

WYROK

Warszawa, dnia 27 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Euvic Media spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi z siedzibą w Warszawie, uczestnik postępowania po stronie Zamawiającego: SIGMA BIS spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym uznania, że Cennik publikacji stanowiący załącznik nr 2a do formularza cenowego złożony wraz z ofertą wykonawcy SIGMA BIS spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie został nieskutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa i nakazuje jego udostępnienie w postępowaniu.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i z tytułu 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 2777/24

Uzasadnienie

Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: „Zapewnienie usług publikacji artykułów prasowych”, znak sprawy: BA.zp.23.1.26.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych znr r 2024/BZP 00400301/01 z 5 lipca 2024.

W postępowaniu tym wykonawca Euvic Media spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 5 sierpnia 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania udostępnienia informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa przed wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), 3 zwanej dalej „uznk”, w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę SIGMA BIS S.A. tj.

„Cennik publikacji” stanowiący załącznik nr 2a do Formularza ofertowego;

2)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

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

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu,
- 3)odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów objętych przez Wykonawcę SIGMA BIS S.A. ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 4)ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący przedstawił stanowisko na poparcie sformułowanych w odwołaniu zarzutów.

W złożonej pismem z 21 sierpnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając argumentację na poparcie swojego stanowiska oraz dowody.

W pisemnym stanowisku z 9 sierpnia 2024 r. wykonawca SIGMA BIS spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił argumentację.

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

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił SIGMA BIS spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydykcyjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert, Izba ustaliła, że w postępowaniu złożone zostały 3 oferty, tj. przez Odwołującego, Przystępującego i wykonawcę Biuro Reklamy Gazet Lokalnych Sp. z o.o.

Odwołujący zaoferował cenę 304 227,66 zł brutto. Przystępujący zaoferował cenę 257 823,98 zł brutto.

Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), z rozdziałem 14 pkt 5 do oferty należało dołączyć m.in. cennik publikacji będący załącznikiem nr 2a do formularza ofertowego. Zamawiający wskazał, że „- *zadaniem wykonawcy jest wypełnienie cennika publikacji we wszystkich pozycjach poprzez podanie ceny jednostkowej brutto każdej pozycji z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami rachunkowości; - zamawiający nie dopuszcza wpisania wartości 0,00 zł; - cennik publikacji stanowiący załącznik nr 2a do formularza ofertowego, należy złożyć w postaci elektronicznego pliku w jednym z formatów wymienionych rozdziału 11 ust. 8 SWZ, opatrzonego przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub podpisem zaufanym lub podpisem osobistym; - oferta złożona bez cennika publikacji tj.: załącznika nr 2a do formularza ofertowego będzie skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp*”.

Zgodnie z §1 ust. 4 wzoru umowy wykonawca w ramach umowy zapewni publikację artykułu we wskazanym tytule prasowym zgodnie z cennikiem zawartym w załączniku nr 2, będącym odzwierciedleniem złożonej oferty. Jak wynika z ust. 5 Zamawiający przekazuje Wykonawcy materiały do publikacji w postaci tekstu, danych do infografik i zdjęć. Obróbka graficzna (skład i łamanie) zostanie wykonana przez Wykonawcę zgodnie z wymogami danego tytułu.

Wzór cennika został określony przez Zamawiającego.

Przystępujący składając ofertę złożył cennik publikacji stanowiący załącznik nr 2a do Formularza ofertowego, który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, o czym wiedzę można powziąć z lektury pisma z 15 lipca 2024 r. zawierającego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Z treści tego pisma wynika, że „...*Cennik publikacji tj. załącznika nr 2a do formularza ofertowego*”, na wszystkich stronach wymienionego dokumentu zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późniejszymi

zmianami) i nie mogą być ujawniane pozostałym uczestnikom Postępowania.” Przystępujący następnie argumentował, że „Cennik publikacji tj. załącznika nr 2a do formularza ofertowego zawierają informacje dotyczące wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu świadczenia usług. Istotą przedmiotowego zastrzeżenia nie jest zastrzeżenie ceny, a możliwości ustalenia na tej podstawie strategii budowania ceny przez Spółkę, co samo w sobie jest informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki, która może podlegać utajnieniu. Równocześnie, Spółka podkreśla, że zastrzeżone informacje zawarte w dokumencie Cennik publikacji tj. załącznika nr 2a do formularza ofertowego, zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa w postaci posiadanych przez Spółkę rabatów w mediach oraz cen na poszczególne usługi, wynegocjowanych przez Spółkę w mediach. Wyżej wymienione informacje, obrazujące wartość rabatów posiadanych przez Spółkę u poszczególnych dostawców mediów posiadają wartość gospodarczą obrazującą pozycję Spółki na rynku domów mediowych, oraz potencjalną wielkość bazy klientów Spółki, a także mogłyby zostać wykorzystane przez konkurencję Spółki. Dane zawarte w dokumencie Cennik publikacji tj. załącznika nr 2a do formularza ofertowego, zawierają dokładne stawki zakupowe w danym medium, wynegocjowane przez Wykonawcę, wraz z posiadanymi rabatami u tych dostawców (...).”

Następnie Przystępujący argumentował m.in., że: „Odnosząc się do zaoferowanych cen oraz posiadanych rabatów w poszczególnych mediach są one osiągnane dzięki indywidualnym negocjacjom Spółki jako domu mediowego z dostawcami mediów przy uwzględnieniu przez dostawców mediów kryteriów, którymi dysponuje dany podmiot, m.in. w oparciu o łączną kwotę wydatków reklamowych Spółki, portfolio klientów Spółki, deklaracje budżetowe wydatków na dane media, udziału poszczególnych produktów reklamowych w wydatkach, itp. Wgląd do tych informacji pozwoli na ustalenie pozycji rynkowej Spółki przez podmioty konkurencyjne i ujawni zdolności negocjacyjne Spółki, co na rynku usług mediowych świadczonych przez domy mediowe jest niezwykle istotną wartością gospodarczą. Ponadto, jawność tych informacji może doprowadzić do niekorzystnych zmian w polityce cenowej dysponentów mediów wobec Spółki oraz klientów Spółki, a w ostateczności również rozwiązaniem umów z tymi podmiotami, co doprowadziłoby do powstania szkód po stronie Spółki. (...) Spółka wskazuje, że zastrzeżone informacje w postaci cen składowych oferty pozwalają na ustalenie rabatów jednostkowych, wobec czego wymagają utajnienia przez Spółkę, gdyż stanowią informacje technologiczne i organizacyjne Spółki dotyczące tworzenia oferty, strategii, organizacji pracy Spółki oraz kalkulacji ceny. Spółka podkreśla, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach są niepowtarzalne, jako tworzone pod kątem wymagań danego Zamawiającego w konkretnym postępowaniu, mają zatem charakter organizacyjny. Metodologia kalkulacji ceny należy uznać za informacje, które stanowią potencjalne źródło wiedzy dla konkurencji, które będą mogły zostać wykorzystane przez konkurencję w przyszłości, również w postępowaniach w których udział będzie brać Spółka. Informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie, mając niepowtarzalny charakter. (...)”

Przystępujący wskazał też, że „Należy pamiętać, iż ceny jednostkowe zawarte w dokumencie Cennik publikacji tj. załącznika nr 2a do formularza ofertowego, w wielu pozycjach dotyczą bardzo precyzyjnie określonych dostawców mediów, w tym w prasie, wraz ze wskazaniem posiadanych rabatów otrzymywanych przez Spółkę od tego dostawcy, które to rabaty są chronione, jako posiadające wartość gospodarczą. Spółka podkreśla, iż niektóre rabaty są nieosiągalne dla pozostałych uczestników rynku i wynikające z wieloletniej współpracy z mediami, co jest na tym rynku standardem. Ujawnienie ich w tak szerokim zakresie jak ma to miejsce w tym Postępowaniu pozbawia Spółkę narzędzi formułujących tą przewagę. (...) Dane z formularza zdradzają bowiem jaki minimalny rabat ma Spółka u dostawcy mediów i o ile niżej może wycenić daną usługę w stosunku do powszechnie znanych cen cennikowych. Jeśli Spółka w danej pozycji wskazała konkretną cenę to na jej podstawie konkurent wie, że jego rabat nie jest niższy niż możliwy do ustalenia na tej podstawie. Biorąc pod uwagę, że realizacja zadania w postaci podania cen publikacji prasowych może zostać użyta przez pozostałych wykonawców w innych kolejnych postępowaniach, należy jednoznacznie stwierdzić, iż wiedza ta stanowi wartość organizacyjną Spółki, która należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe informacje stanowią kompletną charakterystykę sposobu realizacji zamówienia przez Wykonawcę, określając sposób wyliczania cen przez Spółkę dla realizacji konkretnego zamówienia. (...)”

Oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający ocenił zastrzeżenie przez Przystępującego cennika publikacji stanowiącego załącznik nr 2a do Formularza ofertowego jako skuteczne.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie rozważań ogólnych Izba za zasadne uznała przypomnienie, 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). 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 wyjątkowo, w uzasadnionych przypadkach. Stąd też przepisy wprowadzające ograniczenia jawności postępowania, jako wyjątki od ogólnej zasady, powinny podlegać wykładni zawężającej, aby ich zastosowanie nie prowadziło do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy ich pozorności.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp pozwala wyjątkowo, w określonych warunkach, na odstępstwo od zasady jawności postępowania.

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.

W celu wykazania skuteczności 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.

Na wykonawcę nałożono więc, w razie potrzeby skorzystania z tej wyjątkowej instytucji, obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy 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 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 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto wykonawca ma obowiązek wykazania, że podejmuje odpowiednie środki mające na celu ochronę informacji zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa. W orzecznictwie i doktrynie akcentuje się również konieczność wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Nie wystarczy zatem 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 (*vide* wyrok SO w Warszawie z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22).

Po analizie uzasadnienia zawartego w piśmie z 15 lipca 2024 r. co do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z ofertą „*cennika publikacji tj. załącznika nr 2a do formularza ofertowego*”, Izba stwierdziła że Przystępujący nie udźwignął ciężaru wykazania, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki pozwalające na tego rodzaju ochronę.

W ocenie Izby, charakter zastrzeżonych informacji nie wskazuje na zasadność ich ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego wskazanego w uzasadnieniu z 15 lipca 2024 r., zgodnie z którym „*Istotą przedmiotowego zastrzeżenia nie jest zastrzeżenie ceny, a możliwości ustalenia na tej podstawie strategii budowania ceny przez Spółkę, co samo w sobie jest informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki, która może podlegać utajnieniu.*”. Zgodnie z rozdziałem 17 SWZ, pkt 2, 3 i 4, Zamawiający wskazał, że: 2. Wykonawca w załączniku nr 2a do Formularza ofertowego – „Cennik publikacji” *poda ceny jednostkowe brutto z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku, zgodnie z zasadami rachunkowości.* 3. *Cena brutto oferty jest sumą wartości wszystkich cen jednostkowych podanych w załączonym do formularza ofertowego - „Cenniku publikacji” - stanowiący Załącznik nr 2a do formularza ofertowego i służy ocenie złożonych ofert w kryterium oceny ofert: cena – waga 100%.* 4. *Wykonawca przedstawi cenę oferty brutto w formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do SWZ) stanowiącą sumę cen jednostkowych podanych w załączonym do formularza ofertowego - „Cenniku publikacji” - stanowiący Załącznik nr 2a do formularza ofertowego.*” Zatem ceny jednostkowe zawarte w cenniku publikacji są elementem składającym się na cenę oferty, stąd też w ocenie Izby stanowisko Odwołującego wskazane w pkt 8, 9 i 10 uzasadnienia odwołania jest zasadne. Jak wynika z OPZ, „*Realizacja umowy będzie obejmowała: a) obróbkę graficzną (skład i łamanie) materiałów przekazanych przez*

Zamawiającego do zamieszczenia w prasie drukowanej oraz przygotowanie do publikacji w wydaniach on-line poszczególnych wydawnictw; b) publikację materiałów prasowych, o których mowa w pkt. 1 lit a i b w wybranych wydawnictwach;”, stąd też wykonawca powinien w cenę jednostkową skalkulować również co najmniej nakład pracy z tego tytułu, a także zysk. Mając na uwadze powyższe, Izba nie zgadza się z twierdzeniem Przystępującego, że „Dane zawarte w dokumencie Cennik publikacji tj. załącznika nr 2a do formularza ofertowego, zawierają dokładne stawki zakupowe w danym medium, wynegocjowane przez Wykonawcę, wraz z posiadanymi rabatami u tych dostawców”. Ponadto, jak wynika z umowy „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 3, obejmuje wszystkie koszty jakie powstaną w związku z wykonaniem pojedynczego zlecenia. Wykonawcy nie przysługuje zwrot od Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów, opłat i podatków poniesionych przez Wykonawcę w związku z realizacją pojedynczego zlecenia.”. Stąd też należy przyjąć w okolicznościach tej sprawy, że ceny jednostkowe wskazane w spornym cenniku powinny – obok stawek wynegocjowanych przez Przystępującego – zawierać dodatkowe koszty. Tym samym Izba podziela stanowisko Odwołującego wskazane w pkt 13 i 14 uzasadnienia odwołania. W tym miejscu Izba wskazuje, że nie przekonały Izby twierdzenia Przystępującego, że poznając ceny jednostkowe wskazane w cenniku, Odwołujący będzie mógł z dużą dokładnością odtworzyć poziom wynegocjowanych rabatów. Przystępujący poza gołosłownym twierdzeniem i własnym przekonaniem, że tak będzie nie potrafił tej okoliczności w sposób przekonujący wyjaśnić. Tymczasem, Izba wskazuje, że ze stanowiska Stron i Przystępującego wynika, że w zależności od postępowania informacje na temat cen jednostkowych za publikacje są przez wykonawców zastrzegane tajemnicą przedsiębiorstwa a czasami nie. Natomiast Przystępujący nie wskazywał aby przypadki, gdy takiego zastrzeżenia nie czynił albo gdy takie zastrzeżenie uznawane było za nieskuteczne, rzeczywiście skutkowały zachwianiem wypracowanej przez Przystępującego czy Odwołującego pozycji na rynku. Zdaniem Izby, mimo pozostawiania takich stawek jawnych, np. w przypadku Przystępującego nie zostało wykazane aby osłabiła jego pozycja na rynku, czy aby jego możliwości negocjacyjne zostały osłabione, czego potwierdzeniem może być chociażby to postępowanie, w którym oferta Przystępującego została uznana najkorzystniejszą.

Co do twierdzenia zawartego w uzasadnieniu z 15 lipca 2024 r. zgodnie z którym: „Odnosząc się do zaoferowanych cen oraz posiadanych rabatów w poszczególnych mediach są one osiągnęte dzięki indywidualnym negocjacjom Spółki jako domu mediowego z dostawcami mediów przy uwzględnieniu przez dostawców mediów kryteriów, którymi dysponuje dany podmiot, m.in. w oparciu o łączną kwotę wydatków reklamowych Spółki, portfolio klientów Spółki, deklaracje budżetowe wydatków na dane media, udziału poszczególnych produktów reklamowych w wydatkach, itp. Wgląd do tych informacji pozwoli na ustalenie pozycji rynkowej Spółki przez podmioty konkurencyjne i ujawni zdolności negocjacyjne Spółki, co na rynku usług mediowych świadczonych przez domy mediowe jest niezwykle istotną wartością gospodarczą.”, Izba wskazuje, że stanowisko to nie może w okolicznościach tej sprawy zostać uznane za wystarczające dla uznania, że zastrzeżenie jest skuteczne. Po pierwsze, sam Przystępujący wskazuje w czym upatruje swoją skuteczność negocjacyjną tj. w „kryteriach którymi dysponuje dany podmiot” a zatem sytuacją właściwą temu konkretnemu podmiotowi, jak o łączną kwotę wydatków reklamowych Spółki, portfolio klientów Spółki, deklaracje budżetowe wydatków na dane media, udziału poszczególnych produktów reklamowych w wydatkach - w ocenie Izby są to okoliczności właściwe danemu wykonawcy i ujawnienie cen wskazanych w spornym cenniku w żaden sposób nie będzie równoznaczne z ujawnieniem powyższych danych. Co więcej, Przystępujący tym samym wskazał, co świadczy o sile negocjacyjnej danego podmiotu.

Ponadto, w ocenie Izby zaprezentowane w piśmie z 15 lipca 2023 r. stanowisko jest wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony Przystępujący mówi o swojej pozycji na rynku, stosowanej metodologii wyceny, a następnie wskazuje, że „Spółka podkreśla, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach są niepowtarzalne, jako tworzone pod kątem wymagań danego Zamawiającego w konkretnym postępowaniu, mają zatem charakter organizacyjny.”. Skoro więc ceny w spornym cenniku są niepowtarzalne i stworzone pod kątem wymagań tego Zamawiającego, to nie jest dla Izby jasne jak ich ujawnienie mogłoby narazić Przystępującego na szkodę. Wreszcie, zawarte w uzasadnieniu z 15 lipca 2024 r. twierdzenia są dla Izby gołosłowne. Przystępujący, który jest doświadczonym wykonawcom na rynku zamówień publicznych o czym świadczą nie tylko złożone w sprawie dowody ale co również wynika z zaprezentowanych przez Stronę stanowisk, niejednokrotnie (co również zostało podniesione podczas rozprawy) znalazł się w sytuacji gdy ceny jednostkowe przez niego oferowane, czy to z woli Przystępującego, czy na skutek działań zamawiających były w postępowaniach informacjami jawnymi. Przystępujący nie wskazał na żaden przykład, kiedy taka sytuacja doprowadziłaby do zachwiania jego pozycji na rynku, powstania szkody czy pogorszenia relacji biznesowych z określonymi partnerami. Następnie, Izby nie przekonał argument, że sporny cennik zawiera informacje na temat kontrahentów Przystępującego. Dobór tytułów prasowych został dokonany przez Zamawiającego, stąd też nawet bez ujawnienia treści załącznika tytuły są znane wykonawcom w postępowaniu, ponieważ wszyscy mieli wycenić publikacje w tych samych tytułach prasowych.

W zakresie dowodów na potwierdzenie skuteczności zastrzeżenia cennika, Izba uznała że również w tym

zakresie Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania tej okoliczności, co trafnie zostało podniesione przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania. Załączone do uzasadnienia Polityka Ochrony Informacji oraz przykładowa umowa, są w ocenie Izby niewystarczające dla uznania, że odpowiednia ochrona została wobec spornych informacji podjęta. Z uwagi na objęcie tych dowodów tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba nie będzie szczegółowo analizować ich treści lecz poprzestanie na ogólnym stwierdzeniu, iż wątpliwym jest aby polityka odnosiła się do wszystkich form i postaci w jakich mogą zostać utrwalone informacje uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa (np. do postaci cyfrowej). Powszechną praktyką jest, że jak dany plik/dokument/nośnik itd. zawierają informacje zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa, to taki plik/dokument/nośnik itd. podlega odpowiedniemu oznaczeniu. Izba wskazuje, że plik o nazwie „Cennik publikacji tj. załącznika nr 2a do formularza ofertowego” nie zawiera żadnego oznaczenia wskazującego że jest tajemnicą przedsiębiorstwa ani w nazwie pliku ani w treści po jego otwarciu.

Izba uznała ponadto za zasadą argumentację odwołania podniesioną w pkt 16 i 17 uzasadnienia odwołania.

W związku z powyższym odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1) i 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....