Sygn. akt: KIO 404/23

WYROK z dnia 1 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Rafał Malinowski

Małgorzata Matecka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. przez wykonawcę Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 02-685 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin

przy udziale wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 12, 02-673 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia w całości dokumentów (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa), niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć zasadnicza większość informacji zawartych w ww. dokumentach nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wykonawca Ericsson nie

wykazał, iż wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

- zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia wyjaśnień ceny z załącznikami, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć wykonawca ten nie dochował obowiązków ustawowych dla wykazania, że ww. dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym są jawne i powinny zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu;

i nakazuje zamawiającemu PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w:

- dokumentach i wyjaśnieniach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. w piśmie z dnia 13 grudnia 2022 r., tj. wykazach dotyczących kryteriów oceny ofert, referencjach, oświadczeniach własnych, Poświadczeniach Bezpieczeństwa, niezbędnych do oceny ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ - <u>w części, tj. z wyłączeniem danych identyfikujących kontrahentów wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. (tj. nazw i danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych), danych osobowych (imion i nazwisk) osób wskazanych w wykazach osób oraz nazw klientów wskazanych w wykazach osób;</u>

- wyjaśnieniach ceny z dnia 16 stycznia 2023 r. wraz z załącznikami – <u>z wyłączeniem danych identyfikujących kontrahentów wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. (tj. nazw i danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych).</u>

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Ericsson Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz

Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania poniesione przez Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:

trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

3.2. zasądza od Ericsson Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy)

3.3. zasądza od Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 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 404/23

U z a s a d n i e n i e

PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i wdrożenie komponentów sieci radiowej RAN LTE450 wraz z usługą wsparcia technicznego". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 marca 2022 r. pod pozycją 2022/S 060-158658.

W dniu 13 lutego 2023 r. wykonawca Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

a) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Ericsson

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

b) badania i oceny złożonych ofert;

c) zaniechania odtajnienia dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Ericsson Sp. z o.o.

i zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa;

d) ewentualnie zaniechania czynności odrzucenia oferty Ericsson Sp. z o.o., pomimo że

wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto zaoferowana przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. cena jest rażąco niska, tzn. jest to cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zwłaszcza kosztów wdrożenia Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym;

e) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., pomimo że treść ww.

oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;

f) przyznania ofercie Odwołującego 0 punktów w kryterium „Potencjał wdrożeniowy dla

Systemu OSS" [KWO];

g) zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako

najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

a) naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia w całości dokumentów (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa), niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć zasadnicza większość informacji zawartych w ww. dokumentach nie stanowi

tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, iż wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

b) naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia wyjaśnień ceny z załącznikami, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć wykonawca ten nie dochował obowiązków ustawowych dla wykazania, że ww. dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym są jawne i powinny zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu;

c) ewentualnie - naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia dokumentów (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa), niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ oraz wyjaśnień ceny z załącznikami, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa w całości i bez żadnych wyłączeń, choć zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE" lub „Trybunał") z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 instytucja zamawiająca musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić konkurencyjnemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego;

d) ewentualnie - naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Ericsson Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto zaoferowana przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. cena jest rażąco niska, tzn. jest to cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zwłaszcza kosztów wdrożenia Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym;

e) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Ericsson Sp. z o.o., pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

f) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie ofercie Odwołującego 0 punktów w kryterium „Potencjał wdrożeniowy dla Systemu OSS" [KWO], co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

g) naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Ericsson jako najkorzystniejszej,

b) dokonał ponownego badania i oceny ofert,

c) odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i wyjaśnienia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o., tj. wykazy dotyczące kryteriów oceny Ofert, referencje, oświadczenia własne, Poświadczenia Bezpieczeństwa, niezbędne do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ - w części, tj. z wyłączeniem danych identyfikujących kontrahentów wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. (tj. nazw i danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych), danych osobowych (imion i nazwisk) osób wskazanych w wykazach osób oraz nazw klientów wskazanych w wykazach osób;

d) odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i wyjaśnienia

zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o., tj. wyjaśnienia ceny z załącznikami - w całości, a przynajmniej w następującym zakresie:

(i) informacje dotyczące okablowania, materiałów instalacyjnych, obejm kablowych dla

wymaganych:

- odległości pomiędzy modułem systemowym a modułem radiowym równą 50 metrów,

- wysokości zawieszenia anteny GNSS równą 25 metrów,

(ujawnienie informacji o długości kabli, rodzaju, kosztach zakupu, ze wskazaniem miejsca ujęcia i wyceny tych elementów w Formularzu Cenowym wykonawcy) /wskazane informacje dotyczą wymagań określonych w pkt 9.3.2 i 9.3.17 OPZ/;

(ii) informacje dotyczące dostaw tłumików oraz modeli zaoferowanych tłumików, ze

wskazaniem miejsca ujęcia i wyceny tych elementów w Formularzu Cenowym wykonawcy /wskazane informacje dotyczą wymagań określonych w pkt 7.5.3 OPZ/;

(iii) informacje dotyczące kosztów pracy personelu kluczowego (w tym czasu pracy /godziny, dni/ oraz przyjętej stawki / wynagrodzenia osób), w szczególności personelu uwzględnionego dla następujących pozycji Formularza cenowego wykonawcy:

2.3 Koszt wdrożenia dla dwóch Stacji Bazowych LTE

3.3 Koszt wdrożenia dla Systemu OSS

4.3 Koszt wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowych LTE;

ze wskazaniem miejsca ujęcia i wyceny tych elementów w Formularzu Cenowym wykonawcy;

(iv) informacje dotyczące kosztów organizacji i przeprowadzenia warsztatów w ramach Etapu II oraz w ramach etapu IV /dotyczy pkt 13 OPZ/, ze wskazaniem wielkości klas (studentów w klasie), ilości klas, rund itd. (podanie pełnego zakresu warsztatów);

(v) informacje dotyczące kosztów kupowanych na rynku usług lokalnych oraz zaangażowania personelu kluczowego w następującym zakresie:

- 1 x Wizyta techniczna na obiekcie
- 1 x Dokumentacja Techniczno Implementacyjna
- 1 x Średni koszt transportu lokalnego na stację do 200km 3.5t/16m3
- 1 x Instalacja Stacji Bazowej
- 1 x Testy / Akceptacja Stacji Bazowej

3 x Instalacja anteny panelowej do 2m

1 x Dokumentacja powykonawcza

/dotyczy poz. 4.3 Formularza cenowego „Koszt wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowych LTE"

(vi) informacje dotyczące kosztów dostawy oraz modeli i liczby zaoferowanych specjalnych (niestandardowych) szaf telekomunikacyjnych, ze wskazaniem miejsca ujęcia i wyceny tych elementów w Formularzu Cenowym wykonawcy /wskazane informacje dotyczą wymagań określonych w pkt 8.8.4 i 8.8.17 OPZ/;

e) ewentualnie udzielił Odwołującemu dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych

informacji (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa, niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ oraz wyjaśnień ceny z załącznikami), tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21, tj. przynajmniej w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;

f) ewentualnie odrzucił ofertę wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. ze względu na to, że

wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto zaoferowana przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. cena jest rażąco niska, tzn. jest to cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zwłaszcza kosztów wdrożenia Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym,

g) dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Ericsson Sp. z o.o. ze względu na

niezgodność treści ww. oferty z warunkami zamówienia, opisaną w uzasadnieniu odwołania,

h) przyznał ofercie Odwołującego 4,8 punktów w kryterium „Potencjał wdrożeniowy dla

Systemu OSS" [KWO],

i) dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazał jak następuje:

I Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3

ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie

jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia w całości dokumentów (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa), niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć zasadnicza większość informacji zawartych w ww. dokumentach nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, iż wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. zastrzegł całość dokumentów niezbędnych do oceny ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, bez żadnych wyłączeń, a Zamawiający powyższe zastrzeżenie respektuje i uznaje za skuteczne.

Zdaniem Odwołującego, możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga albo precyzyjnego określenia przez wykonawcę informacji, jakie powinny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony, albo wykazania przez wykonawcę, że określone zestawienie informacji podlega ochronie z uwagi na spełnienie przesłanek ustawowych. Odwołujący za wyrokiem Izby z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21 wskazał, że w przypadku żądania przez wykonawcę objęcia ochroną określonego zestawienia informacji (tak jak w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o.), wykonawca powinien wykazać w treści uzasadnienia znaczenie takiego zestawienia informacji dla konkurencji w kontekście możliwości jego wykorzystania i utraty przez wykonawcę pozycji rynkowej. Odwołujący zauważył, że nie stanowi takiego wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przepisów TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS - załącznik do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu (WTO) oraz dyrektywy 2016/943) czy odwołanie się do pojęcia informacji przetworzonej w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

> Zastrzeżenie informacji dotyczących kontrahentów i zrealizowanych projektów

Odwołujący podniósł, że analiza przedstawionego przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. uzasadnienia zastrzeżenia wykazów dostaw i usług oraz referencji (w Ad 1, lit. b) nie pozostawia żadnych wątpliwości, że jedynymi informacjami zawartymi w ww.

dokumentach, które wykonawca Ericsson Sp. z o.o. faktycznie chce chronić, i które stanowią dla niego jakąkolwiek wartość, są dane identyfikujące kontrahentów wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. (tj. ich nazwy i dane kontaktowe oraz dane osobowe osób kontaktowych).

Odwołujący zadeklarował, że nie jest zainteresowany danymi identyfikującymi kontrahentów wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. (tj. ich nazwami i danymi kontaktowymi oraz danymi osobowymi osób kontaktowych) i nie domaga się ich ujawnienia. Odwołujący wyjaśnił, że ma na celu sprawdzenie, czy zastrzeżone informacje na temat nazwy projektu, miejsca wdrożenia (kraju), zakresu wdrożenia, wielkości wdrożenia i okresu realizacji powołanych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. wdrożeń faktycznie potwierdzają spełnianie wymagań SWZ co do kryteriów oceny ofert. W ocenie Odwołującego, ujawnienie ww. informacji w żaden sposób nie narazi wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. na próbę przejęcia jego kontrahentów przez Odwołującego czy inne podmioty konkurencyjne, w żaden sposób nie ułatwi też dostępu konkurentom do poszczególnych osób odpowiedzialnych u kontrahentów wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. za realizację analogicznych zleceń. Odwołujący zauważył przy tym, że wdrożenia powołane przez Ericsson Sp. z o.o. są wdrożeniami już zrealizowanymi, zatem informacje na ich temat mają charakter wyłącznie danych historycznych - nie są to informacje o potencjalnych, nowych wdrożeniach u kontrahentów wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., o które Odwołujący mógłby się ubiegać rywalizując z wykonawcą Ericsson Sp. z o.o. Ze względu na zakres informacji, których ujawnienia domaga się Odwołujący, nie będą też w żaden sposób zagrożone dane osobowe poszczególnych osób kontaktowych.

Za nietrafny Odwołujący uznał argument powołany przez Ericsson Sp. z o.o., że: „Drugi spośród wykonawców, który wziął udział w Postępowaniu jest również konkurentem Wykonawcy rywalizującym z nim również w innych postępowaniach. Uwzględniając okoliczność, że dla sukcesu w podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego kluczowa jest punktacja uzależniona od przedstawionego w wykazach doświadczenia, ewentualne odtajnienie Dokumentów mogłoby doprowadzić do zmniejszenia szans Wykonawcy na uzyskanie innych kontraktów publicznych.” Odwołujący zauważył, że powyższy argument opiera się na niczym nieuzasadnionym założeniu, wręcz spekulacji, że w bliżej nieznanym, przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia o zbliżonym przedmiocie inny zamawiający sformułuje te same albo bardzo podobne kryteria pozacenowe. W ocenie Odwołującego, takie założenie nie ma żadnych podstaw i w żaden sposób nie uzasadnia zastrzeżenia przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. informacji o punktowanym doświadczeniu. Odwołujący stwierdził, że według jego wiedzy, aktualnie nie jest prowadzone żadne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o zbliżonym przedmiocie, zaś prawdopodobieństwo tego, że w

ewentualnym, przyszłym postępowaniu

zostaną przyjęte kryteria pozacenowe pozwalające na skorzystanie z informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jest tak nikłe, że praktycznie żadne. W opinii Odwołującego, odwoływanie się do zdarzeń przyszłych, niepewnych i całkowicie niezależnych od Odwołującego, jak i od wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., w żaden sposób nie dowodzi wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający ujawnił punktację przyznaną ofercie wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. w poszczególnych kryteriach pozacenowych, udostępnił też Odwołującemu arkusz oceny ofert wraz uzasadnieniem punktacji przyznanej ofercie wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. w kryteriach pozacenowych. Odwołujący dowiedział się zatem bez żadnych trudności i sposób legalny, ile wdrożeń w poszczególnych kryteriach pozacenowych przedstawił wykonawca Ericsson Sp. z o.o. i ile z tych wdrożeń Zamawiający uznał za spełniające wymagania określone w Załączniku nr 8 do SWZ. Możliwa do uzyskania przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. punktacja, uzależniona od przedstawionego w wykazach doświadczenia, jest zatem Odwołującemu znana.

Odnośnie powołanego przez Ericsson Sp. z o.o. argumentu, iż „referencje oraz wykazy dostaw i usług przedstawione przez Wykonawcę dotyczą projektów wykonywanych na rzecz podmiotów prywatnych, umowy dotyczące których objęte są dodatkowo klauzulą poufności, co opisano szerzej poniżej.” Odwołujący wskazał, że sama okoliczność, iż dana dostawa lub usługa została wykonana na rzecz podmiotu prywatnego nie uzasadnia jeszcze w żaden sposób zastrzeżenia informacji na jej temat jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak zauważył Odwołujący, zastrzegając wykazy wraz z referencjami wykonawca Ericsson Sp. z o.o. musiałby odnośnie każdej zastrzeżonej informacji wykazać, że wszystkie przesłanki zastrzeżenia jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione - samo stwierdzenie, że określone dostawy i usługi zostały zrealizowane na rzecz nieujawnionego do wiadomości publicznej podmiotu prywatnego, bez wątpienia nie stanowi wykazania przesłanek dopuszczalności zastrzeżenia. Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO 322/11, wyrok z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1384/14, oraz wyroku z 24 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1435/16. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że w wykazach niezbędnych do oceny ofert w ramach kryteriów określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, sporządzonych na formularzach stanowiących Załącznik 5 do SWZ, Zamawiający wymagał podania wyłącznie informacji potwierdzających spełnianie jawnych wymagań określonych w opisie poszczególnych kryteriów pozacenowych.

Odwołujący podkreślił, że informacje, których ujawnienia się domaga, nie pozwolą mu na uzyskanie informacji na temat polityki cenowej wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. wobec jego klientów. Odwołujący uznał powyższe za oczywiste, jako że ani w wymaganych wykazach, sporządzonych na formularzach stanowiących Załącznik 5 do SWZ, ani w wymaganych

oświadczeniach/referencjach Zamawiający nie wymagał żadnych informacji odnośnie cen, za które wykonane zostały wskazane wdrożenia. Takie informacje byłyby zresztą Zamawiającemu całkowicie nieprzydatne, gdyż w żadnym z pozacenowych kryteriów oceny ofert Zamawiający nie sformułował jakichkolwiek wymagań odnośnie wartości zrealizowanych wdrożeń.

Za nieuzasadniające zastrzeżenia całości dokumentów niezbędnych do oceny ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku nr 8 do SWZ Odwołujący uznał stanowisko wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., zgodnie z którym „Dokumenty (w szczególności referencje oraz wykazy dostaw i usług) zawierają m.in. informacje o podmiocie, na którego rzecz zostało wykonane dane zamówienie, wykonawcy, okresie realizacji oraz szczegółowym przedmiocie zamówienia. Tym samym stanowią one dla Wykonawcy i dla podmiotów udostępniających swoje zasoby istotną wartość gospodarczą. Informacje te stanowią także wartość organizacyjną i handlową, gdyż pozwalają ustalić poziom posiadanego przez Wykonawcę potencjału w danym sektorze." Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu zastrzeżenia wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nawet nie usiłował wytłumaczyć, nie mówiąc już o wykazaniu wymaganym w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, że informacje inne niż dane identyfikujące podmiot, na którego rzecz zostało wykonane dane zamówienie, mają jakąkolwiek wartość gospodarczą, organizacyjną czy handlową. Odwołujący wskazał, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. ograniczył się do zdawkowego stwierdzenia, że „Informacje te stanowią także wartość organizacyjną i handlową, gdyż pozwalają ustalić poziom posiadanego przez Wykonawcę potencjału w danym sektorze." W ocenie Odwołującego, z powyższego stwierdzenia jednak nic nie wynika, niczego ono nie tłumaczy i w żaden sposób nie pozwala uznać, że zastrzeżenie całości dokumentów było dopuszczalne.

Odwołujący stwierdził, że brak jakichkolwiek konkretnych argumentów (nie mówiąc już o dowodach) na potwierdzenie tego, że wszystkie informacje zastrzeżone przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, stanowi sam w sobie najlepszy dowód na to, że zastrzeżone informacje takiego charakteru nie mają. Odwołujący wskazał na pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż wykazy dostaw, usług czy robót budowlanych wraz z referencjami nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie wypełniają przesłanek określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał przykładowo na wyrok z dnia 8 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1780/13.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w Załączniku nr 8 do SWZ sformułował jednoznacznie i precyzyjnie wymogi dla poszczególnych kryteriów pozacenowych. W opisie poszczególnych kryteriów pozacenowych Zamawiający wskazał, jakimi właściwościami czy

parametrami musi się charakteryzować dane wdrożenie, aby Zamawiający uwzględnił je przy punktacji oferty. Odpowiednio do powyższego, w wykazach niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, sporządzonych na formularzach stanowiących Załącznik 5 do SWZ, Zamawiający wymagał podania wyłącznie informacji potwierdzających spełnianie wymagań określonych w opisie poszczególnych kryteriów

pozacenowych. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie żądał żadnych szczegółowych informacji technicznych czy technologicznych, lecz wyłącznie niezbędnych informacji potwierdzających, że dane wdrożenie spełnia wymagania określone w Załączniku Nr 8 do SWZ. Zdaniem Odwołującego, nie sposób przyjąć, że informacje na temat wdrożeń, zawarte w zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. dokumentach, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, skoro jedynie potwierdzają spełnianie jawnych i precyzyjnych wymagań określonych w opisie poszczególnych kryteriów pozacenowych. Ujmując rzecz na przykładzie Odwołujący wskazał, że skoro oferta wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. otrzymała 13 punktów w ramach kryterium „Technologia LTE-M/NB-IoT w paśmie B3T (KIOT)", to jest oczywiste, że wykonawca ten powołał się na Produkcyjne Wdrożenie technologii LTE wraz z LTE- M i NB-IoT na co najmniej 50 Stacjach Bazowych LTE działających w paśmie 3GPP Band 31 (B31), zbudowanych w oparciu o Kluczowe Komponenty producenta oferowanego rozwiązania - gdyż wyłącznie za takie właśnie wdrożenie można było uzyskać w tym kryterium 13 punktów. Już tylko z tego względu informacje na temat tego wdrożenia podane przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

- Zastrzeżenie informacji dotyczących osób

Odwołujący wskazał, że analiza przedstawionego przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. uzasadnienia zastrzeżenia wykazów osób oraz poświadczeń bezpieczeństwa nie pozostawia żadnych wątpliwości, że jedynymi informacjami zawartymi w ww. dokumentach, które wykonawca Ericsson Sp. z o.o. faktycznie chce chronić, i które stanowią dla niego jakąkolwiek wartość, są dane identyfikacyjne osób, którymi posłuży się wykonawca Ericsson Sp. z o.o. realizując zamówienie objęte postępowaniem. Wykonawca Ericsson Sp. z o.o. chroni dane osobowe swojego personelu, aby uniemożliwić „przejęcie" i rekrutację personelu wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. przez inne firmy. Odwołujący zauważył, że zakres informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. nie ogranicza się do danych osobowych personelu, lecz obejmuje również informacje na temat doświadczenia, w tym projektów, w których osoby te uczestniczyły i okresów, w jakich miało to miejsce, a także na temat uzyskanych przez te osoby kwalifikacji (dostęp do danych niejawnych wynikający z poświadczeń bezpieczeństwa), wymaganych w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżenia tych dodatkowych informacji, zwłaszcza w zakresie doświadczenia zawodowego swojego personelu, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. w żaden sposób nie uzasadnił, poza zdawkowym stwierdzeniem, że ujawnienie tych danych dodatkowo ułatwiałoby konkurencji, czy headhunterom pozyskiwanie tych osób. W opinii Odwołującego, wykonawca Ericsson w żaden sposób nie wykazał również, że zastrzeżone dodatkowe informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwierdził, że już tylko z tego względu zastrzeżenie w tym zakresie nie powinno być respektowane.

Odwołujący oświadczył, że nie jest zainteresowany danymi osobowymi (imionami i nazwiskami) personelu wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. i nie domaga się ich ujawnienia. Odwołujący ma jednak na celu sprawdzenie czy zastrzeżone informacje na temat doświadczenia oraz kwalifikacji personelu wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. faktycznie potwierdzają spełnianie wymagań SWZ w ramach kryteriów oceny ofert. Zdaniem Odwołującego, ujawnienie tych informacji w żaden sposób nie narazi personelu wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. na „przejęcie" czy próbę rekrutacji przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że argumentacja, które używa wykonawca Ericsson Sp. z o.o. uzasadniając zastrzeżenie informacji dotyczących swojego personelu w orzecznictwie KIO jest oceniana jednoznacznie negatywnie. Odwołujący przywołał stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z dnia 09 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2633/17: „Izba uznała, że Przystępujący przy doborze odpowiednich słów chce wywrzeć wrażenie zagrożenia, że jeśli udostępniłby nazwiska osób podanych w Wykazie, to natychmiast osoby te zostały by „podkupione" przez konkurencję. KIO w szeregu orzeczeniach wskazywała, że co do zasady brak jest podstaw do obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób dedykowanych do pełnienia określonych funkcji w postępowaniu przetargowym (por. wyrok dnia 13 marca 2017 r. sygn. KIO 385/17). Wykonawca ma inne różne możliwości ewentualnego zabezpieczenia się przed rezygnacją osób wskazanych w ofercie z udziału w realizacji zamówienia, chociażby poprzez zawieranie umów cywilno-prawnych w których możliwe byłoby ustalenie odszkodowania dla wykonawcy w przypadku rezygnacji osoby z udziału w postepowaniu. Stwierdzić należy, że ze względu na fakt, iż jawność postępowania jest zasadą, to jej ograniczenia poprzez objęcie części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, wydaje się być możliwe tylko wtedy, jeśli brak jest innej możliwości zabezpieczenia interesów wykonawcy.".

Odwołujący powołał się również na analogiczne stanowisko Izby wyrażone w wyroku z 24 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1435/16: „Stwierdzenie Przystępującego o „podkupowaniu pracowników", również nie zostało w żaden sposób wykazane. Takie stwierdzenie można odnieść do każdej branży i każdego postępowania przetargowego.

Zmiana pracodawcy w wyniku inicjatywy pracownika jest elementem normalnej gry rynkowej, a Przystępujący nie wykazał, aby w tym konkretnym postępowaniu, przysługujące każdemu pracownikowi prawo do rozwiązania umowy o pracę prowadziło do naruszenia praw Przystępującego. To w gestii Wykonawcy leży takie zabezpieczenie stosunku pracy z pracownikiem, aby do sytuacji „podkupienia" pracownika nie doszło. Utajnienie dokumentów w tym zakresie nie stanowi żadnego zabezpieczenia. Co więcej, realizacja usługi na rzecz Zamawiającego nie będzie podlegała utajnieniu, tym samym brak jest uzasadnienia dla utajniania danych związanych z tą usługą na etapie postępowania, mającego na celu wybór oferty najkorzystniejszej. W tym miejscu ponownie należy podkreślić, że dokumenty w postępowaniu przetargowym, w tym te, które zawierają informacje o sposobie realizacji usługi, jak również o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, są jawne. W odniesieniu do wykazu osób, które realizować będą zamówienie, nie została wykazana żadna z przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tylko łączne spełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie, pozwala na uznanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.".

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w Załączniku nr 8 do SWZ sformułował jednoznacznie i precyzyjnie wymogi dla poszczególnych kryteriów pozacenowych. W opisie poszczególnych kryteriów pozacenowych Zamawiający wskazał, jakim właściwościami czy parametrami musi się charakteryzować dane wdrożenie, aby Zamawiający uwzględnił je przy punktacji oferty. Zamawiający uczynił tak zarówno w przypadku wdrożeń, którymi mają się legitymować osoby wymagane w kryterium „Potencjał wdrożeniowy dla Stacji Bazowych LTE" (KWL) oraz kryterium „Potencjał wdrożeniowy dla Systemu OSS" (KWO), jak i w przypadku wdrożenia wymaganego w kryterium „Technologia LTE-M/NB-IoT w paśmie B31" (KIOT).

Odpowiednio do powyższego w wykazach, niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, sporządzonych na formularzach stanowiących Załącznik 5 do SWZ, Zamawiający wymagał podania wyłącznie informacji potwierdzających spełnianie wymagań określonych w opisie poszczególnych kryteriów pozacenowych. Zamawiający nie żądał żadnych szczegółowych informacji technicznych czy technologicznych, lecz wyłącznie niezbędnych informacji potwierdzających, że dane wdrożenie spełnia wymagania określone w Załączniku Nr 8 do SWZ. Nie sposób przyjąć zatem, że informacje na temat wdrożeń, zawarte w zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson dokumentach (w szczególności w wykazach osób), mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, skoro jedynie potwierdzają spełnianie jawnych i precyzyjnych wymagań określonych w opisie poszczególnych kryteriów pozacenowych.

Odwołujący stwierdził, że tak samo rzecz się ma z podanymi w wykazach osób informacjami na temat uzyskanych przez te osoby kwalifikacji (dostęp do danych niejawnych wynikający z poświadczeń bezpieczeństwa). Zgodnie z pkt 19.4.4.5. SWZ poświadczone za zgodność z oryginałem kopie Poświadczeń Bezpieczeństwa uprawniających do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne" lub wyższej, w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia z 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742) były wymagane na potwierdzenie warunku opisanego w pkt 4.3. Załącznika nr 10 do OPW - w przypadku, o którym mowa w pkt 22.7. SWZ, czyli w przypadku, gdy Wykonawca przedstawi do oceny w kryterium oceny Ofert opisanym w pkt 1.3., 1.4. Załącznika nr 8 do SWZ dot. „Potencjału wdrożeniowego" - KWL, KWO w danej roli, osobę inną niż wykazaną na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 4.3. Załącznika nr 10 do OPW (Poświadczenia Bezpieczeństwa). Zamawiającemu zależało zatem na potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 4.3. Załącznika nr 10 do OPW (Poświadczenia Bezpieczeństwa), a zatem warunku jawnego i znanego wszystkim zainteresowanym. Dla Odwołującego oczywiste jest, że informacji o tym, iż osoba wskazana na określone stanowisko posiada wymagane przez Zamawiającego Poświadczenie Bezpieczeństwa, nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro warunek udziału w postępowaniu był jawny, a Zamawiający uznał, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. go spełnia.

Wykonawca Ericsson odnośnie wskazanych w Dokumentach (w szczególności w wykazach osób) projektów wdrożeniowych podniósł również, że: „informacja dotycząca projektów wdrożeniowych: podanie nazw klientów i dokładnych dat wdrożenia konkretnych komponentów naraża klientów na potencjalne ryzyko dotyczące obszaru bezpieczeństwa. Ryzyko to związane jest z dzieleniem się wiedzą na temat architektury krytycznych systemów niezbędnych do zachowania ciągłości świadczenia usług telekomunikacyjnych.”. Odwołujący nie zgodził się w powyższą argumentacją. Odwołujący podniósł, że w wykazach niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, sporządzonych na formularzach stanowiących Załącznik 5 do SWZ, Zamawiający nie wymagał informacji „na temat architektury krytycznych systemów niezbędnych do zachowania ciągłości świadczenia usług telekomunikacyjnych”, nie wymagał też żadnych szczegółów dotyczących architektury sieci radiowej. Zamawiający wymagał podania wyłącznie informacji potwierdzających spełnianie wymagań określonych w opisie poszczególnych kryteriów pozacenowych, czyli informacji o charakterze absolutnie podstawowym, bez jakichkolwiek szczegółów, które mogłyby choćby potencjalnie narazić klientów na ryzyko dotyczące obszaru bezpieczeństwa. Przykładowo Odwołujący wskazał, że potwierdzenie w wykazie, że dany projekt wdrożeniowy obejmował co najmniej 300 Stacji

Bazowych LTE zbudowanych na bazie Kluczowych Komponentów producenta oferowanego rozwiązania (vide pkt 1.3.4, 1.3.7, 1.3.10 Załącznik nr 8 do SWZ), nie daje praktycznie żadnej wiedzy „na temat architektury krytycznych systemów niezbędnych do zachowania ciągłości świadczenia usług telekomunikacyjnych”.

Niezależnie od powyższego Odwołujący oświadczył, że nie jest zainteresowany nazwami klientów wskazanych w wykazach osób i nie domaga się ich ujawnienia. Odwołujący chce natomiast sprawdzić, czy zastrzeżone informacje na temat doświadczenia oraz kwalifikacji personelu wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. faktycznie potwierdzają spełnianie wymagań SWZ w ramach kryteriów oceny ofert.

Odnośnie argumentacji Ericsson Sp. z o.o., że: „Przedstawione przez Wykonawcę w Dokumentach informacje stanowią jego „know-how" i wynikając z jego doświadczenia, są przedmiotem jego wyłącznej własności i wiedzy.” Odwołujący stwierdził, że zastrzeżone przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. dokumenty niezbędne do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ nie zawierają jakiegokolwiek know-how, w szczególności nie zawierają know-how produkcyjnego, jak i know-how handlowego. Dokumenty te zawierają wyłącznie informacje, które mają potwierdzać spełnianie wymagań określonych w jawnym i powszechnie dostępnym opisie poszczególnych kryteriów pozacenowych. Odwołujący zauważył, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nawet hasłowo nie wyjaśnił jakie know-how (czego dokładnie dotyczące) stanowią informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach.

II Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia wyjaśnień ceny z załącznikami, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć wykonawca ten nie dochował obowiązków ustawowych dla wykazania, że ww. dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym są jawne i powinny zostać uznane

przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu

Odwołujący podał, że złożone przez Ericsson SP. z o.o. wyjaśnienia wraz z dowodami złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2022 r. zostały udostępnione Odwołującemu wyłącznie w zakresie stron 1-3 wyjaśnień, tj. w zakresie nieobjętym tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie

wyliczenia ceny złożone przez Ericsson Sp. z o.o. za zasadne i skutecznie zastrzeżone jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego wynika, iż wykonawca Ericsson Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień ceny złożył:

- jawne pismo z 16 stycznia 2023 r. zawierające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa,

- jawną część wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny z 16 stycznia 2023 r. (str. 1-3).

Na końcu jawnej części wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny wykonawca Ericsson Sp. z o.o. stwierdził, że: „Poniższa treść (strony 4 - 26) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Ericsson Sp. z o.o.”. Z kolei w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca Ericsson Sp. z o.o. oświadczył, że zastrzega złożone w dniu 16 stycznia 2023 r. następujące dokumenty:

a) Wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny - str. 4 - 26

b) Załącznik nr 1 do wyjaśnień - Oferta Dostawcy 1;

c) Załącznik nr 2 do wyjaśnień - Oferta Dostawcy 1 - tłumaczenie;

d) Załącznik nr 3 do wyjaśnień - Oświadczenie Dostawcy 2;

e) Załącznik nr 4 do wyjaśnień - Oświadczenie Dostawcy 2 - Tłumaczenie;

f) Załącznik nr 5 do wyjaśnień - Oferta sprzętu (Środowisko Testowe) od Dostawcy 3;

g) Załącznik nr 6 do wyjaśnień - Oferta sprzętu (Środowisko Testowe) od Dostawcy 3 -

tłumaczenie;

h) Załącznik nr 7 do wyjaśnień - Oferta sprzętu (Środowisko Produkcyjne) od Dostawcy

3;

i) Załącznik nr 8 do wyjaśnień - Oferta sprzętu (Środowisko Produkcyjne) od Dostawcy

3 - tłumaczenie;

j) Załącznik nr 9 do wyjaśnień - Oferta sprzętu (Środowisko Testowe i Środowisko

Produkcyjne) od Dostawcy 4;

k) Załącznik nr 10 do wyjaśnień - Oferta sprzętu (Środowisko Testowe i Środowisko

Produkcyjne) od Dostawcy 4 - tłumaczenie;

l) Załącznik nr 11 do wyjaśnień - Oferta sprzętu (Środowisko Produkcyjne) od Dostawcy

4;

m) Załącznik nr 12 do wyjaśnień - Oferta sprzętu (Środowisko Produkcyjne) od Dostawcy 4 - tłumaczenie;

n) Załącznik nr 13 do wyjaśnień - Aneks do porozumienia wykonawczego

z Podwykonawcą 1 wraz z cennikiem;

o) Załącznik nr 14 do wyjaśnień - Aneks do porozumienia wykonawczego

z Podwykonawcą 2 wraz z cennikiem;

p) Załącznik nr 15 do wyjaśnień - Oferta Podwykonawcy 3;

q) Załącznik nr 16 do wyjaśnień - Oferta Podwykonawcy 4;

r) Załącznik nr 17 do wyjaśnień - Oferta Podwykonawcy 5 - wiadomość email;

s) Załącznik nr 18.1 - Fragment umowy dot. poufności z Podwykonawcą 1;

t) Załącznik nr 18.2 - Fragment umowy dot. poufności z Podwykonawcą 2;

u) Załącznik nr 18.3 - Fragment umowy dot. poufności z Dostawcą 4;

v) Załącznik nr 18.4 - Fragment umowy dot. poufności z Dostawcą 4 - tłumaczenie;

(zwane łącznie „Dokumentami) jako tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wywnioskował, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. zastrzegł praktycznie całość dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień ceny, a Zamawiający powyższe zastrzeżenie respektuje i uznaje za skuteczne. Niezastrzeżone zostały jedynie trzy pierwsze strony wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, na których nie podano jednak żadnych informacji dotyczących wyliczenia ceny oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. czy istotnych części składowych ceny. Ujawnione informacje są ogólnikowe i nieprzydatne do oceny prawidłowości kalkulacji ceny.

Odwołujący zaznaczył, że możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga albo precyzyjnego określenia przez wykonawcę informacji, jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony, albo wykazania przez wykonawcę, że określone zestawienie informacji podlega ochronie z uwagi na spełnienie przesłanek ustawowych. Odwołujący za wyrokiem Izby z dnia 17 stycznia 2022 r., KIO 3762/21 wskazał, że w przypadku żądania przez wykonawcę objęcia ochroną określanego zestawienia informacji (tak jak w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o.), wykonawca winien wykazać w treści uzasadnienia znaczenia takiego zestawienia informacji dla konkurencji w kontekście możliwości jego wykorzystania i utraty przez wykonawcę pozycji rynkowej. Nie stanowi

takiego wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przepisów TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS - załącznik do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu (WTO) oraz dyrektywy 2016/943) czy odwołanie się do pojęcia informacji przetworzonej w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Za wyrokiem KIO 3762/21 Odwołujący podkreślił, iż o tym, czy określone zestawienie informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie może przesadzać wyłącznie okoliczność ich zestawienia przez wykonawcę w jednym dokumencie. Sama okoliczność zestawienia określonych informacji w dokumencie, który nie jest publicznie dostępny, nie oznacza automatycznego przypisania takiemu zestawieniu obiektywnej wartości gospodarczej. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie wartości gospodarczej informacji, to każdy dokument przygotowany przez wykonawcę mógłby być uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca wymaga jednakże wykazania przez przedsiębiorcę, że takie zestawienie informacji ma obiektywną wartość gospodarczą, która ujawniona innym podmiotom działającym na rynku może przynieść potencjalną szkodę wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał na czym polega wartość zastrzeżonego zestawienia informacji. Odwołujący zaznaczył, że o tym, czy mamy do czynienia z informacją zasługująca na ochronę, decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczenia informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny kilkanaście razy poprosił wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. o potwierdzenie, że zaoferowana wycena dla danej pozycji pozwoli na realizację zdefiniowanych przez Zamawiającego wymagań opisanych w Załączniku nr 1 do SWZ - OPZ i Załączniku nr 2 do SWZ - PPU. W ocenie Odwołującego, nie sposób uznać odpowiedzi wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. zawartych w treści wyjaśnień, zawierających ogólne potwierdzenie o uwzględnieniu kosztów wynikających z wymogów opisanych przez Zamawiającego w ww. dokumentach, za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący zaznaczył, że takie informacje zostały jednak zastrzeżone przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o., choć ich zestawienie w jednym dokumencie nie nadaje im przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał błędnej oceny stanowiska wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. w zakresie wykazania zasadności zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy z 16 stycznia 2023 r. Odwołujący podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia złożone przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. ma charakter ogólny, nie odnosi się do poszczególnych informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy, w stosunku do których

wykonawca nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej. Ponadto, zdaniem Odwołującego, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, iż zostały spełnione pozostałe przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach.

Odnosząc się do treści samego uzasadnienia Odwołujący wskazał, iż stanowi ono ogólną deklarację, a nie rzeczywiste uzasadnienie. Przedstawione twierdzenia wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. stanowią szablon, który może zostać wykorzystany w dowolnym postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień ceny w znacznej części stanowi powtórzenie uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa), niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, mimo że zastrzegane informacje mają, a przynajmniej powinny mieć, odmienny charakter i dotyczyć zupełnie różnych kwestii. Odwołujący zauważył, że uzasadnienie w żaden sposób nie precyzuje, jakie konkretne informacje stanowią tajemnicę, odnosi się ogólnie do wyjaśnień jako całości. Samo wskazanie, że cały dany dokument lub informacja są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, nie jest wystarczające dla

uznania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W opinii Odwołującego, również punkty dotyczące braku ujawnienia informacji do wiadomości publicznej oraz czynności podjętych w celu zachowania poufności stanowią jedynie bardzo ogólne twierdzenia. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 9/20 Odwołujący wskazał: „Podkreślić należy, iż ratio legis ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego".

Odnosząc się do twierdzeń Ericsson Sp. z o.o. zawartych w pkt Ad 1) lit. a) i b) uzasadnienia zastrzeżenia, gdzie wykonawca Ericsson Sp. z o.o. stwierdził, że: „Informacje te odnoszą się przede wszystkim do sposobu kalkulowania przez Wykonawcę ceny, w tym metod pozwalających na dokonanie jej optymalizacji, a w konsekwencji uzyskania ceny niższej niż oferowana przez konkurentów" oraz że: „Kalkulacje te ilustrują stosowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy metody optymalizacji kosztów oraz sposoby budowania cen ofertowych i wyceny ryzyk, a tym samym przedstawiają wymierną wartość ekonomiczną dla Wykonawcy" Odwołujący uznał, że powyższe twierdzenia wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. nie odpowiadają rzeczywistości. Odwołujący wskazał, że sposób kalkulacji ceny ofertowej

wynika z przygotowanego przez Zamawiającego Opisu przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ) oraz z Formularza cenowego (Załącznik nr 4 do SWZ), który jak przyznał wykonawca Ericsson Sp. z o.o. stanowił rozbicie zaoferowanej ceny na bardzo wiele pozycji. Zdaniem Odwołującego, to ww. dokumenty wskazują jakie elementy należało ująć w cenie oferty. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, jeśli wykonawca Ericsson Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach podał koszty składające się na ceny podane w poszczególnych pozycjach Formularza cenowego, to z takiej informacji jeszcze w żaden sposób nie wynikają „stosowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy metody optymalizacji kosztów'. Wysokość danego kosztu nie tłumaczy w żaden sposób jak ten koszt został zoptymalizowany i jak daną wysokość danego kosztu wykonawcy udało się uzyskać.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca Ericsson Sp. z o.o., formułując ogólnikowe i lakoniczne twierdzenia, w żaden sposób nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, co więcej, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie odnosi się do poszczególnych informacji/dokumentów/dowodów zawartych w zastrzeżonych wyjaśnieniach. W ocenie Odwołującego, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, w jaki sposób zastrzeżone informacje mogą posłużyć podmiotowi konkurencyjnemu w osłabieniu pozycji wykonawcy na rynku, nie wyjaśnił, w jaki sposób informacje o kalkulacji do wykonania tego konkretnego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu mogłyby być wykorzystane przez innego wykonawcę - twierdzenia o możliwości poznania stosowanych metod optymalizacji kosztów są całkowicie niewiarygodne. Zdaniem Odwołującego, zastrzeżone informacje nie identyfikują żadnych metod działania, które mogłyby być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych. Dane zastrzeżone przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. są kalkulacjami (założeniami) dotyczącymi konkretnych pozycji, w tym konkretnym postępowaniu, przy uwzględnieniu konkretnych wymagań Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że elementem postępowania przetargowego i zasady jawności jest prawo innych wykonawców do weryfikacji kalkulacji (założeń) przyjętych przez konkurentów. Narzędzie to stanowi jeden z elementów gwarantujących wybór oferty, w której koszty realizacji zamówienia zostały prawidłowo skalkulowane, co przekłada się na późniejszym etapie na prawidłową realizację zamówienia.

W zakresie argumentacji wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. zawartej w uzasadnieniu zastrzeżenia, że: „Szczegółowe rozbicie ceny ofertowej ukazuje bowiem portfolio Wykonawcy, które stanowi nową rodzinę produktów Ericsson. Produkty te są oferowane klientom Grupy Ericsson na całym świecie. Pozyskanie informacji na temat sposobu wyceny komponentów sprzętowych Baseband oraz Radio Unit a także licencji na oprogramowanie, pozwoliłoby konkurencji oszacować poziom kosztów jednostkowych, jakie Ericsson jest w stanie zaoferować innym klientom w obszarze Internetu Rzeczy (IoT)." Odwołujący

stwierdził, że nie jest i nie może być tajemnicą przedsiębiorstwa „portfolio Wykonawcy, które stanowi nową rodzinę produktów Ericsson", czyli produkty oferowane Zamawiającemu, a zarazem „oferowane klientom Grupy Ericsson na całym świecie". Informacje na temat produktów zaoferowanych Zamawiającemu, wraz z podaniem ich nazw katalogowych, znajdują się w jawnym i dostępnym dla każdego zainteresowanego Formularzu cenowym złożonym przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. Nie stanowi zatem żadnej tajemnicy co konkretnie (jakie produkty) wykonawca Ericsson Sp. z o.o. zaoferował Zamawiającemu. Ponadto, w jawnym Formularzu cenowym złożonym przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. znajdują się szczegółowe informacje na temat cen jednostkowych produktów zaoferowanych Zamawiającemu. Zatem, jak zauważył Odwołujący, na podstawie jawnych informacji w Formularzu ofertowym można bez trudu stwierdzić do jakiego poziomu cen jednostkowych jest w stanie zejść wykonawca Ericsson Sp. z o.o. W rezultacie „pozyskanie informacji na temat sposobu wyceny komponentów sprzętowych Baseband oraz Radio Unit, a także licencji na oprogramowanie w żaden sposób nie pogorszy aktualnej sytuacji wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. ani nie polepszy sytuacji jego konkurentów, pozwoli natomiast Odwołującemu zweryfikować, czy powyższa wycena jest prawidłowa, w szczególności czy zaoferowane przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. ceny wystarczają na pokrycie niezbędnych kosztów.

Odnośnie argumentu Ericsson Sp. z o.o., że „Wykonawca zaoferował w przedmiotowym postępowaniu także nowe rozwiązania technologiczne, a mianowicie zautomatyzowane narzędzia do integracji i testów stacji bazowych. Pozwala to znacznie zoptymalizować pracochłonność w procesie integracji i testów. To rozwiązanie również oferowane jest klientom Grupy Ericsson na całym świecie. Niewątpliwie, jest to przewaga konkurencyjna. Ujawnienie sposobu wyceny tych rozwiązań pozwoliłoby konkurentom oszacować poziom kosztów usług wdrożeniowych, typowych dla tego rodzaju projektów." Odwołujący uznał, że powyższe stwierdzenia w żaden sposób nie uzasadniają dokonanego zastrzeżenia. Odwołujący podniósł, że przede wszystkim wskazane przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. „nowe rozwiązania

technologiczne, a mianowicie zautomatyzowane narzędzia do integracji i testów stacji bazowych” w rzeczywistości nie stanowi żadnej przewagi konkurencyjnej, gdyż również Odwołujący dysponuje takim rozwiązaniem (Plug and Play Integration) i zamierza je wykorzystać podczas realizacji przedmiotowego zamówienia. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie ukrywa informacji o ww. nowych rozwiązaniach technologicznych ani o zamiarze ich zastosowania do realizacji przedmiotowego zamówienia, pisząc o tym wprost w jawnym uzasadnieniu zastrzeżenia. Ponadto, zdaniem Odwołującego, ujawnienie sposobu wyceny tych rozwiązań wcale nie pozwoli konkurentom oszacować poziomu kosztów usług wdrożeniowych - sposób

wyceny tych rozwiązań dotyczy wyłącznie tych rozwiązań, a nie całości kosztów usług wdrożeniowych. Odwołujący zauważył, że za pomocą zautomatyzowanych narzędzi do integracji i testów stacji bazowych nie da się wykonać całości usług wdrożeniowych dla stacji bazowych, w szczególności nie da się wykonać niezbędnych dostaw i instalacji.

Odwołujący podkreślił, że w jawnym Formularzu cenowym złożonym przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. znajdują się szczegółowe informacje na temat ceny jednostkowej wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE (poz. 2.3. i 4.3. w zakładce „Podsumowanie”) oraz szczegółowe rozbicie tej ostatniej ceny na jej elementy składowe (w zakładce "3. Wdrożenie - Stacja Bazowa"). Odwołujący zauważył, że na podstawie jawnych informacji w Formularzu ofertowym można bez trudu stwierdzić do jakiego poziomu cen jednostkowych jest w stanie zejść wykonawca Ericsson Sp. z o.o. W rezultacie „ujawnienie sposobu wyceny tych rozwiązań” w żaden sposób nie pogorszy aktualnej sytuacji wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. ani nie polepszy sytuacji jego konkurentów, pozwoli natomiast Odwołującemu zweryfikować, czy powyższa wycena jest prawidłowa, w szczególności czy zaoferowane przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. ceny wystarczają na pokrycie niezbędnych kosztów.

Jak zaznaczył Odwołujący, chęć ochrony informacji „na temat sposobu wyceny komponentów sprzętowych Baseband oraz Radio Unit a także licencji na oprogramowanie” oraz „sposobu wyceny zautomatyzowanych narzędzi do integracji i testów stacji bazowych” w żaden sposób nie uzasadnia zastrzeżenia wyjaśnień ceny w całości. Odwołujący wskazał, że zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z 22 grudnia 2022 r. wykonawca Ericsson Sp. z o.o. miał udostępnić sposób wyceny (czyli złożyć wyjaśnienia ceny) dla szeregu innych pozycji, m.in.:

- Koszt gwarancji dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE (G28);
- Usługa Wsparcia Technicznego za 1 miesiąc dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym (G34);
- Koszt wdrożenia dla Systemu OSS (I22);
- Koszt gwarancji dla Systemu OSS (I23);
- Prawo Opcji - Koszt dostarczenia i wdrożenia funkcjonalności VoLTE w Sieci Radiowej LTE450 (I37)
- Koszt wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowych LTE (zakładka "3. Wdrożenie - Stacja Bazowa")

Odwołujący zwrócił uwagę, że przytoczona powyżej argumentacja wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. w żaden sposób nie odnosi się do zastrzeżenia sposobu wyceny ww.

pozycji, nie uzasadnia też zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o Podwykonawcach oraz o kwotach, za jakie oferują oni wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. swoje poszczególne usługi. Koszty w tym zakresie nie mają żadnego związku z kosztami komponentów sprzętowych Baseband oraz Radio Unit, licencji na oprogramowanie czy zautomatyzowanych narzędzi do integracji i testów stacji bazowych.

W zakresie argumentacji Ericsson Sp. z o.o. zawartej w uzasadnieniu zastrzeżenia, że: „dostęp do informacji, a w konsekwencji analiza rozbicia ceny w ramach oferty złożonej w Postępowaniu oraz szczegółowych wyjaśnień odnoszących się do niej, pozwoliłaby konkurentom Wykonawcy, w tym zwłaszcza drugiemu wykonawcy biorącemu udział w Postępowaniu na ustalenie obszarów lepiej zoptymalizowanych przez Wykonawcę, co w konsekwencji wiązałoby się z utratą przewagi rynkowej przez Wykonawcę.” Odwołujący wskazał, że „ustalenie obszarów lepiej zoptymalizowanych przez Wykonawcę” jest jak najbardziej możliwe na podstawie informacji podanych w jawnym i dostępnym dla każdego zainteresowanego Formularzu cenowym złożonym przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. W Formularzu tym znajdują się szczegółowe informacje na temat wszystkich cen jednostkowych zaoferowanych Zamawiającemu. Zatem na podstawie jawnych informacji w Formularzu ofertowym można bez trudu stwierdzić do jakiego poziomu cen jednostkowych jest w stanie zejść wykonawca Ericsson Sp. z o.o. Nie stanowi zatem żadnej tajemnicy, jakie konkretnie obszary zostały lepiej zoptymalizowane przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. -wynika to wprost z wielkości zaoferowanych cen jednostkowych.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., że: „Sposób wyceny przyjęty w tym Postępowaniu mógłby pozostawać miarodajny dla szeregu podobnych projektów w obszarze telekomunikacji, w tym realizowanych dla podmiotów prywatnych.

Oferowane rozwiązanie Stacji Bazowych składającej się z modułów radiowych oraz systemowych, a także System OSS to kluczowe produkty Ericsson oferowane klientom na całym świecie, a informacje na temat sposobu wyceny licencji na oprogramowanie pozwoliłyby podmiotom konkurencyjnym oszacować poziom cen, jakie Ericsson jest w stanie zaoferować innym klientom w obszarze Internetu Rzeczy (IoT). Oferowane komponenty, koszt ich wdrożenia i wskazane w wyjaśnieniach wyliczenia pracochłonności nie są zindywidualizowane dla Zamawiającego.”.

Odwołujący stwierdził, że o ile można się jeszcze zgodzić, że oferowane komponenty (moduły radiowe oraz systemowe i licencje na oprogramowanie, czyli generalnie sprzęt i oprogramowanie) nie są zindywidualizowane dla Zamawiającego, o tyle koszt ich wdrożenia i wskazane w wyjaśnieniach wyliczenia pracochłonności są, a przynajmniej powinny być,

zindywidualizowane dla Zamawiającego. Ww. składowe ceny wynikają ze specyficznych wymogów i uwarunkowań dotyczących realizacji przedmiotowego zamówienia, które Zamawiający szczegółowo przedstawił w Opisie przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ) oraz w Projektowanych postanowieniach Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ). Wymogi i uwarunkowania dotyczące wdrożenia i wynikające z nich koszty oraz wyliczenia pracochłonności zmieniają się w każdym kolejnym postępowaniu. Czyli zastrzeżone informacje w postaci liczb, danych mają charakter jednorazowy i związane są z kalkulacją ceny w poszczególnym postępowaniu, to jest na użytek konkretnego postępowania. Odwołujący uznał, że twierdzenie: „Sposób wyceny przyjęty w tym Postępowaniu mógłby pozostawać miarodajny dla szeregu podobnych projektów w obszarze telekomunikacji, w tym realizowanych dla podmiotów prywatnych" nie odpowiada rzeczywistości. Odwołujący przywołał wyrok Izby z 26 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2360/14: „aby informacja była chroniona to musi mieć ona walor stałości, reprezentatywności, stabilności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa a nie być zmienna kalkulacyjna na użytek każdego kolejnego postępowania. Bowiem informacja powinna posiadać wartość gospodarcza nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarcza przynajmniej w jakimś okresie czasu stała dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty. W ocenie Izby informacja posiadająca wartość gospodarcza to taka, która ma np.: wpływ na wycenę przedsiębiorstwa a nie stanowi tylko element kalkulacyjny tworzony na użytek kolejnego postępowania celem zdobycia kolejnego zamówienia i zmieniająca się z dnia na dzień.".

W ocenie Odwołującego, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, iż przedstawione przez niego kalkulacje posiadają faktyczną, obiektywną wartość gospodarczą. Zdaniem Odwołującego, nie można uznać, że na skutek ujawnienia sposobu wyceny przyjętego w tym konkretnym postępowaniu mogłoby dojść do utraty pozycji rynkowej wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że każdy z uczestników postępowania przyjmuje różnego rodzaju założenia oraz sporządza kalkulacje w zależności od posiadanych zasobów czy kręgu dostawców czy podwykonawców. W ocenie Odwołującego, jest mało prawdopodobne, by jakikolwiek inny wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., bowiem taka kalkulacja kształtowania jest w zależności od dostępnych dla każdego wykonawców zasobów i warunków realizacji konkretnego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. nie zawierają żadnej strategii realizacji zamówienia, gdyż dotyczą one realizacji konkretnego zamówienia, w którym brak jest elementów podlegających swobodnej ocenie wykonawców.

Jak zauważył Odwołujący, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. zastrzegł swoją kalkulację cenową, która przedstawia nic innego, jak tylko właśnie kalkulację zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem elementów wynikających z SWZ, znanych wszystkim wykonawcom. Jak słusznie wskazał Zamawiający w skierowanym do wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. zawiadomieniu o zamiarze odtajnienia z 03 stycznia 2023 r., znak pisma DZ/6/W/2023: „W niniejszym Postępowaniu oferowane rozwiązanie dobrane zostało przez każdego z Wykonawców na podstawie szczegółowych wymagań Zamawiającego wynikających ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik do SWZ. Zadaniem Wykonawców było zaoferowanie produktów i usług, które spełniają oczekiwane przez Zamawiającego wymagania. Nie ma w tym przypadku mowy o unikalnej koncepcji realizacji zamówienia, czy wymagającym ochrony know-how Wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa KIO nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa umiejętności doboru przez profesjonalnego oferenta sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymaganiom postawionym przez zamawiającego (wyrok KIO z 31 października 2016 r., sygn. akt: KIO 1829/16; KIO 1840/16). Izba wielokrotnie zwracała uwagę na fakt, że zgodnie z zasadą jawności obowiązująca w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Izba zauważa także, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.". Odwołujący przychylił się do ww. stanowiska Zamawiającego i przyjął jest za własne. Odwołujący zauważył, że Zamawiający powinien je zastosować nie tylko do zastrzeżenia przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. Formularza cenowego, ale również do zastrzeżenia przez tego wykonawcę wyjaśnień ceny.

Odwołujący za wyrokiem Izby z dnia 5 października 2021 r., sygn. akt KIO 2427/21, wskazał, że: „poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, w ocenie Izby nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności

postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca zastrzegł swoją kalkulację cenową, która przedstawia nic innego, jak tylko właśnie kalkulację zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem elementów wynikających z SWZ, znanych wszystkim wykonawcom.".

Jak wskazał Odwołujący, twierdzenia wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. w pkt Ad 1) lit. c) uzasadnienia zastrzeżenia, mające uzasadniać zastrzeżenie informacji dotyczących kontrahentów, w pierwszej części koncentrują się wokół tego,

że: „w jednym z pytań wezwania do wyjaśnień z 22 grudnia 2022 r. Zamawiający wezwał do uwzględnienia w wyjaśnieniach doświadczeń Wykonawcy związanych z wykonaniem zamówień (systemów) analogicznych lub zbliżonych do przedmiotu zamówienia, którego dotyczy oferta Wykonawcy. Z tego względu kolejny raz w Postępowaniu Wykonawca został zobowiązany do przedstawienia poufnych informacji o wcześniej realizowanych projektach, w tym również na rzecz podmiotów prywatnych.". Odwołujący zwrócił uwagę, że uzasadniając zastrzeżenie w tym zakresie wykonawca Ericsson Sp. z o.o. praktycznie co do słowa powtórzył argumentację użytą w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 13 grudnia 2022 r., tłumaczącą zastrzeżenie informacji dotyczących kontrahentów i zrealizowanych projektów, czyli zastrzeżenie wykazów dostaw i usług oraz referencji.

Odwołujący oświadczył, że jeśli faktycznie w zastrzeżonych wyjaśnieniach ceny znalazły się informacje o wcześniej zrealizowanych projektach, to nie jest zainteresowany danymi identyfikującymi kontrahentów wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. (tj. ich nazwami i danymi kontaktowymi oraz danymi osobowymi osób kontaktowych) i nie domaga się ich ujawnienia. Tym samym, jak stwierdził, nie zaistnieje ryzyko utraty przewagi rynkowej wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., na które powołał się on w uzasadnieniu zastrzeżenia.

Odnosząc się do twierdzeń wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. z pkt Ad 1) lit. c) uzasadnienia zastrzeżenia, mających uzasadniać zastrzeżenie informacji dotyczących kontrahentów: „do wyjaśnień załączone zostały umowy i oświadczenia pochodzące od Podwykonawców i Dostawców. Przejęcie przez konkurentów wiedzy o Podwykonawcach i Dostawcach, w tym zwłaszcza o kwotach, za jakie oferują oni Wykonawcy swoje poszczególne usługi bądź dostawy, mogłoby ułatwić rywalom Wykonawcy wyznaczenie kierunków współpracy z partnerami, dzięki której możliwe jest bardziej konkurencyjne realizowanie projektów w branży telekomunikacyjnej.” Odwołujący wskazał, że tożsamość Podwykonawców i Dostawców wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. nie stanowi żadnej tajemnicy. Wykonawca Ericsson Sp. z o.o. sam ujawnił informacje na ten temat, pośrednio już na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, załączając do niego m.in. jawne dokumenty JEDZ dla podmiotów udostępniających mu niezbędne zasoby, tj.:

- Ericsson AB
- ERICSSON TELECOMUNICAZIONI - SOCIETA' PER AZIONI
- Ericsson Slovakia spol. s.r.o.
- Ericsson Magyarország Kommunikációs Rendszerek Kft
- ATEST-POLSKA G., K., Ś. SPÓŁKA JAWNA
- MOBI-TELEKOM A. M.
- P.W. PEAK J. M. .

W opinii Odwołującego, wszelkie ewentualne wątpliwości w tym zakresie zostały wyjaśnione w jawnym Formularzu oferty, gdzie w pkt 8 wykonawca Ericsson Sp. z o.o. złożył oświadczenie co do podwykonawców, jakim zamierza powierzyć realizację zamówienia oraz części zamówienia, jakie zostaną poszczególnym podwykonawcom powierzone.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą Oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z Postępowania (którego wzór stanowi Załącznik nr 7 do SWZ). W ww. oświadczeniu wykonawca Ericsson Sp. z o.o. oświadczył, że podmiotem, będącym dostawcą, na którego przypada ponad 10% wartości Zamówienia, jest Ericsson AB. W rezultacie, przynajmniej tożsamość ww. Podwykonawców i Dostawców jest jawna i została ujawniona przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o.

Odnosząc się do twierdzenia wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., że przejęcie przez konkurentów wiedzy o kwotach, za jakie Podwykonawcy i Dostawcy oferują wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. swoje poszczególne usługi bądź dostawy, mogłoby ułatwić rywalom wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. wyznaczenie kierunków współpracy z partnerami, Odwołujący wskazał, że wiedza wystarczająca do wyznaczenia kierunków współpracy z partnerami wynika już z informacji podanych w jawnym i dostępnym dla każdego zainteresowanego Formularzu cenowym złożonym przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. W Formularzu tym znajdują się szczegółowe informacje na temat wszystkich cen jednostkowych zaoferowanych Zamawiającemu. Odwołujący wskazał, że na podstawie jawnych informacji w Formularzu ofertowym można bez trudu stwierdzić, do jakiego poziomu cen jednostkowych jest w stanie zejść wykonawca Ericsson Sp. z o.o. Nie stanowi zatem żadnej tajemnicy, jakie konkretnie obszary zostały lepiej zoptymalizowane przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o., także co do warunków współpracy z Podwykonawcami i Dostawcami -wynika to wprost z wielkości zaoferowanych cen jednostkowych. Wobec powyższego, jak przyjął Odwołujący, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie podał żadnych zasługujących na uwzględnienie argumentów za utrzymaniem zastrzeżenia informacji o kwotach, za jakie

Podwykonawcy i Dostawcy oferują wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. swoje poszczególne usługi bądź dostawy.

Odwołujący podkreślił, że z utrwalonego orzecznictwa Izby wynika, iż wartość gospodarcza zastrzeganych informacji ma mieć względnie trwały charakter, tj. umożliwiający ich wykorzystanie w innych postępowaniach, a nie tylko na potrzeby danego zamówienia. Wiedzą powszechną jest, że wykonawcy mają umowy z dostawcami i podwykonawcami oraz że otrzymują od nich oferty na potrzeby konkretnych postępowań. Zdaniem Odwołującego, trudno wyobrazić sobie, w jaki sposób „historyczna” oferta czy „historyczna” umowa z podwykonawcą lub dostawcą miałaby rzutować na kolejne postępowania. Kwoty, za jakie Podwykonawcy i Dostawcy oferują wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. swoje poszczególne usługi bądź dostawy, dotyczą tego konkretnego postępowania i wyłącznie na jego użytek zostały podane.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie złożył dokumentów, na podstawie których można by było ewentualnie ustalić, że określone koszty ponoszone przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. wynikają z indywidulanych uwarunkowań wykonawcy, wynegocjowanych z jego dostawcami czy podwykonawcami, zaś strony wspólnie w takich umowach zobowiązują się do nieujawniania takich informacji w postępowaniach przetargowych z uwagi na ich indywidualnie wynegocjowany przez wykonawcę upust czy szczególne warunki realizacji.

Z treści pkt Ad 1) lit. c) uzasadnienia zastrzeżenia, w którym wykonawca Ericsson Sp. z o.o. podniósł, że: „Wyżej wspomniane umowy i oświadczenia (tj. umowy i oświadczenia pochodzące od Podwykonawców i Dostawców - przyp. Odwołującego) objęte są dodatkowo klauzulami poufności, które Wykonawca załącza do niniejszego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (dokumenty te, zawierające informacje pozwalające zidentyfikować kontrahenta i stanowiące części umów objętych klauzulą poufności stanowią również tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, stąd Wykonawca przekazuje je wyłączenie do wiadomości Zamawiającego).

Dowód: Fragment umowy PRZEDSIĘBIORSTWA];	dot. Poufności z	Podwykonawcą	1 [TAJEMNICA
Dowód: Fragment umowy PRZEDSIĘBIORSTWA];	dot. Poufności z	Podwykonawcą	2 [TAJEMNICA
Dowód: Fragment umowy dot. poufności PRZEDSIĘBIORSTWA]; Dowód: Fragment umowy Tłumaczenie [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]”.		z Dostawcą dot. poufności	4 [TAJEMNICA z Dostawcą 4 -

Odwołujący wywiódł, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. przedstawił dowody na zawarcie umów dotyczących poufności wyłącznie z Podwykonawcą 1, Podwykonawcą 2 oraz Dostawcą 4. Nie przedstawiono natomiast żadnych dowodów na zawarcie takich umów z pozostałymi trzema Podwykonawcami i trzema Dostawcami, których oferty i oświadczenia zostały załączone do wyjaśnień ceny i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym, jak stwierdził Odwołujący, w odniesieniu do umów i oświadczeń pochodzących od Podwykonawców i Dostawców innych niż Podwykonawca 1, Podwykonawca 2 oraz Dostawca 4 nie zaoferowano Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających objęcie ich klauzulami poufności. W ocenie Odwołującego, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał też, że zobowiązany jest do chronienia treści tych umów i oświadczeń przed dostępem osób trzecich. Tym samym, w opinii Odwołującego, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, że w odniesieniu do treści tych umów i oświadczeń spełnione są wszystkie przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, co przesądza o bezpodstawności ich zastrzeżenia.

Odnosząc się do argumentu Ericsson Sp. z o.o. zawartego w pkt Ad 1) lit. c) uzasadnienia zastrzeżenia, że: „ujawnienie informacji zawartych w Dokumentach mogłoby mieć również wpływ na działalność gospodarczą podmiotów z sektora prywatnego, czyli kontrahentów Wykonawcy.” Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wyjaśnił, a tym bardziej nie wykazał, jak ujawnienie informacji zawartych w Dokumentach mogłoby mieć wpływ na działalność gospodarczą podmiotów z sektora prywatnego, czyli kontrahentów Wykonawcy, ograniczając się do przytoczenia fragmentu wyroku Izby z 9 maja 2022 r., sygn. KIO 991/22. Odwołujący zaznaczył, że brak jest informacji, przed jakim konkretnie zagrożeniem wykonawca Ericsson Sp. z o.o. chroni swoich kontrahentów. Odwołujący podkreślił, że informacje o współpracy Podwykonawców i Dostawców z wykonawcą Ericsson Sp. z o.o., jak też o przedmiocie takiej współpracy są jawne i zostały ujawnione przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. m.in. w Formularzu ofertowym, nie mogą zatem stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził ponadto, że zastrzeżenia całości wyjaśnień dotyczących ceny czy choć całości oświadczeń, ofert i umów z Dostawcami i Podwykonawcami nie uzasadnia twierdzenie Ericsson Sp. z o.o., że: „Dokumenty zawierają m.in. informacje o wcześniej realizowanych projektach oraz o warunkach współpracy Wykonawcy z Dostawcami i Podwykonawcami. Tym samym stanowią one dla Wykonawcy i jego Podwykonawców oraz Dostawców istotną wartość gospodarczą. Informacje te stanowią także wartość organizacyjną i handlową, gdyż pozwalają ustalić poziom posiadanego przez Wykonawcę potencjału w danym sektorze.” Odwołujący wskazał, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie podjął próby wykazania, że zastrzeżone informacje mają jakąkolwiek wartość organizacyjną

czy handlową. Wykonawca Ericsson Sp. z o.o. ograniczył się do zdawkowego stwierdzenia, że „Informacje te stanowią także wartość organizacyjną i handlową, gdyż pozwalają ustalić poziom posiadanego przez Wykonawcę potencjału w danym sektorze.”. W ocenie Odwołującego, z powyższego stwierdzenia nic nie wynika, niczego ono nie tłumaczy i w żaden sposób nie pozwala uznać, że dokonane zastrzeżenie było dopuszczalne.

Odnosząc się do twierdzeń Ericsson Sp. z o.o. zawartych w pkt Ad 2) uzasadnienia zastrzeżenia Odwołujący podniósł, że ze względu na swoją ogólnikowość nic nie wnoszą one do sprawy - są to głównie gołosłowne zapewnienia wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., przeplatane cytatami z orzecznictwa. Odwołujący stwierdził, że w szczególności nic nie wynika z argumentu: „Wagę i zasady ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w przedsiębiorstwie Wykonawcy podkreśla Ericsson Operational Quality Manual (EOQM), wskazując w pkt 3.2.3 na konieczność zapewnienia ochrony bezpieczeństwa informacji w ramach grupy Wykonawcy.” Odnośnie powołanego przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. dokumentu „Nasz Kompas”, wskazującego zasady ochrony informacji poufnych, Odwołujący wskazał, że nie przedstawiono żadnych dowodów na to, iż faktycznie każdy pracownik zatrudniony przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. zobowiązany jest do podpisania oświadczenia o zapoznaniu się i o akceptacji treści ww. dokumentu, nic takiego nie

wynika z treści dokumentu „Nasz Kompas”.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem, że „Już sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą". Jak zauważył Odwołujący, powyższe stwierdzenie stanowi przykład tzw. błędnego koła w rozumowaniu. Odwołujący podał, że w uzasadnieniu zastrzeżenia wykonawca Ericsson Sp. z o.o. uzasadnia dokonane zastrzeżenie informacji przede wszystkim ich rzekomą wartością gospodarczą, a jak się okazuje wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji ma wynikać z ich poufności, czyli właśnie z tego, że zostały zastrzeżone. Zdaniem Odwołującego, takie rozumowanie jest wręcz rażąco wadliwe i dowodzi ponad wszelką wątpliwość, że w rzeczywistości zastrzeżone informacje nie mają żadnej samoistnej wartości, w szczególności wartości gospodarczej. Odwołujący zaznaczył, że nie sposób przyjąć, że wartość danej informacji może wynikać z samej jej poufności, jest bowiem szereg informacji poufnych (nieznanych ogółowi), które obiektywnie nie mają żadnej wartości, w szczególności nie przedstawiają żadnej wartości gospodarczej. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2021 r., sygn. akt KIO 2427/21.

Odwołujący stwierdził, że nawet jeśli przyjąć, że konkretny wycinek ze złożonych dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz nawet jeśli przyjąć za prawdziwe stanowisko, że żaden z konkurentów nie miał dostępu do wyjaśnień złożonych przez

wykonawcę Ericsson Sp. z o.o., to okoliczności te same w sobie nie uzasadniałyby uznania całości wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie twierdzeń wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. z pkt Ad 3) uzasadnienia zastrzeżenia dotyczących działań podjętych w stosunku do informacji w celu zachowania jej poufności, Odwołujący podniósł, że ogólność twierdzeń wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca ten wykazał spełnienie warunków określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zauważył, iż w uzasadnieniu zastrzeżenia wykonawca Ericsson Sp. z o.o. wielokrotnie powtarza, że zastrzeżone informacje nie zostały wcześniej przekazane od wiadomości publicznej, wskazuje na wdrożone w swoim przedsiębiorstwie rozwiązania oraz że do zastrzeżonych informacji ma dostęp wąskie grono wyspecjalizowanych pracowników. W ocenie Odwołującego, poza gołosłownymi twierdzeniami wykonawcy Ericsson brak w tym zakresie oświadczeń co do konkretnych rozwiązań, a tym bardziej dowodów potwierdzających wdrożenie owych rozwiązań systemowych czy ograniczenie dostępu do zastrzeżonych informacji do określonej grupy osób. Jak zauważył Odwołujący, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie przestawił listy osób, którym zastrzeżone informacje zostały udostępnione, nie przedstawił dla tych właśnie osób odpowiednich zobowiązań do zachowania informacji w poufności. Wykonawca Ericsson Sp. z o.o. powołał się na standardowe zobowiązanie do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa stosowane u wykonawcy, jednak, jak wskazał Odwołujący, zgodnie z orzecznictwem KIO złożenie blankietowej umowy o zachowanie poufności nie jest dowodem wystarczającym (wyrok KIO sygn. akt KIO 2427/21). Odwołujący zwrócił uwagę, że brak jest też dowodu na potwierdzenie, że umowę taką zawarły osoby, którym zostały udostępnione zastrzeżone informacje. Odwołujący podkreślił, że nieuprawnione jest stanowisko Ericsson Sp. z o.o., że informacje zawarte w wyjaśnieniach podlegają ochronie tylko dlatego, że gołosłownie zadeklarował, że nie były ujawnione publicznie i są należycie chronione. Sam fakt zadeklarowania poszczególnych działań nie czyni danych informacji poufnymi i faktycznie strzeżonymi, gdyż deklaracje mogą nie mieć żadnego odzwierciedlenia w rzeczywistości, zaś niemożność weryfikacji oświadczeń złożonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. czyni te oświadczenia niewiarygodnymi.

Odwołujący zauważył, że środki podjęte w celu zachowania informacji w poufności nie powinny być jedynie opisane, ale również udowodnione, ponieważ dowód w tym zakresie jest możliwy do przeprowadzenia. Odwołujący stwierdził, że skoro Ericsson Sp. z o.o. powołuje się na wewnętrzne regulaminy dotyczące poufności informacji przedsiębiorstwa wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. i grupy Ericsson oraz podpisane przez pracowników wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. zobowiązania do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa, to mógł w tym zakresie przedstawić stosowne dowody. Odwołujący zaznaczył, że wykonawca

Ericsson Sp. z o.o. nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających powyższe, brak dowodów potwierdzających wdrożenie rozwiązań systemowych czy ograniczenie dostępu do zastrzeżonych informacji do określonej grupy osób. Wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie przedstawił listy osób, którym zastrzeżone informacje zostały udostępnione, nie przedstawił dla tych właśnie osób odpowiednich zobowiązań do zachowania informacji w poufności, nie ma dowodu na potwierdzenie, że zobowiązania takie podpisały osoby, którym zostały udostępnione zastrzeżone informacje. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 532/19.

Ustosunkowując się do argumentu Ericsson Sp. z o.o. z pkt Ad 3) uzasadnienia zastrzeżenia, że: „W przypadku konieczności podjęcia współpracy z podmiotem spoza struktury organizacyjnej Wykonawcy, również w odniesieniu do takich podmiotów podejmowane były i są adekwatne działania mające na celu uniemożliwienie udostępnienia newralgicznych informacji niepowołanym osobom, w tym zawierano umowy o zachowaniu poufności. Zawieranie tego typu umów z podmiotami rozpoczynającymi współpracę z Wykonawcą stanowi regułę i warunek sine qua non podjęcia jakiejkolwiek kooperacji.”, jak również że „także oświadczenia i umowy pochodzące od Podwykonawców i Dostawców Wykonawcy załączone do wyjaśnień są objęte umowami o poufności wcześniej wspomnianymi w pkt. 1 niniejszego uzasadnienia. Naruszenie którejkolwiek powyższych klauzul mogłoby skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą Wykonawcy” Odwołujący przypomniał, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. przedstawił dowody na zawarcie umów dotyczących poufności wyłącznie z Podwykonawcą 1, Podwykonawcą 2 oraz Dostawcą 4, nie przedstawiono natomiast żadnych dowodów na zawarcie takich umów z pozostałymi trzema Podwykonawcami i trzema Dostawcami, których oferty i oświadczenia zostały załączone do wyjaśnień ceny i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym, jak zauważył Odwołujący, w odniesieniu do umów i oświadczeń pochodzących od Podwykonawców i Dostawców innych niż Podwykonawca 1, Podwykonawca 2 oraz Dostawca 4 nie zaoferowano Zamawiającemu żadnych dowodów

potwierdzających objęcie ich klauzulami poufności. Odwołujący stwierdził, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, że w odniesieniu do treści ofert i oświadczeń pozostałych Podwykonawców i Dostawców, których oferty i oświadczenia zostały załączone do wyjaśnień ceny i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, spełniony jest wymóg podjęcia działań w celu zachowania ich w poufności, co przesadza o bezpodstawności ich zastrzeżenia.

Niezrozumiałe dla Odwołującego jest powołanie przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. tytułem przykładu fragmentów obowiązujących wciąż umów, które dotyczą projektów przedstawionych jako referencyjne, a które potwierdzają, że strony umów ustaliły, iż mają one charakter poufny, tj.:

Dowód Fragment umowy z wykonawcą nr 1 (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA) (w aktach Postępowania)

Dowód Fragment umowy z wykonawcą nr 2 (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA) (w aktach Postępowania)

Dowód Fragment umowy z wykonawcą nr 3 (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA) (w aktach Postępowania).

Odwołujący podkreślił, że powyższe umowy nie są umowami zawartymi przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. z jego Podwykonawcami czy Dostawcami i tym samym nie stanowią żadnego uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa umów, ofert i oświadczeń pochodzących od Podwykonawców i Dostawców czy informacji wynikających z tych dokumentów. Powyższe umowy dotyczą projektów przedstawionych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako referencyjne i zostały powołane przez niego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ponownie w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 13 grudnia 2022 r., w obu przypadkach dla uzasadnienia zastrzeżenia informacji dotyczących kontrahentów i zrealizowanych projektów, czyli zastrzeżenia wykazów dostaw i usług oraz referencji.

Odwołujący stwierdził, że i zastrzeżone przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. wyjaśnienia ceny nie zawierają jakiegokolwiek know-how, w szczególności nie zawierają know-how produkcyjnego, jak i know-how handlowego. W ocenie Odwołującego, dokumenty te obrazują wyłącznie, w jaki sposób wykonawca Ericsson Sp. z o.o. skalkulował cenę swojej oferty, a taką umiejętność posiada każdy wykonawca ubiegający się o zamówienia publiczne. Wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nawet hasłowo nie wyjaśnił, jakie know-how (czego dokładnie dotyczące) stanowią informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach. Odwołujący przypomniał, że sposób kalkulacji ceny ofertowej wynika z przygotowanego przez Zamawiającego Opisu przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ) oraz z Formularza cenowego (Załącznik nr 4 do SWZ), który, jak przyznał wykonawca Ericsson Sp. z o.o., stanowił rozbicie zaoferowanej ceny na bardzo wiele pozycji. Jak zauważył Odwołujący, to ww. dokumenty wskazują jakie elementy należało ująć w cenie oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w

opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej - jak to czyni wykonawca Ericsson Sp. z o.o. - subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby, z istoty rzeczy, nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu. Odwołujący zauważył, że gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna. Odwołujący wskazał również, że obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca, czemu jednak wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie sprostał. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Ericsson, formułując ogólnikowe i lakoniczne twierdzenia, w żaden sposób nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, co więcej, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie odniósł się do poszczególnych informacji/dokumentów/dowodów zawartych w wyjaśnieniach, nie wykazał, w jaki sposób wszystkie zastrzeżone informacje mogą posłużyć podmiotowi konkurencyjnemu w osłabienia pozycji wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. na rynku.

Odwołujący zaznaczył, że brak wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa powoduje, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 279/15. Odwołujący podkreślił przy tym, że art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zaś tylko uzasadnienia. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt KIO 1743/16, w wyroku z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15, oraz w wyroku z 4 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 84/16.

Odwołujący za własne przyjął stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 5 października 2021 r., sygn. KIO 2427/21: „Izba podkreśla, że ustawodawca w art. 11 ust 2 UZNK wymaga należytej staranności ze strony wykonawcy w procesie utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie chodzi więc o jakiekolwiek działania, ale o takie działania które można zakwalifikować jako adekwatne do

realiów funkcjonowania danego wykonawcy. Działanie, które minimalizują ryzyko dostępu do informacji przez osoby nieupoważnione. Należy wskazać, że każdy profesjonalny podmiot stosuje obecnie różne techniki zabezpieczania danych, w tym zawierając z pracownikami umowy o zakazanie wyjawiania informacji, co nie uzasadnia jeszcze twierdzenia, że wszelkie informacje dotyczące firmy pozostają jedynie w dyspozycji wąskiego kręgu osób bezpośrednio z danym zagadnieniem związanych. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący powołuje się na ograniczony krąg osób mających dostęp do informacji, jednak w tym zakresie poza gołosłownymi stwierdzeniami brak jest wskazania konkretnych rozwiązań, a tym bardziej dowodów. Zdaniem Izby Przystępujący nie wykazał podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia. Jak Izba wskazała powyżej, Przystępujący zaniechał chociażby zidentyfikowania grupy osób mających dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie wykazał jakie środki bezpieczeństwa zostały podjęte w stosunku do tej grupy osób, w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji rzetelności wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i identyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

Tym samym, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 w zw. z art. 74 ust. 1 -2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK i nakazała odtajnienie w całości wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w dniu 28 czerwca 2021. Izba uznała, że wykonawca nie wykazał, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz złożone dowody spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.".

Odwołujący przypomniał, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji, rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje taką tajemnicę stanowią. Z kolei podstawą dla dokonania takiej oceny przez zamawiającego jest treść uzasadnienia zastrzeżenia danych informacji i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeśli zawiera ona jedynie ogólnikowe twierdzenia, które mają uzasadnić poczynione zastrzeżenie, to obowiązkiem zamawiającego jest takie zastrzeżenie uznać za bezskuteczne i przekazać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty innym wykonawcom. Z kolei badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego, polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i do tego wyłącznie kontrola ta się sprowadza. Izba nie docieka bowiem, czy zastrzegane informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie, ale rozstrzyga w ramach postawionych zarzutów czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawcy w ustawowym terminie sprostali obowiązkowi wykazania objęcia danych zawartych w ich ofertach tajemnicą, czy też nie uczynili tego w sposób wystarczający.

Zdaniem Odwołującego, z treści uzasadnienia zastrzeżenia, sporządzonego przez Ericsson Sp. z o.o. nie wynika, że ziściły się wszystkie przesłanki, które decydują o możliwości zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał wartości gospodarczej dla każdej z zastrzeganych przez siebie informacji. Odwołujący cytując wyrok KIO o sygn. akt KIO 2427/21 wskazał, że „To, że określona informacja ma charakter finansowy, techniczny, jest związana z prowadzonym przez wykonawcę przedsiębiorstwem nie kwalifikuje jej automatycznie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie tego pojęcia, wszystko co związane z przedsiębiorstwem mogłoby być uznane subiektywnie przez wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa.”.

III Zarzut ewentualny, tj. naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1,2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia dokumentów (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa), niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ oraz wyjaśnień ceny z załącznikami, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako

tajemnica przedsiębiorstwa w całości i bez żadnych wyłączeń, choć zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 instytucja zamawiająca musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić konkurencyjnemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego

Odwołujący zaznaczył, że zarzut ten jest zarzutem ewentualnym, postawionym na wypadek gdyby Izba uznała, że nie zasługują na uwzględnienie wcześniej sformułowane zarzuty, tj.:

- zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1,2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia w całości dokumentów (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa), niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć zasadnicza większość informacji zawartych w ww. dokumentach nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, iż wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, lub

- zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1,2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia wyjaśnień ceny z załącznikami zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć Wykonawca ten nie dochował obowiązków ustawowych dla wykazania, że ww. dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym są jawne i powinny zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu.

Odwołujący przypomniał, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. zastrzegł całość dokumentów niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, bez żadnych wyłączeń, a Zamawiający powyższe zastrzeżenie respektuje i uznaje za skuteczne. Analogicznie, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. zastrzegł

praktycznie całość dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień ceny, a Zamawiający powyższe zastrzeżenie respektuje i uznaje za skuteczne.

Odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21, mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą, TSUE stwierdził m.in., że artykuł 18 ust. 1, art. 21 ust. 1 i art. 55 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca:

- musi - na potrzeby ustalenia, czy odmówi oferentowi, którego dopuszczalna oferta została odrzucona, dostępu do przedstawionych przez pozostałych oferentów informacji odnoszących się do ich stosownego doświadczenia i związanych z nim referencji, do tożsamości i kwalifikacji zawodowych osób proponowanych do wykonywania zamówienia lub podwykonawców oraz do koncepcji projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach zamówienia, i sposobu jego realizacji - ocenić, czy informacje te mają wartość handlową, która nie ogranicza się do danego zamówienia publicznego, gdyż ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym lub uczciwej konkurencji;

- może ponadto odmówić udzielenia dostępu do tych informacji, jeżeli - nawet gdy nie mają one takiej wartości handlowej - ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym; oraz

- musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić owemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści tych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego.

Z uzasadnienia ww. wyroku TSUE Odwołujący wywiódł, że nawet w przypadku uzasadnionego i dopuszczalnego zastrzeżenia przez wykonawcę określonych elementów jako poufnych, zamawiający i tak ma obowiązek udzielić konkurencyjnemu wykonawcy dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji (np. w formie streszczenia), tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego. Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wywiązał się z powyższego obowiązku -Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu żadnych treści z zakresu zastrzeżonego przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu, aby udzielił Odwołującemu dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa, niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ oraz wyjaśnień ceny z załącznikami), tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, zgodnie z przytoczonym wyrokiem TSUE.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie udzielony przez Zamawiającego dostęp do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, powinien obejmować przynajmniej:

a) wykazy dot. kryteriów oceny Ofert, referencje, oświadczenia własne, Poświadczenia

Bezpieczeństwa, niezbędne do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ - w części, tj. z wyłączeniem danych identyfikujących kontrahentów wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. (tj. nazw i danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych), danych osobowych (imion i nazwisk) osób wskazanych w wykazach osób oraz nazw klientów wskazanych w wykazach osób;

b) wyjaśnienia ceny z załącznikami - przynajmniej w następującym zakresie:

(i) informacje dotyczące okablowania, materiałów instalacyjnych, obejm kablowych dla

wymaganych:

- odległości pomiędzy modułem systemowym a modułem radiowym równą 50 metrów,
- wysokości zawieszenia anteny GNSS równą 25 metrów,

(ujawnienie informacji o długości kabli, rodzaju, kosztach zakupu, ze wskazaniem miejsca ujęcia i wyceny tych elementów w Formularzu Cenowym wykonawcy) /wskazane informacje dotyczą wymagań określonych w pkt 9.3.2 i 9.3.17 OPZ/;

(ii) informacje dotyczące kosztów dostaw tłumików oraz modeli i liczby zaoferowanych

tłumików, ze wskazaniem miejsca ujęcia i wyceny tych elementów w Formularzu Cenowym wykonawcy /wskazane informacje dotyczą wymagań określonych w pkt 7.5.3 OPZ/;

(iii) informacje dotyczące kosztów pracy personelu kluczowego (w tym czasu pracy /godziny, dni/ oraz przyjętej stawki / wynagrodzenia osób), w szczególności personelu uwzględnionego dla następujących pozycji Formularza cenowego wykonawcy:

2.3 Koszt wdrożenia dla dwóch Stacji Bazowych LTE

3.3 Koszt wdrożenia dla Systemu OSS

4.3 Koszt wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowych LTE;

ze wskazaniem miejsca ujęcia i wyceny tych elementów w Formularzu Cenowym wykonawcy;

(iv) informacje dotyczące kosztów organizacji i przeprowadzenia warsztatów w ramach Etapu II oraz w ramach etapu IV /dotyczy pkt 13 OPZ/, ze wskazaniem wielkości klas (studentów w klasie), ilości klas, rund itd. (podanie pełnego zakresu warsztatów);

(v) informacje dotyczące kosztów kupowanych na rynku usług lokalnych oraz zaangażowania personelu kluczowego w następującym zakresie :

- 1 x Wizyta techniczna na obiekcie
- 1 x Dokumentacja Techniczno Implementacyjna
- 1 x Średni koszt transportu lokalnego na stację do 200km 3.5t/16m3
- 1 x Instalacja Stacji Bazowej
- 1 x Testy / Akceptacja Stacji Bazowej
- 3 x Instalacja anteny panelowej do 2m
- 1 x Dokumentacja powykonawcza

/dotyczy poz. 4.3 Formularza cenowego „Koszt wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowych LTE”/;

(vi) informacje dotyczące kosztów dostawy oraz modeli i liczby zaoferowanych specjalnych (niestandardowych) szaf telekomunikacyjnych, ze wskazaniem miejsca ujęcia i wyceny tych elementów w Formularzu Cenowym wykonawcy /wskazane informacje dotyczą wymagań określonych w pkt 8.8.4 i 8.8.17 OPZ/.

IV Zarzut ewentualny, tj. naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1

pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Ericsson Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto zaoferowana przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. cena jest rażąco niska, tzn. jest to cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zwłaszcza kosztów wdrożenia Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym

Odwołujący zaznaczył, że przedmiotowy zarzut jest zarzutem ewentualnym, postawionym na wypadek gdyby Izba uznała, że nie zasługują na uwzględnienie wcześniej sformułowane zarzuty, tj.:

- zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1,2 i 3 ustawy

Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do

utrzymania zastrzeżenia wyjaśnień ceny z załącznikami, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć wykonawca ten nie dochował obowiązków ustawowych dla wykazania, że ww. dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym są jawne i powinny zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu i jednocześnie

- zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia wyjaśnień ceny z załącznikami, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa w całości i bez żadnych wyłączeń, choć zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 instytucja zamawiająca musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić konkurencyjnemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego.

Odwołujący stwierdził, że w odpowiedzi na uzasadnione wezwanie z dnia 22 grudnia 2022 r. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego, zaoferowana przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. cena jest rażąco niska, tzn. jest to cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zwłaszcza kosztów wdrożenia Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym. Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. nie zostały udostępnione Odwołującemu. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że kalkulacja przedstawiona przez Ericsson Sp. z o.o. nie obejmuje wszystkich elementów cenotwórczych, ewentualnie wykonawca ten zaniżył realne koszty konieczne do poniesienia celem realizacji zamówienia przynajmniej w zakresie wdrożenia Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym. Odwołujący stwierdził, że zarówno zaoferowana przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. cena jednostkowa za wdrożenie Stacji Bazowej w Środowisku Produkcyjnym, jak i cena za najistotniejszy cenowo element wyceny ww. wdrożenia, tj. Dostawa i instalacja, są cenami oderwanymi od rzeczywistości, niespotykanymi na rynku i niepozwalającymi na pokrycie faktycznych kosztów wdrożenia Stacji Bazowej w Środowisku Produkcyjnym.

Odwołujący wskazał, że w celu ustalenia kosztu wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE, spełniającego wszystkie zdefiniowane przez Zamawiającego wymagania opisane w Załączniku nr 1 do SWZ - OPZ i Załączniku nr 2 do SWZ - PPU, przed złożeniem Zmawiającemu oferty zwrócił się do IRIS Telecommunication Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Dr. S. Kopcińskiego 62, 90-032 Łódź (dalej „IRIS"), która w niniejszym zamówieniu występuje w roli podmiotu udostępniającego niezbędne zasoby, o pozyskanie informacji dotyczących rynkowych kosztów wykonania określonych części zamówienia, tj.:

- Wizyta Techniczna wraz z raportem z wizyty technicznej,

- Dokumentacja techniczno-wdrożeniowa,

- Instalacja anten zewnętrznych,

- Testy/Akceptacja Stacji Bazowej (ang. Radio Access Testing/Acceptance),

- Dostawa-transport uśredniony 200km, 3.5t/16m3,

- Instalacja i integracja stacji bazowej

* Stacja Bazowa musi posiadać moduł systemowy oraz trzy sektory w skład których będą wchodziły: trzy anteny sektorowe (max 2m) wraz z mechanizmem RET, trzy moduły radiowe, okablowanie i inny niezbędny osprzęt, taki jak odbiornik GNSS (minimum GPS i GLONASS) wraz z anteną na wysokości ok 20m.

* Zamawiający zakłada wdrażanie Stacji Bazowych na wieżach/masztach (Lokalizacja) o średniej wysokości zawieszenia anten równej 40 metrów. Wykonawca powinien założyć średnią długość okablowania pomiędzy modułem systemowym a modułem radiowym równą 50 metrów oraz wysokość zawieszenia anteny GPS równą 25 metrów.

- Instalacja Środowiska Testowego (Eng. Radio Access Installation - testbed),

- Dokumentacja powykonawcza stacji wraz z pomiarami,

- Pomiary PEM – opcja,

tj. poz. 3, poz. 4, poz. 5 Załącznika nr 1 do SWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że IRIS jest spółką serwisową należącą do Grupy Nokia i bierze czynny udział w przygotowywaniu ofert i realizacji, jako podwykonawca, umów zawartych w trybie zamówień przez Odwołującego, zarówno w części:

- sieci mobilnej dla takich operatorów jak Orange, T-Mobile, PLUS,

- sieci stałych - projekty POPC (Nexera, Orange),

- jak i sektora publicznego - projekt GSM-R dla PKP PLK S.A.

Odwołujący podał, że w związku z zapytaniem Odwołującego IRIS zwróciła się do podmiotów, z którymi IRIS współpracował lub nadal współpracuje przy realizacji ww. projektów, o podanie cen dla wskazanych powyżej zakresów prac. W odpowiedzi na zapytanie IRIS firmy partnerskie przedstawiły swoje wyceny. Na ich podstawie Odwołujący obliczył średnie rynkowe koszty wykonania wyżej wymienionych części zamówienia oraz skalkulował swoje ceny za ich wykonanie. Oświadczenie IRIS z 2 stycznia 2023 r., zawierające zestawienie wycen otrzymanych od firm partnerskich, oraz korespondencję mailową prowadzoną przez IRIS z firmami partnerskimi Odwołujący załączył do swoich wyjaśnień ceny z 13 stycznia 2023 r. Ww. dokumenty znajdują się w dokumentacji postępowania i zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że wyceny wyżej wymienionych części zamówienia, zebrane przez IRIS, to wyceny otrzymane od podmiotów, z którymi IRIS współpracował lub nadal współpracuje przy realizacji ww. projektów, a zatem od podmiotów doświadczonych i posiadających najbardziej aktualną wiedzę na temat faktycznych warunków i kosztów realizacji wyżej wymienionych części zamówienia. Potwierdza to, że wyceny te mają charakter rynkowy i przedstawiają faktyczne koszty wykonania wskazanych powyżej zakresów prac. Odwołujący zamieścił zestawienie wycen (netto) otrzymanych od firm partnerskich IRIS.

Dokonując porównania otrzymanych cen średnich i minimalnych netto za poszczególne usługi, wynikające z cen otrzymanych od firm partnerskich IRIS Odwołujący stwierdził, że koszt samych tylko usług wchodzących w skład najistotniejszej cenowo pozycji w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa", ti. Dostawa i instalacja, to według cen średnich 21 080,67 zł (netto), natomiast według cen minimalnych - 14 560,00 zł (netto). Odwołujący zaznaczył, że żadna z firm partnerskich nie zaoferowała wyłącznie cen minimalnych, zatem kalkulowanie kosztów ww. usług według cen minimalnych ma charakter wyłącznie hipotetyczny, gdyż w praktyce nie będzie możliwe uzyskanie tak niskich kosztów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że według informacji w Formularzu cenowym wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. cena netto za najistotniejsza cenowo pozycję w zakładce „3. Wdrożenie -Stacja Bazowa", tj. Dostawa i instalacja, to zaledwie 7 764,47 zł netto, natomiast cena jednostkowa netto wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym to zaledwie 14 233,87 zł netto. Odwołujący stwierdził, że tak niskie ceny nie pokryją nawet kosztów samych tylko usług wchodzących w skład pozycji Dostawa i instalacja w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa”.

Odwołujący podkreślił, że oprócz kosztów samych tylko usług wchodzących w skład pozycji Dostawa i instalacja w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa", na niezbędne

koszty wykonania tej pozycji i tym samym na niezbędne koszty wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym składają się też koszty:

1) materiałów, przede wszystkim różnego rodzaju kabli;

2) pracy członków kluczowego personelu wykonawcy, czyli następujących osób, które trzeba było wykazać na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu:

a) Inżynier, który w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania Wniosków wykonywał pomiary pola elektromagnetycznego (PEM) dla co najmniej 20 Stacji Bazowych LTE, wraz z przygotowaniem sprawozdania z pomiarów w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy (BHP) oraz ochrony środowiska (wymagany w pkt 4.1.7. ZAŁĄCZNIKA NR 10 DO OPISU POTRZEB I WYMGAŃ - Warunki udziału w postępowaniu, odpowiedzialny za pomiary pola elektromagnetycznego);

b) osoba posiadająca świadectwo kwalifikacji uprawniające do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu oraz kontrolno-pomiarowym, dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), co najmniej punkty: 2, 3, 10 zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Rozporządzenia Ministra Gospodarki Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz.U. 2003 r. nr 89, poz. 828 ze zm.) (wymagana w pkt 4.1.8. ZAŁĄCZNIKA NR 10 DO OPISU POTRZEB I WYMGAŃ - Warunki udziału w postępowaniu, niezbędna do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji);

c) osoba posiadająca świadectwo kwalifikacji uprawniające do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu oraz kontrolno-pomiarowym, dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), co najmniej punkty: 2, 3, 10 zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Rozporządzenia Ministra Gospodarki Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz.U. 2003 r. nr 89, poz. 828 ze zm.) (wymagana w pkt 4.1.9. ZAŁĄCZNIKA NR 10 DO OPISU POTRZEB I WYMGAŃ - Warunki udziału w postępowaniu, niezbędna do wykonywania pracy na stanowisku dozoru).

Ponadto na niezbędne koszty wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym składają się też koszty pracy innych członków kluczowego personelu wykonawcy, czyli następujących osób, które trzeba było wykazać na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu:

1) dla pozycji Prace integracyjne w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa":

a) Inżynier, który w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania Wniosków,

wykonywał prace konfiguracyjne, integracyjne i uruchomieniowe dla co najmniej 100 Stacji Bazowych LTE, w każdym z co najmniej dwóch projektów wdrożeniowych, z których każdy obejmował wdrożenie co najmniej 300 Stacji Bazowych LTE (wymagany w pkt 4.1.4. ZAŁĄCZNIKA NR 10 DO OPISU POTRZEB I WYMGAŃ - Warunki udziału w postępowaniu, odpowiedzialny za prace konfiguracyjne, prace integracyjne i prace uruchomieniowe dla Stacji Bazowych LTE);

2) dla pozycji Testy Stacji Bazowych w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa":

a) Kierownik Projektu, prowadzący w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu

składania Wniosków, minimum trzy projekty wdrożeniowe z obszaru telekomunikacji w sieci mobilnej (2G, 3G lub 4G), biegle posługującego się językiem polskim w mowie i piśmie (wymagany w pkt 4.1.1. ZAŁĄCZNIKA NR 10 DO OPISU POTRZEB I WYMAGAŃ - Warunki udziału w postępowaniu, odpowiedzialny za wdrożenie sieci mobilnej);

b) Inżynier, który w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania Wniosków,

wykonywał testy weryfikacyjne, funkcjonalne i usługowe dla co najmniej 50 Stacji Bazowych LTE, w każdym z co najmniej dwóch projektów wdrożeniowych, z których każdy obejmował wdrożenie co najmniej 300 Stacji Bazowych LTE (wymagany w pkt 4.1.5. ZAŁĄCZNIKA NR 10 DO OPISU POTRZEB I WYMAGAŃ - Warunki udziału w postępowaniu, odpowiedzialny za testy weryfikacyjne, testy funkcjonalne, testy usługowe dla Stacji Bazowych LTE);

c) Inżynier, który w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania Wniosków,

wykonywał prace konfiguracyjne, integracyjne, uruchomieniowe oraz testy w minimum dwóch projektach wdrożeniowych Systemu OSS, z których każdy obejmował System OSS obsługujący w co najmniej 300 Stacji Bazowych LTE (wymagany w pkt 4.1.6. ZAŁĄCZNIKA NR 10 DO OPISU POTRZEB I WYMAGAŃ - Warunki udziału w postępowaniu, odpowiedzialny za prace konfiguracyjne, prace integracyjne, prace uruchomieniowe dla Systemu OSS);

3) dla pozycji Przygotowanie Dokumentacji Techniczno-Wdrożeniowej i Powykonawczej

w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa":

a) Architekt, pełniący funkcję specjalisty w zakresie planowania konfiguracji sprzętu/oprogramowania, tworzenia dokumentów techniczno-projektowych (HLD i LLD) dla Stacji Bazowych LTE, w oparciu o wytyczne klienta, który uczestniczył w minimum dwóch projektach wdrożeniowych, z których każdy obejmował co najmniej 300 Stacji Bazowych LTE, w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania Wniosków oraz biegle posługuje się językiem polskim w mowie i piśmie (wymagany w pkt 4.1.2. ZAŁĄCZNIKA NR 47

10 DO OPISU POTRZEB I WYMAGAŃ - Warunki udziału w postępowaniu, odpowiedziany za planowanie konfiguracji sprzętu/oprogramowania oraz tworzenie dokumentów techniczno-projektowych (HLD i LLD) dla Stacji Bazowych LTE, w oparciu o wytyczne klienta).

Tym samym, jak podał Odwołujący, poprawna kalkulacja cenowa musi uwzględniać wszystkie ww. pozycje kosztowe. Brak ich uwzględnienia w wyjaśnieniach ceny przesądza o rażąco niskiej cenie oraz o braku złożenia kompletnych wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego, oczywiste jest, że zarówno cena netto za pozycję Dostawa i instalacja w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa”, jak i cena jednostkowa netto wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym, zaoferowane przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o., nie wystarczą na pokrycie wszystkich ww. niezbędnych kosztów, skoro nie wystarczą nawet na pokrycie kosztów samych tylko usług wchodzących w skład pozycji Dostawa i instalacja w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa”. Odwołujący zaznaczył, że brak uwzględnienia w kalkulacji wszystkich elementów cenotwórczych jest równoznaczny z brakiem obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, co musi skutkować odrzuceniem oferty.

Odwołujący podniósł, że ze względu na okoliczności wskazane powyżej cena oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. jest rażąco niedoszacowana. Odwołujący obliczył, że uwzględniając koszt samych tylko usług wchodzących w skład najistotniejszej cenowo pozycji w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa", tj. Dostawa i instalacja, według średnich cen firm partnerskich IRIS (czyli 21 080,67 zł netto), oraz przyjmując marżę wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. na poziomie 20% otrzymujemy kwotę 26 350,83 zł netto za wdrożenie dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym. Odnosząc powyższą kwotę do zaoferowanej przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. ceny netto za pozycję Dostawa i instalacja (7 764,47 zł netto) łatwo obliczyć, że cena ta (a tym samym cena jednostkowa netto wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym) została zaniżona o kwotę co najmniej 18 586,36 zł. Odwołujący zauważył, że ponieważ przedmiot zamówienia obejmuje łącznie 510 Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym (477 w ramach zamówienia podstawowego / zakresu podstawowego i 33 w ramach prawa opcji / zamówienia dodatkowego), cena oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. została niedoszacowana na kwotę minimum 9 479 043,27 zł netto.

Dalej Odwołujący kalkulował, że uwzględniając koszt samych tylko usług wchodzących w skład najistotniejszej cenowo pozycji w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa", tj. Dostawa i instalacja, według minimalnych cen firm partnerskich IRIS (czyli 14 560,00 zł netto), oraz przyjmując marżę wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. na poziomie 20% otrzymujemy kwotę 18 200,00 zł netto za wdrożenie dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w

Środowisku Produkcyjnym. Odnosząc powyższą kwotę do zaoferowanej przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. ceny netto za pozycję Dostawa i instalacja (7 764,47 zł netto) Odwołujący obliczył, że cena ta (a tym samym cena jednostkowa netto wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym) została zaniżona o kwotę co najmniej 10 435,53 zł. Odwołujący stwierdził, że nawet przy takim podejściu cena oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. została niedoszacowana na kwotę minimum 5 322 118,27 zł netto. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że kalkulowanie kosztów według cen minimalnych ma charakter wyłącznie hipotetyczny, gdyż w praktyce nie będzie możliwe uzyskanie tak niskich kosztów.

Odwołujący podkreślił, że niedoszacowanie ceny oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. na kwotę minimum 9 479 043,27 zł netto oznacza bez wątpienia zaoferowanie ceny rażąco niskiej, tj. ceny niepozwalającej na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zwłaszcza kosztów wdrożenia Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym. Ponadto, zdaniem Odwołującego, w takiej sytuacji złożone wyjaśnienia ceny nie mogą być uznane za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że pozycja Dostawa i instalacja w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa" w żaden sposób nie może zostać zrealizowana „zdalnie", lecz wymaga wykonania szeregu prac fizycznie w miejscu instalacji danej Stacji Bazowej. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający opisał swoje wymagania odnośnie wdrożenia Stacji Bazowych w pkt 9.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik 1 do SWZ), a w pkt 9.4. Opisu Przedmiotu Zamówienia zamieścił tabelę zawierającą podział obowiązków między Wykonawcą a Zamawiającym, w tym w zakresie wdrożenia Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym. Z powyższych punktów wynika jednoznacznie, że wdrożenie Stacji Bazowej w Środowisku Produkcyjnym wymaga po stronie Wykonawcy szeregu różnych prac i czynności, które oznaczają konieczność fizycznej obecności w miejscu instalacji danej Stacji Bazowej i których nie da się wykonać w żaden inny sposób, w szczególności poprzez wykorzystanie narzędzi informatycznych. W ocenie Odwołującego, nie jest, aby z ceny jednostkowej netto wdrożenia dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym, zaoferowanej przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o., dało się pokryć koszty ww. prac i czynności. Odwołujący wywiódł, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. albo tych kosztów w ogóle nie ujął w swojej kalkulacji cenowej, albo rażąco zaniżył ich wysokość. Odwołujący podkreślił, że obie ewentualności oznaczają zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

Odwołujący stwierdził również, że cena jednostkowa za wdrożenie dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym, a w jej ramach cena za pozycję Dostawa i instalacja w zakładce „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa", stanowią istotne części składowe

ceny oferty. Zamawiający bowiem nie tylko, że wyodrębnił ww. ceny w Formularzu cenowym, a kalkulacji ceny jednostkowej za wdrożenie dla pojedynczej Stacji Bazowej LTE w Środowisku Produkcyjnym poświęcił osobną zakładkę „3. Wdrożenie - Stacja Bazowa", to jeszcze w wezwaniu do wyjaśnień ceny zapytał wprost wykonawcę Ericsson o te pozycje i zażądał udostępnienia sposobu ich wyceny. Odwołujący zwrócił też uwagę na treść Artykułu 7. (WYNAGRODZENIE I ZMIANY WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA) Załącznik nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia Umowy. O istotności ww. elementu świadczy także, jak zauważył Odwołujący, fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje łącznie 510 Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym.

V Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Ericsson Sp. z o.o., pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący przywołał treść Załącznika nr 1 do SWZ, tabelę zamieszczoną w pkt 7.5, pkt 19 ppkt 19.4.2. SWZ, a także Załącznika nr 4 do SWZ, zakładka „1. Sprzęt – Stacja_Bazowa".

Odwołujący wskazał, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą wypełniony Formularz cenowy. W zakładce „1. Sprzęt - Stacja_Bazowa", w Tabeli nr 2, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. przedstawił wykaz elementów wyceny sprzętu dla dwóch Stacji Bazowych oraz składników wyposażenia Środowiska Testowego. W szczególności, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. wskazał w Lp. 3, że oferuje Zamawiającemu następujący element: „Antena" o nazwie katalogowej: „Antena K862232", w ilości 12 sztuk. Jest to jedyna antena podana przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. w Tabeli nr 2. Ponadto, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wskazał w Tabeli nr 2, że oferuje Zamawiającemu:

- 4 zestawy tłumików stałych o minimalnej mocy znamionowej 40W (parametry tłumików w ramach pojedynczego zestawu: 10, 20, 30, 40 dB),

- 4 tłumiki regulowane w minimalnym przedziale regulacji: od 1 do 30 dB.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z postanowieniami OPZ, wykonawca wraz ze Stacjami Bazowymi dla Środowiska Testowego musi dostarczyć:

- 12 anten wewnętrznych o zerowym wzmocnieniu,

4 zestawy tłumików stałych o minimalnej mocy znamionowej 40W (parametry

tłumików w ramach pojedynczego zestawu: 10, 20, 30, 40 dB),

- 4 tłumiki regulowane w minimalnym przedziale regulacji: od 1 do 30 dB.

Odwołujący stwierdził, że określenie „Antena K862232" wskazuje jednoznacznie i bez żadnych wątpliwości na antenę o modelu K862232 produkcji HUBER+SUHNER. Zarówno sam producent, jak i jego dystrybutorzy, oferując ww. anteny, oznaczają je jako „K862232". Tym samym, nie jest możliwe, aby pod oznaczeniem „Antena K862232" kryła się jakaś inna antena, tj. antena o innych parametrach, skonfigurowany „w wersji specjalnej" na potrzeby postępowania, czy antena innego producenta niż HUBER+SUHNER.

Jak podał Odwołujący, zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami, w tym na stronach internetowych producenta HUBER+SUHNER, oraz informacjami podawanymi przez dystrybutorów tego producenta, anteny K862232 nie spełniają minimalnych parametrów wymaganych przez Zamawiającego, tj.:

1. nie są antenami wewnętrznymi, lecz antenami zewnętrznymi,

2. nie są antenami o zerowym wzmocnieniu, lecz antenami o wzmocnieniu 2 dBi.

Tym samym, jak stwierdził Odwołujący, ww. anteny zaoferowane przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, a tym samym treść oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnośnie braku zaoferowania przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o.:

- 4 zestawów tłumików stałych o minimalnej mocy znamionowej 40W (parametry

tłumików w ramach pojedynczego zestawu: 10, 20, 30, 40 dB),

- 4 tłumików regulowanych w minimalnym przedziale regulacji: od 1 do 30 dB,

Odwołujący zaznaczył, że to właśnie Formularz cenowy, a dokładnie Tabela nr 2. w zakładce „1. Sprzęt - Stacja_Bazowa", jest miejscem, w którym wykonawcy mieli przedstawić wykaz elementów wyceny sprzętu dla dwóch Stacji Bazowych oraz składników wyposażenia Środowiska Testowego. Zdaniem Odwołującego, jeśli jakiegoś elementu w tym wykazie nie ma, to oznacza, że nie został Zamawiającemu zaoferowany. Odwołujący zwrócił uwagę, że również z żadnego innego miejsca oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. nie wynika, że zaoferował on ww. tłumiki - oferta nie zawiera żadnych informacji na temat tego elementu zamówienia. Odwołujący wywiódł, że wymagane w SWZ tłumiki nie zostały objęte zakresem oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, a tym samym treść oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1513/11 Odwołujący podniósł, że nawet gdyby przyjąć, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. zaoferował Zamawiającemu anteny K862232 produkcji HUBER+SUHNER specjalnie zmodyfikowane na potrzeby przedmiotowego zamówienia (co w opinii Odwołującego jest niewiarygodne i wręcz nieprawdopodobne), to w żaden sposób nie zaznaczył tego w swojej ofercie, wręcz przeciwnie, określił oferowane anteny w sposób, który wskazuje na antenę produkowaną seryjnie przez firmę HUBER+SUHNER i posiadającą określone parametry, przy czym niezgodne z wymaganiami SWZ.

VI Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1

ustawy Pzp poprzez przyznanie ofercie Odwołującego 0 punktów w kryterium „Potencjał wdrożeniowy dla Systemu OSS" [KWO], co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z wymogami SWZ, przedłożył wraz z ofertą arkusz Excel stanowiący załącznik nr 5 do SWZ - Wykazy dotyczący kryteriów, a w nim zakładkę pn. „Potencjał wdrożeniowy dla Systemu OSS" (kryterium KWO). W zakładce dotyczącej ww. kryterium Odwołujący wskazał 5 osób, posiadających wymagane dla spełnienia kryterium oceny ofert KWO, doświadczenie, tj.:

1. Architekt Systemu OSS (pkt 1.4.5) – 8 wykazanych wdrożeń,

2. Architekt Systemu OSS (pkt 1.4.5) – 3 wykazane wdrożenia,

3. Inżynier Systemu OSS (pkt 1.4.8) – 8 wykazanych wdrożeń,

4. Inżynier Systemu OSS (pkt 1.4.8) – 8 wykazanych wdrożeń,

5. Inżynier Systemu OSS (pkt 1.4.8) – 3 wykazane wdrożenia.

Odwołujący wskazał, że załączniku nr 5 do SWZ, w zakładce dotyczącej kryterium KWO (a dokładnie w wierszu „zakres wdrożenia" oraz „stanowisko i pełniona funkcja") Odwołujący, w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości oświadczył, że powołane przez niego osoby posiadają doświadczenie we wdrożeniu oferowanego rozwiązania Systemu OSS oraz spełniają wymagania określone w punktach 1.4.5, 1.4.8, przy czym wskazywane wdrożenie zostało wykonane w ciągu ostatnich 8 lat przed terminem składania Ofert.

Tytułem przykładu Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 1.4.5: Odwołujący oświadczył w załączniku nr 5, że wskazany przez niego architekt systemu OSS posiada m. in. poniższe doświadczenie:

- Zakres wdrożenia (zakres i opis wdrożenia) - Projektowanie systemów OSS dla RAN LTE, przygotowywanie dokumentacji technicznej HLD i LLD na podstawie wymagań Klienta dla co najmniej 300 stacji bazowych,

- Stanowisko i pełniona funkcja: (stanowisko, obowiązki i czynności jakie wykonywała wskazana osoba podczas przedstawionego wdrożenia w odniesieniu do wymagań określonych w pkt 1.4.5. lub 1.4.8. Załącznika nr 8 do SWZ, dla wskazanej roli) - Architect OSS (Architekt Systemu OSS) - wykonywał zadania w zakresie projektowania Systemu OSS dla Sieci Radiowej LTE oraz tworzenia dokumentów techniczno- projektowych (HLD i LLD), w projektach wdrożeniowych oferowanego rozwiązania Systemu OSS, obsługującego w każdym z wdrożeń co najmniej 300 Stacji Bazowych LTE.

Następnie, zgodnie z pkt 1.4.8 Odwołujący oświadczył w załączniku nr 5, że wskazany przez niego inżynier systemu OSS posiada m.in. poniższe doświadczenie:

- Zakres wdrożenia (zakres i opis wdrożenia) - Wykonywał prace konfiguracyjne, integracyjne, uruchomieniowe oraz testy systemu OSS zarządzającego przynajmniej 300 Stacjami Bazowymi,

- Stanowisko i pełniona funkcja: (stanowisko, obowiązki i czynności jakie wykonywała wskazana osoba podczas przedstawionego wdrożenia w odniesieniu do wymagań określonych w pkt 1.4.5. lub 1.4.8. Załącznika nr 8 do SWZ, dla wskazanej roli) -Implementation Engineer OSS (Inżynier Systemu OSS) - wykonywał prace konfiguracyjne, integracyjne, uruchomieniowe oraz testy Systemu OSS, w projektach wdrożeniowych oferowanego rozwiązania Systemu OSS, obsługującego w każdym z wdrożeń co najmniej 300 Stacji Bazowych LTE.

Ponadto, jak podał Odwołujący, wykonawca ten dołączył do oferty oświadczenia/referencje od podmiotów, na rzecz których realizowane było wdrożenie oferowanego rozwiązania Systemu OSS, wydane dla członka zespołu wdrożeniowego, na którego doświadczenie Odwołujący się powołał, tj.:

- Towerlink Poland sp. z o. o. z dnia 21.10.2022 r.,

- T-Mobile Polska S.A z dnia 6.10.2022 r.,

- Orange Polska S.A. z dnia 22.11.2022 r.

Z przedstawionych referencji wprost wynika, jak zauważył Odwołujący, że powołane przez Odwołującego osoby posiadają wymagane dla kryterium oceny ofert KWO doświadczenie, gdyż pełniły rolę odpowiednio Architekta OSS albo Inżyniera Systemu OSS.

Odwołujący przyjął, że z informacji przedstawionych przez Odwołującego w załączniku nr 5, popartych odpowiednimi referencjami, Odwołujący powinien uzyskać 4,8 pkt

w kryterium oceny ofert KWO. Odwołujący wyjaśnił, że liczba punktowanych wdrożeń dla poszczególnych osób nie przekłada się liniowo na punkty. W rozpatrywanym przypadku, gdy spośród 5 osób 2 legitymują się 3 punktowanymi wdrożeniami, liczba punktów dla każdej osoby z 3 wdrożeniami to 1 punkt. Pozostałe osoby powinny otrzymać maksymalną liczbę punktów, czyli 6, ponieważ mają powyżej 6 punktowanych wdrożeń każda. Podstawiając powyższe do wzoru opracowanego przez Zamawiającego otrzymujemy wynik 4,8 pkt.

Wobec opublikowania przez Zamawiającego w dniu 1 lutego 2023 r. informacji o wyniku postępowania, z której wynika, że Odwołujący w kryterium oceny ofert KWO uzyskał „0" pkt., w dniu 2 lutego 2023 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie uzasadnienia punktacji przyznanej Odwołującemu, jak i wykonawcy Ericsson Sp. z o. o.

W odpowiedzi na powyższe, w dniu 3 lutego 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu arkusz oceny ofert. Znajdujące się z nim uzasadnienie nieprzyznania Odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert KWO ogranicza się do stwierdzenia, że: „Wykazane wdrożenia 1-8 są niezgodne z wymaganiami - nie przedstawiono projektów wdrożeniowych oferowanego rozwiązania Systemu OSS tylko wdrożenie Stacji Bazowych".

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wskazał, iż wdrożenia 1-8 są niezgodne z wymaganiami, nawet w odniesieniu do osób, co do których Odwołujący wykazał tylko 3 wdrożenia, co pokazuje automatyzm, brak staranności i dogłębnego zbadania sprawy przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że na podstawie tak przygotowanego uzasadnienia nie sposób ustalić, z jakich przyczyn Zamawiający przyznał Odwołującemu „0" punktów w kryterium oceny ofert KWO, podczas gdy z przedłożonego przez Odwołującego załącznika nr 5 oraz referencji wprost wynika, że powołane w wykazie osoby posiadają doświadczenie wymagane w załączniku nr 8 do SWZ.

Odwołujący podniósł, że brak przyznania punktów w kryterium oceny ofert KWO nie wynika z okoliczności ewidentnych i niewymagających wyjaśnienia. Z tego względu, z własnej inicjatywy, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przedstawienie uzasadnienia dla tej czynności. Zdaniem Odwołującego, otrzymane od Zamawiającego wyjaśnienie braku przyznania punktów w kryterium oceny ofert KWO nie potwierdza prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny. Tym samym, w opinii Odwołującego, należy opierać się na przedłożonej Zamawiającemu dokumentacji ofertowej, z której w sposób jednoznaczny wynika, że Odwołujący powinien otrzymać w kryterium oceny ofert KWO 4,8 pkt.

Odwołujący z ostrożności zaznaczył, że Zamawiający związany jest treścią dokumentów i oświadczeń, jakie powstały w

toku postępowania, w brzmieniu z momentu ich

udostępnienia. Zatem niedopuszczalna jest sytuacja, w której Zamawiający na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą będzie rozbudował przedstawione Odwołującemu w dniu 3 lutego 2023 r. uzasadnienie punktacji. Gdyby taka argumentacja się pojawiła, winna zostać pominięta, jako oczywiście spóźniona. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2021 r., sygn. akt KIO 2721/21.

VII Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Ericsson Sp. z o.o., która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 7 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15, zgodnie z którym: „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie - art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności". Odwołujący zauważył, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz - po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności - dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, jak przyjął Odwołujący, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Ericsson Sp. z o.o., a w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Ericsson Sp. z o.o.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 lutego 2023 r. Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego braku udostępnienia dokumentów i wyjaśnień ceny z załącznikami zastrzeżonych przez Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa (zarzuty a-c).

Pismem z dnia 27 lutego 2023 r. wykonawca Ericsson Sp. z o.o. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Na rozprawie Odwołujący sprecyzował żądania w ten sposób, że wniósł o ujawnienie i udostępnienie Odwołującemu również informacji dotyczących materiałów Zakładka 1 Sprzęt Stacja Bazowa Tabela 2 i 3 pozycja 19, Zakładka 2 System OSS Tabela 4 pozycja 19 oraz Tabela 5 pozycja 19 (dot. żądania z punktu 4 podpunkt „d" odwołania).

Odwołujący oświadczył również, że cofa zarzut dotyczący nie zaoferowania przez Ericsson Sp. z o.o. tłumików. Odwołujący złożył także oświadczenie, że ogranicza zarzut dotyczący anteny do niezaoferowania anteny o zerowym wzmocnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Po analizie uzasadnień zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentów złożonych wraz z ofertą w dniu 13 grudnia 2022 r. oraz wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny zaoferowanej przez Ericsson Sp. z o.o. z dnia 16 stycznia 2023 r. Izba stwierdziła, że na uwzględnienie zasługują zarzuty:

- naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia w całości dokumentów (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa), niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa;

- naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia wyjaśnień ceny z załącznikami, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty Izba kierowała się wytycznymi aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 500/21, wyrok z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21,

wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 464/22), Sądu Zamówień Publicznych (m.in. wyrok z dnia

1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22) i TSUE (wyrok z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21) uznając, choćby z uwagi na pochodzenie środków, z jakich finansowane są zamówienia publiczne, że priorytetem przy ich wydatkowaniu powinna być jawność, transparentność i przejrzystość.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania wyrażona wprost w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Nie ulega wątpliwości, że wykładnia ww. przepisów powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad, do stosowania których zamawiający zobowiązany jest w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 ustawy Pzp). W świetle przywołanych powyżej zasad, wszelkie wyłączenia czy ograniczenia zasady jawności powinny być stosowane bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenia jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady, powinny podlegać wykładni zawężającej, aby ich zastosowanie nie prowadziło do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania tych zasad w szczątkowej, fasadowej postaci.

Zasadniczy wyjątek, jak ustanawia ustawa Pzp, pozwalający na odstępstwo od zasady jawności, przewidziany został w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Jak wynika z powołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji, rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z

przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została sformułowana w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą" (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji, wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej

Organizacji Handlu), przewidującego, że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy

właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Przyjmuje się, że wykazywana wartość gospodarcza musi być realna. Wykonawca powinien zatem dokonać odpowiedniej wyceny poszczególnych zastrzeżonych informacji. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzić np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać wartości finansowej informacji, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas wykonawca powinien przestawić znaczenie gospodarcze informacji dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów (patrz: wyrok SO w Warszawie z dnia

30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22). Kierując się ww. założeniami zamawiający powinien dokonać oceny czy zaistniały podstawy by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie.

Po analizie uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty złożonej przez Ericsson Sp. z o.o. z dnia 13 grudnia 2022 r. Izba stwierdziła, że wykonawca ten nie udźwignął ciężaru wykazania, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki pozwalające na tego rodzaju ochronę. Argumentacja powołana w uzasadnieniu zastrzeżenia nie wykazała, że ujawnienie zastrzeżonych informacji przyniesie wykonawcy realną szkodę.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z treścią pisma Ericsson Sp. z o.o. z 13 grudnia 2022 r., wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Formularz cenowy, wykazy dotyczące kryteriów oceny ofert, referencje, oświadczenie własne, oraz poświadczenia bezpieczeństwa.

Odnosząc się do argumentacji powołanej przez Ericsson Sp. z o.o. w treści uzasadnienia zastrzeżenia wskazanych powyżej dokumentów Izba stwierdziła, że informacje

o zrealizowanych projektach, jako dane historyczne, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec nieobjęcia żądaniem danych identyfikujących kontrahentów, danych osobowych osób wskazanych w wykazach osób oraz nazw klientów wskazanych w wykazach osób, nie istnieje też ryzyko, że konkurencyjny wykonawca nawiąże współpracę z kontrahentami Ericsson Sp. z o.o.

Niezrozumiała, w ocenie Izby, jest argumentacja, że odtajnienie dokumentów mogłoby doprowadzić do zmniejszenia szans wykonawcy na uzyskanie innych kontraktów publicznych ze względu na to, że dla sukcesu w podobnych postępowaniach kluczowa jest punktacja uzależniona od przedstawionego w wykazach doświadczenia. Niezależnie od tego, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, że planowane bądź ogłoszone zostały postępowania, w których tego rodzaju informacje będą miały znaczenie, Izba uznała, że okoliczność, że konkurencyjny wykonawca poznałby doświadczenie, jakim dysponuje Ericsson Sp. z o.o., w żaden sposób nie odbiera temu wykonawcy zdobytego doświadczenia i możliwości zdobywania punktów z tego tytułu. Nadal w przyszłości Ericsson Sp. z o.o. będzie miała możliwości legitymować się posiadanym doświadczeniem w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli takowe zostaną ogłoszone. Zauważenia ponadto wymaga, że przyznana Ericsson Sp. z o.o. punktacja z tytułu wykazanych wdrożeń w poszczególnych kryteriach jest jawna.

Wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał również, że informacje na temat projektów zrealizowanych na rzecz podmiotów prywatnych jako całość spełniają kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba zwróciła uwagę, że Ericsson Sp. z o.o. nie podjęła próby zastrzeżenia części informacji, które ewentualnie mogłyby stanowić tajemnicę, a zastrzegła dokumenty jako całość. Wykonawca ten nie odniósł się również do każdej informacji zawartej w zastrzeżonych dokumentach z osobna, a jedynie podjął próbę ogólnego uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów jako całości.

Argumentu przesądzającego o utrzymaniu w tajemnicy zastrzeżonych informacji nie może także stanowić okoliczność, że „przedstawione referencje oraz wykaz dostaw i usług zostały wybrane i skompletowane przez Wykonawcę specjalnie na potrzeby Postępowania". Oczywiste jest, że wykonawca składając ofertę przekazuje zamawiającemu informacje adekwatne do wymagań postawionych przez zamawiającego. Dobór informacji w taki sposób, aby stanowiły one odpowiedź na warunki postawione w postępowaniu bądź ustanowione kryteria oceny ofert w żaden sposób nie czyni z nich tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzasadniając zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacji dotyczących osób wskazanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz

skierowanych do realizacji zamówienia wykonawca Ericsson Sp. z o.o. powoływał się na wysokie i unikalne kwalifikacje tych osób, a także prowadzone rekrutacje w obszarze kompetencji przez nie posiadanych. Wykonawca Ericsson Sp. z o.o. zasadności ochrony ww. informacji poszukiwał w zagrożeniu przejęcia poszczególnych osób przez konkurencję. Niezależnie od tego, że Odwołujący zrezygnował z domagania się ujawnienia danych osobowych personelu Ericsson Sp. z o.o., Izba stwierdziła, że interes wykonawcy w tym zakresie może zostać zabezpieczony w inny sposób, np. przez zawarcie z pracownikami stosownych umów (podobnie: wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1435/16, wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2633/17). Ponadto, fluktuacja kadr nie jest niczym nadzwyczajnym i nie musi być rezultatem działań konkurencji, a np. potrzebą rozwoju osobistego czy pracy przy konkretnym projekcie. Zaznaczyć należy, że zatrzymaniu pracownika służą innego rodzaju instytucje objęte prawem pracy, a nie zastrzeganie

tego rodzaju informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (podobnie KIO: wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 500/21, wyrok z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21).

Izba uznała również, że nie zostało przez Ericsson Sp. z o.o. wykazane, że zastrzeżeniu powinny podlegać informacje o projektach wdrożeniowych ujęte w wykazie osób. Izba stwierdziła, że podane w wykazie informacje stanowią odpowiedź na wymagania sformułowane przez Zamawiającego, nie zawierają dodatkowych informacji, w tym informacji na temat architektury krytycznych systemów niezbędnych do zachowania ciągłości świadczenia usług telekomunikacyjnych.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, że zastrzeżone dokumenty jako całość posiadają wartość gospodarczą tak istotną, że zasadne jest wyłączenie kontroli tych dokumentów przez konkurujących wykonawców. Powyższe jest istotne tym bardziej, że zastrzeżone dokumenty mają najwyższą w postępowaniu wagę, bowiem stanowią treść oferty oraz informacje podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Regułą jest, że tego rodzaju dane pozostają jawne, aby mogły być zachowane w postępowaniu podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Z tego względu, z uwagi na wagę ww. dokumentów, wymóg należytego wykazania zasadności ograniczenia zasady jawności nabiera szczególnego znaczenia. Izba miała przy tym na względzie, że Odwołujący nie wnosi o ujawnienie pełnej treści dokumentów – wniosek nie dotyczy bowiem danych identyfikujących kontrahentów, danych osobowych osób wskazanych w wykazach osób oraz nazw klientów wskazanych w wykazach osób.

Izba stwierdziła, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał także zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych w dniu 16 stycznia 2023 r. na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Izba zważyła, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie podjął próby wydzielenia informacji rzeczywiście stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wypełniających przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uzasadniając ich realną wartość gospodarczą. Wykonawca ten zdecydował się zastrzec właściwie pełną treść składanych wyjaśnień. W takiej sytuacji, wykonawca zobowiązany był wykazać, że każda z ujętych w wyjaśnieniach informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, bądź też że informacje zostały ujęte w szczególnym zestawieniu, którego ujawnienie może przynieść wykonawcy wymierną szkodę.

Izba stwierdziła, że uzasadnienie zastrzeżenia ww. wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa w znaczącej mierze stanowi zaprezentowanie ustawowej definicji tajemnicy, orzecznictwa oraz poglądów doktryny. Wykonawca zawarł również stwierdzenia o posiadaniu przez poszczególne informacje wartości gospodarczej, jednak wartość ta nie została określona i wykazana.

Odnośnie sposobu kalkulacji ceny Izba uznała, że jest on rezultatem dokumentów opracowanych przez Zamawiającego, tj. Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ) oraz Formularza cenowego (Załącznik nr 4 do SWZ). Dokumenty te definiują elementy, jakie wykonawca zobowiązany był ująć w cenie oferty. Ponadto, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych informacji osłabi jego pozycję na rynku. Izba zgodziła się z Odwołującym, że priorytetem postępowania przetargowego jest jego jawność i przejrzystość, których emanacją jest m.in. możliwość weryfikacji przez wykonawców prawidłowości oceny przez zamawiającego oferty konkurenta. Zasadność ograniczenia ww. zasad musi zostać przez wykonawcę wykazana.

W ocenie Izby, zastrzeżenia pełnej treści wyjaśnień nie uzasadnia okoliczność, że szczegółowe rozbicie ceny ofertowej ukazuje portfolio wykonawcy, które stanowi nową rodzinę produktów Ericsson. Jak stwierdził sam wykonawca Ericsson Sp. z o.o., produkty te są oferowane klientom Grupy Ericsson na całym świecie. Podobnie rzecz się ma z zaoferowanym w przedmiotowym postępowaniu rozwiązaniem technologicznym, tj. zautomatyzowanym narzędziem do integracji i testów stacji bazowych. Wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, że wycena oferowanych na całym świecie rozwiązań jest skutecznie chroniona.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie domaga się ujawnienia danych identyfikujących kontrahentów wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. (ich nazw, danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych). Jeśli zaś chodzi o zastrzeżenie informacji o wcześniej zrealizowanych projektach, wykonawca Ericsson Sp. z o.o. podniósł argument o wartości gospodarczej tego rodzaju informacji, jednak wartość ta nie została

określona i wykazana. O wartości gospodarczej poszczególnych informacji nie może stanowić wyłącznie okoliczność, że wykonawca traktuje je jako poufne. Niewykazana okoliczność, że ww. informacje nie zostały udostępnione ogółowi nie przesądza o tym, że cała treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę zasługuje na ochronę. Wartość gospodarcza musi być obiektywna, możliwa do stwierdzenia dla każdego zapoznającego się z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji.

Podkreślenia wymaga, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć świadomość reguł, jakimi rządzą się tego rodzaju postępowania, w tym zasady jawności. Składając ofertę w takim postępowaniu wykonawca musi liczyć się z tym, że jego oferta, zawarta umowa, a także inne informacje podane w toku postępowania zostaną ujawnione. Wyjątki od tej zasady powinny być nieliczne i rzetelnie wykazane.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, ww. zarzuty znalazły potwierdzenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem

było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Uznając zastrzeżenie opisanych powyżej informacji za bezskuteczne, Izba nakazała odtajnienie dokumentów w zakresie wskazanym w sentencji orzeczenia. Czynność ta może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, jako że wykonawca po zapoznaniu się z treścią dokumentów objętych zarzutami, będzie miał możliwość oceny prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego. Z tego względu, Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec uwzględnienia przez Izbę opisanych powyżej zarzutów, zarzuty:

- naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania

zastrzeżenia dokumentów (tj. Wykazów dot. kryteriów oceny Ofert, referencji, oświadczenia własnego, Poświadczeń Bezpieczeństwa), niezbędnych do oceny Ofert w ramach kryteriów pozacenowych określonych w Załączniku Nr 8 do SWZ oraz wyjaśnień ceny z załącznikami, zastrzeżonych przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa w całości i bez żadnych wyłączeń, choć zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE" lub „Trybunał") z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 instytucja zamawiająca musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić konkurencyjnemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego;

- naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Ericsson Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym wykonawca Ericsson Sp. z o.o. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto zaoferowana przez wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. cena jest rażąco niska, tzn. jest to cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zwłaszcza kosztów wdrożenia Stacji Bazowych w Środowisku Produkcyjnym;

sformułowane jako ewentualne, nie podlegały rozpoznaniu, jako że zarzut ewentualny aktualizuje się po przesądzeniu, że zarzut główny jest bezzasadny (wyrok SO w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21).

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Ericsson Sp. z o.o.

Zarzut ten w toku postępowania odwoławczego został ograniczony przez Odwołującego do kwestionowania zaoferowania przez Ericsson Sp. z o.o. anteny o zerowym wzmocnieniu.

W toku postępowania poza sporem pozostawała okoliczność, że parametr wzmocnienia anteny można podawać w dwóch jednostkach – dBi i dbd. Przystępujący złożył na tę okoliczność Opis anteny AN033/x, gdzie parametr wzmocnienia został określony na 2 dBi/0 dBd.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze okoliczność, że Zamawiający nie sprecyzował w SWZ jednostki wzmocnienia anten testowych, która może 65

być wyrażana zarówno w jednostce dBi, jak i dBd. Wskazywany przez Odwołującego w toku postępowania pkt 7.1.16 OPZ precyzował jednostkę parametru wzmocnienia wyrażoną w dBi dla głównych anten dla produkcyjnych Stacji Bazowych, nie zaś dla anten testowych. Nawet gdyby uznać, że posługiwanie się jednostką dBi jest standardem rynkowym, czego dowodził Odwołujący składając „Zalecenia dotyczące standardów dla pasywnych anten stacji bazowych" w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, nie można wykluczyć możliwości posługiwania się przez wykonawcę jednostką dBd, co jak ustalono powyżej, nie pozostaje w sprzeczności z treścią dokumentów postępowania.

Wobec braku jednoznacznego określenia parametru wzmocnienia dla anten testowych, brak jest podstaw, w ocenie Izby, aby wyciągać wobec wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. negatywne konsekwencje braku precyzji w treści dokumentacji. W tych okolicznościach, bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu pozostaje złożona przez Ericsson Sp. z o.o. Deklaracja zgodności dostawcy wystawiona przez producenta anteny w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie ofercie Odwołującego 0 punktów w kryterium „Potencjał wdrożeniowy dla Systemu OSS" (KWO).

Sformułowane w pkt 1.4 Załącznika nr 8 do SWZ kryterium oceny ofert KWO dotyczyło oceny posiadanego przez wykonawcę potencjału wdrożeniowego dla Systemu OSS poprzez odniesienie punktów do liczby zrealizowanych wdrożeń rozwiązania Systemu OSS przez zespół wdrożeniowy wskazany w ofercie wykonawcy. Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą oświadczenia/referencji od pomiotu, na rzecz którego realizowane było wdrożenie oferowanego rozwiązania Systemu OSS, wydane dla członka zespołu wdrożeniowego, na którego doświadczenie wykonawca się powołuje (pkt 1.4.3 Załącznika nr 8 do SWZ). Izba przychyliła się do oceny dokonanej

przez Zamawiającego, że z referencji przedstawionych przez Odwołującego wynika, że wskazane osoby uczestniczyły w projektach wdrożeniowych Stacji Bazowych, nie zaś we wdrożeniu oferowanego Systemu OSS.

Izba zważyła, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania Zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości, że posiada potencjał zasługujący na przyznanie dodatkowych punktów w kryterium. Ze względu na fakt, że dokumenty przedłożone wraz z ofertą dla wykazania zasadności przyznania punktów w kryterium KWO dotyczyły oceny oferty w ustanowionym kryterium, nie mogą one podlegać uzupełnieniu przez wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 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, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający lub uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego lub od uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, mając na względzie, ile spośród tych zarzutów było objętych sprzeciwem uczestnika wnoszącego sprzeciw. Koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia, Izba rozdziela jak wyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym lub uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw (§ 7 ust. 4 rozporządzenia).

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Izba nie wzięła przy tym pod uwagę zarzutów zgłoszonych jako ewentualne, jako że nie były rozpoznawane przez Izbę, a także zarzutu stanowiącego wynik pozostałych postawionych w odwołaniu zarzutów, tj. zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp przez wybór oferty Ericsson Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku ½ i bezzasadne w takiej samej części.

Kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego w części ½ i wykonawcę Ericsson Sp. z o.o. w części ½. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty postępowania poniesione przez PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 22 200 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 9 300 zł (18 600 x ½). Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 9 300 zł. Różnicę tę Izba zasądziła od wykonawcy Ericsson Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego. Zamawiający poniósł koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł. Izba zasądziła ich zapłatę od Odwołującego na rzecz Zamawiającego.

Przewodniczący: ……..