieprzedstawienie takich dowodów bezwzględnie oznacza konieczność uznania bezskuteczności zastrzeżenia. Powyższe prowadzi do wniosku, że przedstawienie przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym wypadku podlega indywidualnej ocenie, przy uwzględnieniu całokształtu argumentacji zaprezentowanej przez wykonawcę. W niniejszej sprawie odwołujący przedstawił jako dowody polityki bezpieczeństwa informacji wykonawcy Orange Polska S.A. oraz wskazał na konkretne dokumenty z zakresu polityki bezpieczeństwa informacji stosowane u wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o., przedstawiając treść tych dokumentów mających znaczenie dla poczynionego zastrzeżenia. Ponadto, w treści ww. Oferty Dostawcy zostało zawarte zobowiązanie zachowania poufności informacji przedstawionych w tej ofercie. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołujący wykazał spełnienie wymogu z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r., dotyczącego podjęcia przez uprawnionego działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. W ocenie składu orzekającego Izby rozpatrywanie ewentualnego naruszenia ww. zobowiązania zawartego w Ofercie Dostawcy w wyniku ujawnienia informacji przez Integrates Solutions Sp. z o.o. konsorcjantowi Orange Polska S.A. wykraczało poza ramy niniejszego postępowania. Nawet jeśli doszłoby do takiego naruszenia, to miałyby to znaczenie wyłącznie w stosunku pomiędzy stronami tego zobowiązania. Zastrzeżone informacje w dalszym ciągu pozostawały w kręgu wykonawców będących odwołującym. Wymaga zaznaczenia, że rozpoznając odwołanie w ww. zakresie Izba odnosiła się wyłącznie do kwestii spełnienia wymogu z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r., dotyczącego podjęcia przez uprawnionego działań w celu utrzymania informacji w poufności, gdyż jego niespełnienie zostało podane przez zamawiającego jako powód uznania braku skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie. W związku z tym, że Izba nie dokonywała kompleksowej oceny przedstawionego w powyższym zakresie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, w sentencji wyroku ograniczyła się do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności uznania bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zastrzeżonych w Ofercie Dostawcy. Należy to również odnieść do ww. informacji, podanych w którychkolwiek wyjaśnieniach ceny.

Odmiennej oceny Izba dokonała w odniesieniu do zarzutu dotyczącego rodzaju urządzeń CPE przyjętych w kalkulacji kosztów w ramach prawa opcji. Uzasadniając postawiony w tym zakresie zarzut odwołujący wskazał, że zamawiający uzasadnił odtajnienie informacji w zakresie rodzaju przyjętych urządzeń CPE w ramach kalkulacji kosztów prawa opcji tym, że taka informacja była podana w części jawnej wyjaśnień ceny, podczas gdy część jawna takiej informacji nie zawiera. Zdaniem odwołującego oznacza to, nie było podstaw do ujawnienia tej informacji. Przedstawionej przez odwołującego argumentacji zamawiający nie zaprzeczył. Wskazał natomiast, że odwołujący nie odniósł się do ww. kwestii w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobne stanowisko zostało zaprezentowane przez przystępującego. Słusznie zauważył odwołujący, że rozpatrując tego rodzaju zarzuty należy odnosić się do uzasadnienia czynności przedstawionego przez zamawiającego. Jednakże nie należy zapominać, że pierwotną wobec czynności zamawiającego jest czynność wykonawcy polegająca na zastrzeżeniu informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Warunkiem uwzględnienia zarzutu dotyczącego niezasadnego zdaniem wykonawcy odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica jest wykazanie przez niego w treści odwołania, że chodzi o informacje, co do których takiego zastrzeżenia zostało dokonane i przedstawiono w tym zakresie uzasadnienie poczynionego zastrzeżenia. Tak się w niniejszej sprawie nie stało. Odwołanie nie zawierało żadnych informacji w tym zakresie. Jakkolwiek uzupełnienie tych informacji w trakcie rozprawy należałoby uznać za spóźnione, to i tak, również na tym etapie postępowania, odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych informacji. Jedynie w sposób ogólny odwołujący odesłał do wyjaśnień ceny w zakresie kosztów oraz minimalizowania ryzyk projektu. Wymaga zauważenia, że to nie zamawiający ani Izba powinny poszukiwać uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Kierując się tą argumentacją Izba uznała, że w powyższym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2, ust. 3 pkt 1) lit. b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz.

2437).

Przewodniczący: