Sygn. akt: KIO 3903/24

WYROK

Warszawa, dnia 12 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Kot

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu21 października 2024 r. przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący")w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający"),

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący")

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w piśmie z dnia 23 września 2024 r. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień" oraz w załącznikach do tego pisma w całości.

2.Kosztami postępowania obciąża Przystępującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero gorszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero gorszy) poniesioną przez Przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:…….

Sygn. akt KIO 3903/24

Uzasadnienie

Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający" lub „NBP") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Łącza internetowe 1Gbps do O/O, O/W i DC" (Nr referencyjny: SEZ/DKRZ-WPI1-IW-241-0304/DIT/24, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2024 r. pod numerem: 474883-2024.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

21 października 2024 r. wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie(dalej: „Odwołujący" lub „Orange") wniósł odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Netia") w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

- ✓zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Netia dotyczących wyliczenia ceny oferty z dnia 23 września 2024 r. w całości, Załączników nr 2 – nr 8 do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny z dnia 23 września 2024 r. w całości, a także informacji o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji podanych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy stanowiącym Załącznik nr 1 do wyjaśnień ceny, pomimo że wykonawca Netia nie spełnił wymagań określonych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i nie wykazał, że utajnione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że złożone przez tego wykonawcę wraz z wyjaśnieniami ceny uzasadnienie wyłączenia jawności utajnionych informacji nie jest adekwatne do zakresu utajnionych informacji, a wyjaśnienia nie mogły być utajnione jako całość w zakresie utajnionym przez wykonawcę Netia (pkt 7 i 8 wyjaśnień ceny, a także załączniki do wyjaśnień),

  - co stanowi naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2)odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę Netia oraz ich udostępnienie Orange, tj.:

a) wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty z dnia 23 września 2024 r. w całości;

b) załączników do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny z dnia 23 września 2024 r. obejmujących:

- Załącznik nr 2 do wyjaśnień – Szczegółowa kalkulacja ceny za wykonanie zamówienia,
- Załącznik nr 4 do wyjaśnień – Zaświadczenie Działu Kadr,
- Załączniki nr 5 – nr 7 do wyjaśnień – Umowy ramowe,
- załącznik nr 3 i nr 8 do wyjaśnień – Mapy sieci Netia S.A.,

w całości,

c) informacji i wartości gospodarczej zastrzeganych informacji zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy informacji – Załącznik nr 1 do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

5 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania.

Pismem z dnia 5 listopada 2024 r. wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Netia wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

17 września 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia elementów ceny oferty wykonawcy.

Pismem z dnia 23 września 2024 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do udzielenia wyjaśnień" Netia złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny oferty, przy czym pewne fragmenty pisma zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa (informacje w zakresie: zawartości Załącznika nr 2 – Szczegółowa kalkulacja ceny za wykonanie zamówienia – bez podania kwot, określonego zysku wykonawcy, a także kwot, o które Przystępujący mógł obniżyć cenę oferty dzięki szczególnym uwarunkowaniom). Do rzeczonych wyjaśnień Netia dołączył następujące załączniki: Załącznik nr 1 – Szczegółowe uzasadnienie utajnienia informacji wraz z załącznikami, Załącznik nr 2 – Szczegółowa kalkulacja ceny za wykonanie zamówienia, Załącznik nr 3 – Mapa sieci Netia S.A., Załącznik nr 4 – Zaświadczenie Działu Kadr, Załącznik nr 5 – Fragment umowy ramowej, Załącznik nr 6 – Fragment umowy ramowej, Załącznik nr 7 – Fragment umowy ramowej, Załącznik nr 8 – Mapy sieci Netia S.A. Przystępujący utajnił w całości Załączniki nr 2 – nr 8. W Załączniku nr 1 – Szczegółowe uzasadnienie utajnienia informacji Netia kolorem czerwonym opatrzył fragment odnoszący się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny wraz z przedstawionymi dowodami (Załączniki nr 2 – nr 8) jako skutecznie dokonane przez Przystępującego. Ponadto NBP udostępnił Orange pismo pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji" (z wyłączeniem fragmentu dotyczącego wartości zastrzeganych informacji) oraz dwie polityki bezpieczeństwa informacji.

11 października 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i

proporcjonalny.

W myśl art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp:

„1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5".

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.") stanowi, że „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".

Mają na uwadze wyżej wymienione przepisy należy wskazać, że art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Wyżej wymieniona zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 przytoczonego przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przepisu wynika, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela w tym zakresie ugruntowany pogląd wyrażany przez Krajową Izbę Odwoławczą zarówno na kanwie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004") jak i aktualnie obowiązującej ustawy Pzp, zgodnie z którym użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania", nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia" (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21; z dnia 18 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 506/21; z dnia 2 grudnia 2019 r. o sygn. akt: KIO 2284/19, KIO 2288/19; z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22 oraz z dnia 27 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 674/23). Podobnie wypowiada się również Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych, który w swoich orzeczeniach wskazuje, że przewidziany przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm., dalej: „k.p.c.") (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 24 lutego 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 133/21).

Następnie należy podkreślić, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. I tak zgodnie z wyżej wymienionym 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. Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności. Innymi słowy, w sytuacji, gdy okaże się, że choć jedna z przywołanych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez

ograniczeń.

W szczególności należy zauważyć, że przesłanka dotycząca wartości gospodarczej odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem każda informacja, o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczy przyjmuje się, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Ponadto przejawem wartości gospodarczej może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 28 lipca 2022 r. o sygn. akt KIO 1810/22, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 29 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 720/21 oraz z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21). Istotne jest również, że – jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 – wartość gospodarczą należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, że powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Wobec powyższego należy przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Każda spóźniona próba wykazania zasadności utajnienia danych informacji winna być zatem uznana za bezskuteczną, ponieważ ustawodawca nie pozostawił żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak wykazania w złożonym uzasadnieniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie uzasadnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z – przewidzianej przepisami ustawy Pzp – ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę przedmiotowej sprawy wskazać należy, że Przystępujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia skład orzekający uznał, że „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji" jest ogólnikowe i lakoniczne, ma charakter zwykłej sztampowej deklaracji. Przede wszystkim analiza treści rzeczonego uzasadnienia prowadzi do stwierdzenia, że nie zostało ono zindywidualizowane na potrzeby tego konkretnego Postępowania prowadzonego przez NBP i nie wykazuje spełnienia przesłanek z art. 11 u.z.n.k. w odniesieniu do konkretnych, wyselekcjonowanych informacji. Innymi słowy, treść pisma pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji" w zasadniczej mierze nie koresponduje z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa w piśmie z dnia 23 września 2024 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień", a także w Załącznikach nr 2 – nr 8, które Netia zastrzegł w całości. Należy zauważyć, że na stronie 1 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał, że zastrzeżenie dotyczy następujących informacji: „a) Zaznaczone fragmenty w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny; b) Załącznik nr 2 szczegółowa kalkulacja ceny za wykonanie zamówienia; c) Zaświadczenie Działu Kadr; d) Umowy ramowe stanowiące załącznik nr 5, 6 i 7; e) Mapy sieci Netia S.A. stanowiące załącznik nr 3 i 8". Następnie Netia przedstawił argumentację która odnosi się łącznie do wszystkich rodzajów informacji wymienionych w lit. a)-e) powyżej: „(…) Informacje zawarte w pkt (a) – (e) ilustrują sposób przygotowania przez Wykonawcę oferty w Postępowaniu, wskazują na tryb udzielania przez Wykonawcę zamówień na usługi i dostawy, sposób kalkulacji wynagrodzenia, harmonogramy jego zapłaty (w tym wysokości udzielanych zaliczek lub ich braku), zakres udzielonych praw autorskich, zasady udzielania gwarancji, zapłaty kar umownych, zasady doboru pracowników o określonych kompetencjach, którzy będą realizować zamówienie, etc. Niewątpliwie takie informacje należy uznać jako know-how i poddać najwyższej ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Informacja o poszczególnych elementach ceny pozwoliłaby konkurencyjnym wykonawcom powziąć wiedzę na temat polityki cenowej Wykonawcy i warunkach zatrudnienia personelu Wykonawcy. Podobnie, informacje o uzyskanych upustach i rabatach oferowanych przez producentów urządzeń, których polityka cenowa stanowi najwyżej chronioną tajemnicę. Nie ulega żadnych wątpliwości, że ww. załączniki, zawierające dane o wynagrodzeniu za usługi i towary, oferty cenowe, czy też stawki godzinowe

stosowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy mieszczą się w pojęciu polityki cenowej Wykonawcy, która ze swej istoty nie może zostać udostępniona konkurencyjnym wykonawcom biorącym udział w tych samych postępowaniach (…); (…) Odtajnienie danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty Wykonawcy w połączeniu z kosztami urządzeń pozwoli konkurencyjnym wykonawcom jednoznacznie ustalić jaki jest koszt planowanych nakładów inwestycyjnych Wykonawcy. Z kolei udostępnienie szczegółowej kalkulacji wraz z zestawieniem z działu kadr dotyczącym stawek stosowanych w przedsiębiorstwie Wykonawcy umożliwi ustalenie jaką marżę nalicza standardowo Wykonawca w postępowaniach o zbliżonym zakresie zamówienia. Wiedza w powyższym zakresie, umożliwiłaby konkurencji Wykonawcy ustalić w jakich postępowaniach przetargowych Wykonawca może wziąć udział, jakie nakłady i koszty będzie musiał ponieść żeby wykonać określone zamówienia publiczne, a w konsekwencji, ustalić potencjalną cenę jaką mógłby zaoferować Wykonawca w takich postępowaniach. Także wiedza w zakresie stosowanych w przedsiębiorstwie Wykonawcy stawek wynagrodzeń może spowodować, iż konkurencja będzie próbowała przejąć najbardziej wartościowych pracowników Wykonawcy, w tym poprzez złożenie im oferty pracy z odpowiednio wyższym wynagrodzeniem (…); (…) podkreślenia wymaga fakt, że przedmiotem udostępnienia byłyby nie tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy ale również dotyczące m.in. warunków handlowych i polityki cenowej przedsiębiorstw kontrahentów Wykonawcy, którzy są stronami umów przedstawionych w wyjaśnieniach lub których oferty znajdują się w treści wyjaśnień (…); (…) Wykonawca pozawierał z kontrahentami umowy o zachowaniu poufności, które przeciwdziałają ujawnieniu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę informacji. Wykonawca jest związany umowami o poufności zawartymi z kontrahentami, co więcej w samych umowach załączonych do wyjaśnień znajdują się klauzule poufności, które wiążą zarówno kontrahentów Wykonawcy jak i jego samego (…); (…) Dla Wykonawcy, jak i jego kontrahentów kluczowe znaczenie ma również objęcie tajemnicą nazw podmiotów, z którymi pozostają w relacjach handlowych oraz szczególne warunki tej współpracy (negocjowane oddzielnie dla każdego z kontrahentów). Powzięta w tym zakresie wiedza przez wykonawców konkurencyjnych istotnie wpływa na pozycję negocjacyjną przyszłych umów zawieranych zarówno przez Wykonawców jak i jego kontrahentów (…); (…) Ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i jego kontrahentów wywołałoby dla nich nieodwracalne skutki, w szczególności naraziłoby ich na znaczne szkody finansowe polegające m.in. na konieczności renegocjacji zawartych umów z podmiotami konkurencyjnymi, pogorszeniu się relacji handlowych z kontrahentami i utraty dużej części zysków. W przedsiębiorstwie Wykonawcy są podejmowane działania mające zabezpieczyć zastrzeżone informacje. Wykonawca wdrożył w swoim przedsiębiorstwie system zarządzania mający na celu utrzymanie poufności na najwyższym poziomie. W szczególności poufne informacje są przechowywane na nośnikach informacji, do których dostęp mają wyłącznie osoby do tego upoważnione (tj. przede wszystkim zarząd, osoby przygotowujące i sprawdzające ofertę itp.). Dokumenty zawierające informacje poufne są przechowywane w zamkniętych pomieszczeniach, zabezpieczających dostęp przed osobami nieuprawnionymi (…); (…) Wykonawca zawarł ponadto umowy o zachowaniu poufności ze swoimi pracownikami i współpracownikami, które to umowy przeciwdziałają ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (…)".

W ocenie Izby kompleksowa analiza treści pisma pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji", pisma z dnia 23 września 2024 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień" oraz dołączonych załączników, pozwala na stwierdzenie, że Przystępujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej wraz z załącznikami, a ocena skuteczności zastrzeżeń dokonana przez NBP była w tym zakresie powierzchowna. Jak bowiem wskazał Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE") w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. o sygn. akt C-54/21, instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter. Tym samym nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, wykonawcy nie powinni nadużywać tego narzędzia i ograniczać jego wykorzystanie do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością. Zamawiający przychylając się z kolei do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie przez bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień danego wykonawcy, ale powinna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 599/23, KIO 619/23, KIO 622/23).

Skład orzekający zwrócił uwagę, że w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w: zaznaczonych fragmentach w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, Szczegółowej

kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, Zaświadczeniu Działu Kadr, umowach ramowych oraz mapach sieci Netia S.A., Przystępujący wskazał, że informacja o poszczególnych elementach ceny pozwoliłaby konkurencyjnym wykonawcom powziąć wiedzę na temat polityki cenowej wykonawcy i warunkach zatrudnienia personelu Netia. Podobnie, informacje o uzyskanych upustach i rabatach oferowanych przez producentów urządzeń, których polityka cenowa stanowi najwyżej chronioną tajemnicę. W ocenie Przystępującego nie ulega wątpliwości, że załączniki, zawierające dane o wynagrodzeniu za usługi i towary, oferty cenowe, czy też stawki godzinowe stosowane w przedsiębiorstwie wykonawcy mieszczą się w pojęciu polityki cenowej wykonawcy, która ze swej istoty nie może zostać udostępniona konkurencyjnym wykonawcom biorącym udział w tych samych postępowaniach. Netia podkreślił, że okoliczności te w oczywisty sposób narażają go na zmniejszenie jego szans w pozyskaniu przyszłych zamówień publicznych. Odnosząc się do powyższych twierdzeń dostrzeżenia wymaga, że w wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny oferty Netia utajnił informacje w zakresie: zawartości Załącznika nr 2 – Szczegółowa kalkulacja ceny za wykonanie zamówienia – bez podania kwot, określonego procentowego zysku wykonawcy, a także kwot, o które Przystępujący mógł obniżyć cenę oferty dzięki – jak twierdzi – szczególnym uwarunkowaniom. Kolejno Netia przedłożył wyżej wymieniony Załącznik nr 2, który stanowi kosztorys związany z realizacją zamówienia, uwzględniający wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ. W Szczegółowej kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia Przystępujący przedstawił tabelę zawierającą kilka pozycji odnoszących się do poszczególnych kosztów związanych z realizacją zamówienia i podał odpowiadające im kwoty. W wyżej wymienionym załączniku nie podano informacji o upustach i rabatach oferowanych przez kontrahentów Przystępującego, nazw tych podmiotów, ani też nie dołączono żadnych ofert cenowych. Ponadto Netia załączył fragmenty umów ramowych (Załączniki nr 5 – nr 7), w których dane identyfikujące podmioty, z którymi Przystępujący zawarł te umowy zostały zanonimizowane, a ponadto – wbrew twierdzeniom Netia – brak jest w nich informacji dotyczących cen jednostkowych, rabatów, upustów, warunków gwarancji, kar umownych, etc., oraz klauzul poufności. Nie wiadomo również, czy umowy te nadal obowiązują, a zostały zawarte wiele lat temu. Netia przedłożył także Załącznik nr 4 – Zaświadczenie Działu Kadr, w którym wskazano stawki godzinowe stosowane w przedsiębiorstwie wykonawcy. Natomiast Załączniki nr 3 i nr 8 stanowią mapy sieci Netia, do których Przystępujący odniósł się tylko w dwóch miejscach „Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji" tj. na stronie 1 rzeczonego pisma, w miejscu, w którym wykonawca wymienił jakich informacji dotyczy składane zastrzeżenie oraz na stronie 4 we fragmencie, który odnosi się do wartości gospodarczej utajnianych informacji. Biorąc pod uwagę powyższe błędna i niczym nieuzasadniona jest argumentacja Przystępującego, że „(…) przedmiotem udostępnienia byłyby nie tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy ale również dotyczące m.in. warunków handlowych i polityki cenowej przedsiębiorstw kontrahentów Wykonawcy, którzy są stronami umów przedstawionych w wyjaśnieniach lub których oferty znajdują się w treści wyjaśnień (…)". Należy bowiem stwierdzić, że kwot utajnionych we fragmentach odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz podanych w Załączniku nr 2 – Szczegółowej kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, który został zastrzeżony w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa, w żaden sposób nie da się powiązać z danymi zawartymi we fragmentach umów ramowych. Z treści przedmiotowych umów nie wynikają żadne konkretne informacje w zakresie warunków handlowych i polityki cenowej tych przedsiębiorstw, czyli dane, których ujawnienie mogłoby spowodować szkodę, a ponadto – co przesądzające – nawet dane identyfikujące kontrahentów Przystępującego. Zauważenia wymaga, że w „Uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy informacji" głównym argumentem, powtarzanym przez Przystępującego, był fakt, że: „(…) Wykonawca jest związany umowami o poufności zawartymi z kontrahentami, co więcej w samych umowach załączonych do wyjaśnień znajdują się klauzule poufności, które wiążą zarówno kontrahentów Wykonawcy jak i jego samego (…); (…) Dla Wykonawcy, jak i jego kontrahentów kluczowe znaczenie ma również objęcie tajemnicą nazw podmiotów, z którymi pozostają w relacjach handlowych oraz szczególne warunki tej współpracy (negocjowane oddzielnie dla każdego z kontrahentów). Powzięta w tym zakresie wiedza przez wykonawców konkurencyjnych istotnie wpływa na pozycję negocjacyjną przyszłych umów zawieranych zarówno przez Wykonawców jak i jego kontrahentów (…); (…) Ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i jego kontrahentów wywołałoby dla nich nieodwracalne skutki, w szczególności naraziłoby ich na znaczne szkody finansowe polegające m.in. na konieczności renegocjacji zawartych umów z podmiotami konkurencyjnymi, pogorszeniu się relacji handlowych z kontrahentami i utraty dużej części zysków (…)". Tymczasem nie dość, że w przedłożonych fragmentach umów ramowych zanonimizowano dane identyfikujące podmioty, z którymi umowy te zostały zawarte oraz co do zasady nie wynikają z nich szczególne warunki współpracy, to – wbrew twierdzeniom Netia – nie zawierają one klauzul poufności. Przystępujący nie przedłożył również żadnych dodatkowych umów o poufności, które rzekomo zawarł z kontrahentami. Zdaniem składu orzekającego Netia w ogóle nie wyjaśnił dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączonych dokumentów składanych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania skonstruowanych, miałoby faktycznie powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej Przystępującego. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Netia skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania, jakie są konieczne do poniesienia

przez niego nakłady, czy też jaką marżę zastosował w tym konkretnym postępowaniu, nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Przystępującego i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Netia musiałby wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień ceny rażąco niskiej oraz załącznikach składanych na potrzeby tego Postępowania i pod jego wymagania określone przez Zamawiającego miałoby spowodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałoby wynikać. Izba nie przeczy, że potencjalnie w zależności od okoliczności danej sprawy kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii. W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy nie zostało wykazane, aby zastosowana przez wykonawcę Netia metoda wyceny była szczególna, właściwa tylko dla Przystępującego i aby dawała mu przewagę na rynku. Mając na względzie powyższe zasadne jest zatem przyjęcie, że wartość gospodarcza winna mieć wymiar obiektywny, a więc samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania i nie może służyć do ukrycia przed konkurencją informacji, które w niniejszym Postępowaniu dotyczą kalkulacji zaoferowanej ceny. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 623/23 „(…) o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej 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, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z PrZamPubl jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających (…)”. Innymi słowy, oczywiste jest, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego, mają w jego ocenie wartość gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakąkolwiek wartość dla innych podmiotów. Wykonawca powinien więc wykazać, że takie informacje mogą 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. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21). Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę niniejszej sprawy należy wskazać, że wykonawca Netia nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. Wymaga bowiem podkreślenia, że Przystępujący co prawda wskazał w „Uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy informacji” w sposób kwotowy wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, ale wyłącznie w odniesieniu do danych zawartych w Załącznikach nr 2 – nr 4 i nr 8. Co znamienne, podana wartość stanowi kwotę łączną dla wszystkich wyżej wymienionych informacji. Netia nie przedstawił jednak żadnego szerszego uzasadnienia mającego wykazywać faktyczną wartość gospodarczą poszczególnych informacji zawartych w rzeczonych załącznikach. Rolą Zamawiającego czy Izby nie jest natomiast domyślanie się jaką wartość gospodarczą posiadają konkretne utajnione informacje i z czego te wartości wynikają, ponieważ to wykonawca jest dysponentem tych informacji i to na nim spoczywa obowiązek wykazania poufnego charakteru zastrzeganych danych. Ponadto – w ocenie składu orzekającego – nie wykazują wartości gospodarczej informacji twierdzenia Przystępującego, że wiedza w zakresie przyjętych w przedsiębiorstwie Netia stawek wynagrodzeń mogłaby spowodować, że konkurencja będzie próbowała przejąć najbardziej wartościowych pracowników wykonawcy, składając im oferty pracy z odpowiednio wyższym wynagrodzeniem. Abstrahując od tego, że Przystępujący poprzestał wyłącznie na niczym nie popartych przypuszczeniach, nie uprawdopodabniając nawet, że takie ryzyko faktycznie może wystąpić, to należy wskazać, że fluktuacja kadr jest zjawiskiem naturalnym na rynku pracy i właściwe zadbanie o satysfakcjonujące pracownika warunki leży po stronie pracodawcy. Netia może zapobiec odpływowi pracowników innymi środkami, np. zawierając umowy

o zakazie konkurencji czy kształtując wynagrodzenia na odpowiednim poziomie. Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 26 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 698/21, że „(…) w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Okoliczność, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych) jest praktyką powszechną, dotyczącą każdej branży. W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę np. odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, korzystnych warunków zatrudnienia a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia, w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe (…)" (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 925/22). Przystępujący nie wyjaśnił też jak podnoszone ryzyko związane z przejmowaniem pracowników miałoby się przekładać na „zmniejszenie jego szans w pozyskaniu przyszłych zamówień publicznych."

W tym miejscu konieczne jest również zauważenie, że samo „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji" nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej uzasadnienie co do zasady jest elementem jawnym i ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składanych dokumentów (zob. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 4 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22 oraz z dnia 8 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 499/23, KIO 558/23). Izba w pełni podziela pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 17 grudnia 2018 r. o sygn. akt KIO 2498/18, zgodnie z którym „(…) samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to wykonawca (…). Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia przedstawionego w pismach (…) nie znajduje oparcia w wyżej przywołanym przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie należy uznać za bezskuteczne (…)". Innymi słowy, objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jego uzasadnienia jest działaniem ograniczającym jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym. Przy czym trafnie podniósł Orange w odwołaniu, że w samym uzasadnieniu brak jest zarówno wskazania, że utajniony fragment o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji (oznaczony na czerwono) nie podlega udostępnieniu, jak i wyjaśnienia z jakich przyczyn – w ocenie Netia – informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. W związku z powyższym Izba nakazała NBP odtajnienie w całości treści Załącznika nr 1 – Szczegółowego uzasadnienia utajnienia informacji, zgodnie z żądaniem odwołania.

Ponadto w okolicznościach tej sprawy istotne jest, że Netia zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Załączniki nr 2 – nr 8 do pisma z dnia 23 września 2024 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień" w całości, a nie poszczególne informacje w nich zawarte, w konsekwencji czego Przystępujący nie dochował należytej staranności, aby zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa te zindywidualizowane informacje, które – w jego ocenie – faktycznie mogłyby taką tajemnicę stanowić. Praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści dokumentów od dawna w orzecznictwie jest postrzegana jako negatywna. Należy wskazać, że w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp mowa jest o informacji, a nie o dokumencie, a zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, więc powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane (zob. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 242/17, KIO 258/17 oraz z dnia 26 października 2018 r. o sygn. akt KIO 2063/18). Innymi słowy, tylko konkretne informacje mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a nie całe dokumenty. Jak bowiem stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 1 października 2021 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 53/21 „(…) Taka metodologia działania (...), tj. objęcie tajemnicą całego pisma, a nie konkretnych informacji była nieprawidłowa, pozostawała bowiem nie tylko w sprzeczności z normą prawną z art. 8 sPzp (który dopuszcza zastrzeganie tylko informacji, a nie całych pism), ale też utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów (...) co do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w omawianym piśmie (…)" (por.: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 679/23, z dnia 8 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 197/22 oraz z dnia 22 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 715/21).Innymi słowy, wykonawca powinien wyraźnie wskazać, które informacje, i dlaczego, są objęte taką tajemnicą. Ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa podlega bowiem konkretna wskazana informacja, nie zaś dokument, w którym taka informacja się znajduje. Tymczasem Przystępujący nie sprecyzował jakie konkretne informacje i gdzie się znajdujące podlegają utajnieniu. Brak skonkretyzowania zakresu utajnianych informacji powoduje więc, że nie wykazano przesłanek objęcia takich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa albowiem wszystkie przesłanki powinny być wykazane odrębnie dla każdej informacji.

Ponadto należy wskazać, że przedłożone prze wykonawcę Netia załączniki do pisma pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji" – Polityka Bezpieczeństwa Netia S.A. i Polityka Bezpieczeństwa Informacji w Netia S.A. zawierają standardowe zabezpieczenia stosowane przez różnego rodzaju podmioty w obrocie gospodarczym i jednocześnie są to jedyne dowody na okoliczność wykazania, że Przystępujący podejmuje działania prowadzące do utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Skład orzekający dostrzega, że w treści Załącznika nr 1 do pisma z dnia 23 września 2024. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień" Netia wskazał, że zawarł umowy o zachowaniu poufności ze swoimi pracownikami i współpracownikami, które to umowy przeciwdziałają ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący poprzestał jednak w tym zakresie wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach, przy czym nie wykazał, że przedstawienie tego rodzaju dowodów stanowiło dla niego jakieś trudności. Tymczasem Załączniki nr 1 i nr 2 do Polityki Bezpieczeństwa Informacji w Netia S.A. stanowią jedynie wzory – oświadczenia o zachowaniu poufności i umowy o zachowaniu poufności. Nie sposób zatem stwierdzić, czy i z kim zostały zawarte.

Ponadto, odnosząc się do przywoływanego przez Przystępującego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego w Warszawie, jak i przedłożonych przez strony wydruków uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy informacji złożonych przez wykonawcę Netia w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, skład orzekający wskazuje, że mają one charakter irrelewantny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Należy bowiem podkreślić, że wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wydawane są w konkretnych stanach faktycznych, przy uwzględnieniu szczególnych okoliczności i argumentacji, a Izba w każdym przypadku dokonuje ich indywidualnej oceny.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołania zasługuje na uwzględnienie w całości i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w piśmie z dnia 23 września 2024 r. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień" oraz w załącznikach do tego pisma w całości. NBP powinien w takim przypadku udostępnić Orange pełną treść wyjaśnień wraz z wszystkimi załącznikami.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....