Sygn. akt: KIO 2348/24

WYROK

Warszawa, dnia **31 lipca 2024 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2024 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Netia S.A. w Warszawie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne i udostępnienie odwołującemu wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Netia S.A. w Warszawie w następującym zakresie:**
   a) Ceny wdrożenia usługi Wdrożenia Transmisji Danych prezentację systemu monitorowania i przeprowadzenie instruktarzu co najmniej 10 osób wskazanych przez Zamawiającego – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW); – bez wartości kwotowych,
   b) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia Projektu Technicznego w terminie do 30 dni od dnia zawarcia Umowy – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,
   c) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej w terminie do 30 dni od podpisania Protokołu uruchomienia usługi – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,
   d) Ceny w zakresie 48 miesięcznego okresu świadczenie Usługi Transmisji Danych w sieci WAN/MPLS - pkt. 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,
   e) Ceny w zakresie tego, czy obejmuje wszystkie obiekty na warunkach i zasadach, o których mowa w SWZ – bez wartości kwotowych;
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **odwołującego** tytułem **wynagrodzenia pełnomocnika**,
   2.2. zasądza od **Skarb Państwa, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Orange Polska S.A. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2348/24

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

Skarb Państwa, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci rozległej („WAN”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 kwietnia 2024 r., Dz.U. S: 67/2024 nr 199900-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 4 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Orange Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień ceny wraz z załącznikami złożonymi przez wykonawcę Netia pomimo, iż wykonawca ten nie spełnił wymagań określonych w art. 18 ust. 3 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 1 i 2 lit. a) i b) oraz 7 wyjaśnień ceny, a także załączniki do wyjaśnień)

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. udostępnienia mu całości wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Netia wraz z załącznikami, ewentualnie

3. udostępnienia mu wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Netia w następującym zakresie:

   a) Ceny wdrożenia usługi Wdrożenia Transmisji Danych prezentację systemu monitorowania i przeprowadzenie instruktarzu co najmniej 10 osób wskazanych przez Zamawiającego – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW); – bez wartości kwotowych,

   b) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia Projektu Technicznego w terminie do 30 dni od dnia zawarcia Umowy – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

   c) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej w terminie do 30 dni od podpisania Protokołu uruchomienia usługi – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

   d) Ceny w zakresie 48 miesięcznego okresu świadczenie Usługi Transmisji Danych w sieci WAN/MPLS - pkt. 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

   e) Ceny w zakresie tego, czy obejmuje wszystkie obiekty na warunkach i zasadach, o których mowa w SWZ – bez wartości kwotowych;

   f) Treści załączników do wyjaśnień - bez podawania wartości kwotowych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający dn. 24 czerwca 2024 r. dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Po dokonaniu tej czynności Zamawiający udostępnił mu protokół z postępowania wraz z załącznikami. Nie udostępnił jednak mu wszystkich załączników do protokołu niepodlegających utajnieniu. Zamawiający zaniechał bowiem udostępnienia w całości wyjaśnień sposobu obliczenia ceny wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę Netia, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołujący podniósł, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Wykonawca nie może poprzestać na samym stwierdzeniu, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale musi «wykazać», że taką informację rzeczywiście stanowią. Stosowne uzasadnienie powodów zastrzeżenia tajemnicy wskazujące na wypełnienie przesłanek ustawowych powinno zostać złożone w tym samym momencie, w którym wykonawca przekazuje zamawiającemu informacje, które w jego ocenie powinny pozostać poufne, bez względu na to, czy będzie to moment złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, czy też wyjaśnień wobec wezwania skierowanego do wykonawcy przez zamawiającego. Wykonawca, zastrzegając poufność przekazywanych informacji, nie może oczekiwać, że zamawiający z urzędu będzie doszukiwał się powodów, dla których należy chronić dane informacje. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy Prawa zamówień publicznych w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego obowiązku należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Odwołujący podniósł, że wykonawca, zastrzegając klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa różnego rodzaju informacje przekazywane zamawiającemu, zobowiązany jest wykazać spełnienie przesłanek ustawowych wobec każdej z nich. Złożenie uzasadnienia wobec niektórych z nich z pominięciem innych skutkować będzie obowiązkiem odtajnienia tych z informacji, które zostały przez wykonawcę pominięte w uzasadnieniu. Odwołujący argumentował, że wykonawca, wykazując prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może poprzestać wyłącznie na ogólnikowych, lakonicznych stwierdzeniach i zapewnieniach, że informacje objęte klauzulą tajemnicy są prawidłowo zastrzeżone. Za należyte uzasadnienie też nie sposób uznać przywoływania orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych lub administracyjnych. Odwołujący wskazywał, że zaniechania wykonawcy w zakresie należytego uzasadnienia prawidłowości zastrzeżenia nie mogą skutkować oczekiwaniem, że zamawiający będzie wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w postaci nieprzedłożonej pierwotnie argumentacji wraz z dowodami potwierdzającymi. Zdaniem odwołującego, to wykonawca musi wykazać, że poszczególne zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy udostępnienia informacji, choćby w jego ocenie stanowiły one tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca w prawidłowy sposób nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Według odwołującego, wykonawca Netia nie sprostał wynikającym z ustawy wymogom dla skutecznego utajnienia całego fragmentu wyjaśnień ceny wraz z załącznikami w całości. Takie zastrzeżenie

tajemnicy należy uznać za niedopuszczalne.

Odwołujący podniósł, że zastrzeżone informacje nie mogą stanowić w całości tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Netia. Wykonawca Netia nie zastrzegł poszczególnych informacji w wyjaśnieniach ceny, lecz cały fragment tych wyjaśnień - z pozostałej części wyjaśnień wynika, że zastrzeżone zostały pkt 1 i 2 lit. a) i b) oraz 7 tych wyjaśnień. Wykonawca ten zastrzegł również w całości załączniki do wyjaśnień ceny. Według odwołującego, taki zakres utajnienia w okolicznościach sprawy jest niedopuszczalny, gdyż wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny odnoszą się do tego konkretnego postępowania, co z resztą stwierdził sam wykonawca Netia w uzasadnieniu tajemnicy „*Informacje zawarte w pkt (a) – (d) ilustrują sposób przygotowania przez Wykonawcę oferty w Postępowaniu*".

Zdaniem odwołującego wynika z tego, że muszą się odnosić do przedmiotu zamówienia w tym konkretnym Postępowaniu, co samo w sobie oznacza, że odpowiedź w pkt 1 i 2 lit. a) i b) i pkt 7 nie może być w całości objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż co najmniej zakres usług, którego dotyczy wyjaśnienie sposobu obliczenia ceny wynika z jawnych dokumentów zamówienia. Przynajmniej elementy cenotwórcze wymagane przez Zamawiającego w OPZ muszą się znaleźć w wyjaśnieniach i w tym zakresie nie jest to żadne know-how wykonawcy, gdyż wynika z warunków zamówienia i musiało być uwzględnione w cenie oferty przez wszystkich wykonawców.

Nadto według odwołującego, utajniony fragment wyjaśnień ceny wykonawcy Netia nie może w całości podlegać utajnieniu z uwagi na treść wezwania Zamawiającego, która jest po pierwsze jawna, a po drugie odnosi się wprost do dokumentów zamówienia, w szczególności Zamawiający zwraca się do wykonawcy Netia o wyjaśnienie ceny w zakresie:

1. czy cena obejmuje wdrożenie Usługi Transmisji Danych, prezentację systemu monitorowania i przeprowadzenie instruktarzu co najmniej 10 osób wskazanych przez Zamawiającego – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW);
2. czy cena obejmuje wykonanie i dostarczenie Projektu Technicznego w terminie do 30 dni od dnia zawarcia Umowy – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW);
3. czy cena obejmuje wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej w terminie do 30 dni od podpisania Protokołu uruchomienia usługi – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW);
4. czy cena oferty obejmuje 48 miesięczny okres świadczenie Usługi Transmisji Danych w sieci WAN/MPLS - pkt. 7.1. Tomu I SWZ (IDW);
5. czy cena obejmuje wszystkie obiekty na warunkach i zasadach, o których mowa w SWZ.

Ponieważ w innych częściach wyjaśnień, tj. pkt. 2 lit. c) – e), 3-6, nie ma wyjaśnień w wyżej wskazanym zakresie, wykonawca Netia musiał je ująć w utajnionym fragmencie w pkt 1 i 2 lit. a) i b) lub 7, a skoro tak, to przynajmniej to, że się odniósł do tych pytań Zamawiającego nie może ze swojej istoty stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż ujęcie tych elementów w wyjaśnieniach ceny nie jest pochodną know-how wykonawcy Netia, czy jego polityki cenowej, lecz warunków zamówienia i zakresu wezwania przez Zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, w tym zakresie wykonawca Netia musiał się odnieść do jawnego wezwania Zamawiającego. Wyjaśnienia co do elementów cenotwórczych wskazanych w wezwaniu musiały zostać uwzględnione w odpowiedzi wykonawcy Netia, aby Zamawiający mógł uznać, że wyjaśnienia uzasadniają cenę oferty, a jednocześnie, że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia i z tego względu w takim zakresie nie mogły te informacje stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący argumentował, że nawet przyjmując, że każde wyrażenie w utajnionym fragmencie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Netia, wykonawca powinien wyjaśnić z jakich względów każda z tych informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawa, o czym była mowa powyżej dopuszcza zastrzeganie „informacji", zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp. Zdaniem odwołującego złożone przez wykonawcę Netia uzasadnienie odnosi się zbiorczo do wszystkich rodzajów informacji w całym fragmencie łącznie, czyli nie obejmuje w istocie żadnej konkretnej informacji, która miałaby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa – zał. nr 1 do wyjaśnień ceny pn. „Szczegółowe uzasadnienie utajnienia informacji wraz z załącznikami". Nie pozwala zatem na wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa, co do konkretnych zastrzeganych informacji, czego wymaga art. 18 ust. 3 ustawy. Według odwołującego prowadzi to do sytuacji, w której Zamawiający sam musi dociekać jaka informacja z jakich względów jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Oznacza to odwrócenie ról wynikających z art. 18 ust. 3 ustawy i przeniesienie na Zamawiającego obowiązku poszukiwania podstaw do wyłączenia jawności co do poszczególnych informacji, podczas gdy przepis art. 18 ust. 3 Pzp w sposób wyraźny wskazuje, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego utajnienie fragmentu wyjaśnień ceny i załączników w całości, a przy tym złożenie uzasadnienia tajemnicy odnoszącego się w całości do różnych rodzajów informacji, a nie konkretnych informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach sposobu obliczenia ceny sprawiło, że to Zamawiający musiał dopasowywać uzasadnienie do poszczególnych informacji, przesądzając o tym, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie

weryfikować, czy przedstawione uzasadnienie dla utajnienia danej informacji jest prawidłowe. W związku z powyższym należy uznać uzasadnienie tajemnicy złożone przez wykonawcę Netia za nieadekwatne do zakresu utajnianych informacji z uwagi na to, że:

1. Obejmuje cały fragment tekstu i załączniki w całości, a nie poszczególne informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa
2. Nie wynika z niej, że cała treść wyjaśnienia w utajnionym fragmencie i załączniki w całości zawierają tylko i wyłącznie tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Netia
3. Odnosi się do wszystkich łącznie rodzajów informacji w zastrzeżonym fragmencie łącznie, a w konsekwencji nie wykazuje, że żadna konkretna informacja z utajnionego fragmentu stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że jak wskazuje konsekwentnie sam wykonawca Netia w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzeżone informacje odnoszą się tylko do tego konkretnego postępowania, stwierdzając, że:

• „Informacje zawarte w pkt (a) – (d) ilustrują sposób przygotowania przez Wykonawcę oferty w Postępowaniu"
• „Informacje zestawione w wyjaśnieniach z dnia 22.05.2024 r. zyskują dodatkową wartość gospodarczą, bowiem zostały skalkulowane na potrzeby tego konkretnego Postępowania"
• „Dane te zyskują w szczególności znaczenie po tym jak informacje kwotowe zostają opatrzone komentarzem z punktu widzenia sposobu kalkulacji ceny oferty. W takim przypadku stanowią one istotne składniki zaoferowanej ceny, skalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania i konkretnego przedmiotu zamówienia i jako takie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa"

- co oznacza, że informacje te nie mają wpływu na inne oferty składane przez tego wykonawcę, a w konsekwencji, na jego pozycję na rynku poza przedmiotowym postępowaniem.

Kolejno odwołujący podniósł, że wykonawca Netia uzasadnia utajnienie całego fragmentu wyjaśnień i w całości załączników do wyjaśnień poprzez to, że wskazują w szczególności na:

• Sposób kalkulacji wynagrodzenia,
• Harmonogramy zapłaty (w tym wysokość udzielanych zaliczek lub ich braku)
• Zakres udzielonych praw autorskich
• Zasady udzielania gwarancji
• Zapłaty kar umownych,

Które to informacje należy uznać „niewątpliwie" za know-how wykonawcy Netia, podczas gdy w sposób obliczenia ceny i płatności wynagrodzenia wynika z warunków zamówienia. Podobnie zakres udzielonych praw autorskich i zakres świadczeń wchodzących w skład gwarancji również jest określony przez Zamawiającego. Analogicznie warunki zapłaty kar umownych i ich wysokość są określane przez Zamawiającego, a w konsekwencji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Netia.

Następnie odwołujący podniósł, że wykonawca Netia powołuje się na to, że poszczególne elementy cenowe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwalają konkurencyjnym wykonawcom zapoznać się z polityką cenową wykonawcy, co należy uznać za nieprawidłowe, przynajmniej z następujących względów:

• Elementy cenowe przynajmniej w zakresie wymaganym warunkami zamówienia wynikają z dokumentów zamówienia w szczególności z OPZ, więc uwzględnienie tych elementów nie wynika z polityki cenowej, lecz ze złożenia oferty zgodnej z warunkami zamówienia, a zatem nie mogą pokazać jaka jest polityka cenowa wykonawcy Netia
• Jak stwierdził sam wykonawca Netia wyjaśnienia ilustrują sposób kalkulacji ceny oferty w Postępowaniu, a zatem nie opisują całej polityki cenowej wykonawcy Netia, lecz tylko kalkulację konkretnej ceny ofertowej w danym postępowaniu, przy określonych wymaganiach określonych przez Zamawiającego, nie umożliwiają ekstrapolacji i poznania całej polityki cenowej wykonawcy Netia
• Wykonawca Netia nie określił w jaki sposób poszczególne elementy cenotwórcze w kalkulacji umożliwiałby poznanie całej polityki cenowej tego wykonawcy,

Kolejno odwołujący podniósł, że wykonawca Netia wskazuje na to, że utajnione informacje, będące know-how wykonawcy rzekomo wskazują na „*tryb udzielania przez Wykonawcę zamówień na usługi i dostawy, sposób kalkulacji wynagrodzenia, harmonogramy jego zapłaty (w tym wysokość udzielanych zaliczek lub ich braku), zakres udzielonych praw autorskich, zasady udzielania gwarancji, zapłaty kar umownych, zasady doboru pracowników o określonych kompetencjach, którzy będą realizować zamówienie, etc*.". Wykonawca Netia stwierdza, że „*Niewątpliwie takie informacje należy uznać jako know-how wykonawcy i poddać najwyższej ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa*". Odwołujący podkreślał, że sam wykonawca Netia nie dokonał w istocie selekcji tych informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż wskazany katalog jest katalogiem otwartym, na co wskazuje posłużenie się wyrażeniem „etc.". To ze swojej istoty przeczy wyjaśnieniu dlaczego dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro sam wykonawca nie potrafi określić, jakie w istocie są to informacje.

Zdaniem odwołującego powoływanie się na definicje z art. 39 ust. 2 lit. b) TRIPS i art. 2 pkt 1 lit. b Dyrektywy 2016/943 jest chybione, gdyż definicje te są nierelewantne. Ustawa się odnosi do definicji zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i to przez pryzmat tej definicji należy oceniać skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejno odwołujący wskazał, że wykonawca Netia odnosi się do informacji o upustach i rabatach oferowanych przez producentów urządzeń, których polityka cenowa „*stanowi najwyżej chronioną tajemnicę*". Zdaniem odwołującego po pierwsze wykonawca Netia nie wskazuje, że to tajemnica przedsiębiorstwa, a „najwyżej chroniona tajemnica". Po drugie to tajemnica producentów, a nie wykonawcy Netia. Po trzecie wykonawca Netia nie wykazuje, że polityka cenowa tych producentów jest odmienna dla wykonawcy Netia. Wielu producentów stosuje zasady przejrzystości i dla partnerów o takim samym statusie stosuje analogiczne warunki rabatowe. Wykonawca Netia nie wykazał również z jakiego względu „najwyżej chroniona tajemnica" producentów, ma wartość gospodarczą dla wykonawcy Netia, w jaki sposób wpływa na sytuację wykonawcy Netia na rynku, a w konsekwencji, z jakiego powodu ta informacja miałaby być tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy Netia. Przede wszystkim jednak z uzasadnienia wyjaśnień ceny wynika, że wykonawca Netia nie załączył żadnej oferty na sprzęt do wyjaśnień ceny.

Co do poznania nazw kontrahentów wykonawcy Netia, odwołujący stwierdzał, że samo poznanie firm kontrahentów w żaden sposób nie pozwoli na polepszenie pozycji negocjacyjnej innych podmiotów, gdyż dla negocjacji znajomość firmy podmiotu, z którym prowadzone są negocjacje pozostaje bez wpływu na rezultat tych negocjacji. Co więcej, wykonawca Netia nie wykazał, w jaki sposób poznanie nazw kontrahentów będzie skutkowało koniecznością renegocjacji umów.

Kolejno odwołujący podniósł, że wykonawca Netia wskazuje, że „*udostępnienie szczegółowej kalkulacji wraz z zestawieniem z działu kadr dotyczącym stawek stosowanych w przedsiębiorstwie Wykonawcy umożliwi ustalenie jaką marżę nalicza standardowo Wykonawca w postępowania o zbliżonym zakresie (…) Także wiedza w zakresie stosowanych w przedsiębiorstwie stawek wynagrodzeń może spowodować, iż konkurencja będzie próbowała przejąć najbardziej wartościowych pracowników Wykonawcy, w tym poprzez złożenie im oferty pracy z odpowiednio wyższym wynagrodzeniem*.".

Zdaniem odwołującego wykonawca nie wyjaśnia, w jaki sposób udostępnienie kalkulacji wraz z zestawieniem z działu kadr ma umożliwić oszacowanie marży, na koszt realizacji przedmiotowego zamówienia składają się nie tylko koszty wynagrodzenia pracowników. Nadto, nawet, jeśli w oparciu o wspomniane dokumenty możliwe byłoby ustalenie wysokości marży nie wyjaśnia to, w jaki sposób poznanie marży wpływa na sytuację wykonawcy na rynku. Sam wykonawca Netia napisał, że kalkulacja dotyczy tego konkretnego postępowania, a zatem nawet obliczenie marży w tym postępowaniu, nie pozwala na ustalenie, jaką marżę wykonawca Netia zastosuje w podobnych projektach.

Kolejno odwołujący podniósł, że jeśli chodzi o podkupowanie pracowników, to po pierwsze sama wysokość stawki godzinowej, nie pozwala na podkupienie pracownika, bo dany specjalista może mieć szczególną umowę, przewidującą dodatkowe korzyści tak finansowe, jak i inne, poza tym utajnienie stawki godzinowej nie zapobiega odpływowi pracowników, służy temu polityka płacowa wykonawcy. Według odwołującego wszystkie te szczegółowe uwagi dowodzą, że złożone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter sztampowy i nie wynika z niego, z jakiego względu poszczególne utajniane informacje, zawarte w wyjaśnieniach złożonych w tym konkretnym postępowaniu, mają wartość gospodarczą dla wykonawcy, jak poszczególne zastrzegane informacje wpływają na sytuację wykonawcy Netia na rynku. Mogłoby zostać wykorzystane w dowolnym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Same twierdzenia są niewystarczające w świetle przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie wyjaśniają, z jakich przyczyn dana, konkretna informacja może być tajemnicą przedsiębiorstwa, a jedynie stanowią deklarację, że nią jest. Według odwołującego sztampowy charakter uzasadnienia ma tym większe znaczenie, że ze względu ogólny charakter uzasadnienia, które odnosi się łącznie do wszystkich rodzajów informacji, a nie odnosi do żadnej konkretnej informacji, to przenosi w jeszcze większym zakresie obowiązek wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa na Zamawiającego, gdyż Zamawiający musi doszukiwać się powodów utajnienia poszczególnych konkretnych informacji mających rzekomo stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w uzasadnieniu, które stanowi zbiór ogólnych deklaracji i haseł bez konkretnego odniesienia się do poszczególnych utajnianych informacji.

Z samego tego faktu wynika, że wykonawca nie sprostał wymogom dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonym w art. 18 ust. 3 Pzp. To bowiem na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że konkretne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a na Zamawiającym jedynie ocena prawidłowości tego wykazania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Netia S.A. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o

zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, ofertę przystępującego, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 18 ustawy Pzp stanowi, że:

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.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci rozległej („WAN")

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert, ofertę zamawiającemu złożył m.in. przystępujący i odwołujący.

(por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 20 maja 2024 r., zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny wraz z dowodami. W treści wezwania zamawiający wskazał, co następuje.

(…) Zamawiający zwraca się o udzielenie szczegółowych

wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaproponowanej ceny, w następującym zakresie:

1) czy Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) oraz wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia w tym m.in.:

- czy cena obejmuje wdrożenie Usługi Transmisji Danych, prezentację systemu monitorowania i przeprowadzenie instruktarzu co najmniej 10 osób wskazanych przez Zamawiającego – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW);

- czy cena obejmuje wykonanie i dostarczenie Projektu Technicznego w terminie do 30 dni od dnia zawarcia Umowy – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW);

- czy cena obejmuje wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej w terminie do 30 dni od podpisania Protokołu uruchomienia usługi – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW);

- czy cena oferty obejmuje 48 miesięczny okres świadczenie Usługi Transmisji Danych w sieci WAN/MPLS - pkt. 7.1. Tomu I SWZ (IDW);

- czy cena obejmuje wszystkie obiekty na warunkach i zasadach, o których mowa w SWZ a także,

2) jakie rozwiązania organizacyjne, korporacyjne, metodyczne oraz techniczne zostały założone do skalkulowania ceny w tym m.in.: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wykorzystanie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy;

3) czy uwzględniono koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.);

4) czy uwzględniono zgodność z przepisami z zakresu ochrony środowiska, jeżeli jest to niezbędne dla realizacji zamówienia;

5) czy spełniono obowiązki związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom, jeżeli podwykonawcy będą występowali w tym zamówieniu.

Ponadto,

6) czy występują inne szczególnie korzystne okoliczności, które mogą być uznane za istotne i pozwalają Wykonawcy na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia w tym m.in.:

- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów;

- wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

(por. ww. wezwanie, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że odpowiedzi na ww. wezwanie pismem z dnia 28 maja 2024 r., przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące ceny wraz z dowodami.

(por. ww. wyjaśnienia z dowodami, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Przystępujący oświadczył także, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

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 wraz z cennikami.
W uzasadnieniu zastrzeżenia części wyjaśnień i dowodów przystępujący wskazał, co następuje.
1. Informacje wskazane w pkt (a – d) stanowią informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa Wykonawcy, które posiadają wartość gospodarczą
Informacje wskazane w pkt (a)- (d) można określić mianem know-how. W potocznym rozumieniu know-how oznacza zdolność, wiedzę, umiejętność w zakresie osiągania określonego rezultatu lub prowadzenia działalności. Pojęcie know-how oznacza m.in. doświadczenia o charakterze technicznym i techniczno-organizacyjnym oraz doświadczenia o charakterze finansowym i handlowym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, które nie są związane z cyklem produkcyjnym.5 Informacje zawarte w pkt (a) – (d) ilustrują sposób przygotowania przez Wykonawcę oferty w Postępowaniu, wskazują na tryb udzielania przez Wykonawcę zamówień na usługi i dostawy, sposób kalkulacji wynagrodzenia, harmonogramy jego zapłaty (w tym wysokości udzielanych zaliczek lub ich braku), zakres udzielonych praw autorskich, zasady udzielania gwarancji, zapłaty kar umownych, zasady doboru pracowników o określonych kompetencjach, którzy będą realizować zamówienie, etc. Niewątpliwie takie informacje należy uznać jako know-how i poddać najwyższej ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Informacja o poszczególnych elementach ceny pozwoliłaby konkurencyjnym wykonawcom powziąć wiedzę na temat polityki cenowej Wykonawcy i warunkach zatrudnienia personelu Wykonawcy.
Podobnie, informacje o uzyskanych upustach i rabatach oferowanych przez producentów urządzeń, których polityka cenowa stanowi najwyżej chronioną tajemnicę. Nie ulega żadnym wątpliwości, że ww. załączniki, zawierające dane o wynagrodzeniu za usługi i towary, oferty cenowe, czy też stawki godzinowe stosowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy mieszczą się w pojęciu polityki cenowej Wykonawcy, która ze swej istoty nie może zostać udostępniona konkurencyjnym wykonawcom biorącym udział w tych samych postępowaniach.
Dowód: Polityka Bezpieczeństwa Informacji w Grupie Netia S.A.

Odtajnienie danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty Wykonawcy w połączeniu z 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.

Powyższe, w oczywisty sposób naraża Wykonawcę na szkodę polegającą na zmniejszeniu jego szans w pozyskaniu przyszłych zamówień publicznych.

Trzeba też zauważyć, iż sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Tę myśl wprost wyraża druga przesłanka definicyjna ujęta w art. 39 ust. 2 lit. b TRIPS i art. 2 pkt 1 lit. b Dyrektywy 2016/943) – tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające "wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą".

Zgodnie z definicją legalną "poufnych informacji" zawartą w art. 39 ust. 2 TRIPS:
"Osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi, tak długo jak takie informacje:
a) są poufne w tym sensie, że jako całość w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji;
b) mają wartość handlową dlatego, że są poufne; i
c) poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności".
Przepisy art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS mają charakter samowykonalny. Oznacza to, że nie wymagają one transponowania do prawa wewnętrznego. Powołane przepisy TRIPS stanowią część obowiązującego w Polsce prawa6. W literaturze przedmiotu wyrażono opinię, że mimo pewnych różnic terminologicznych art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS i art. 11 ZNKU określają analogicznie przedmiot ochrony, tzn. poufne (nieujawnione) informacje, które posiadają określoną wartość gospodarczą.

Z kolei, zgodnie z legalną definicją zawartą w art. 2 ust 1 Dyrektywy 2016/943, tajemnica przedsiębiorstwa" oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;

b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Dodatkowego podkreślenia wymaga fakt, że przedmiotem udostępnienia byłyby nie tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy ale również dotyczące m.in. warunków handlowych i polityki cenowej przedsiębiorstw kontrahentów Wykonawcy, którzy są stronami umów przedstawionych w wyjaśnieniach lub których oferty znajdują się w treści wyjaśnień.

2. Zastrzeżone informacje wskane w pkt (a) – (d) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób

Informacje zestawione w wyjaśnieniach z dnia 22.05.2024 r. zyskują dodatkową wartość gospodarczą, bowiem zostały skalkulowane na potrzeby tego konkretnego Postępowania. Zastrzeżone informacje jako całość lub w tym szczególnym ich zestawieniu nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób. Dane te zyskują w szczególności znaczenie po tym jak informacje kwotowe zostają opatrzone komentarzem z punktu widzenia sposobu kalkulacji ceny oferty. W takim przypadku stanowią one istotne składniki zaoferowanej ceny, skalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania i konkretnego przedmiotu zamówienia i jako takie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

3. Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji zastrzeżonych w poufności

Wykonawca pozawierał z kontrahentami umowy o zachowaniu poufności, które przeciwdziałają ujawnieniu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę informacji. Wykonawca jest związany umowami o poufności zawartymi z kontrahentami, co więcej w samych umowach załączonych do wyjaśnień znajdują się klauzule poufności, które wiążą zarówno kontrahentów Wykonawcy jak i jego samego.

Zatem wartość gospodarcza ujawnienia informacji jest i wynosi:

kwota z każdej pozycji kosztorysu dotycząca sposobu jej kalkulacji TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA stanowiąc załącznik nr 2; cenniki do załącznika nr 4 oraz załącznika nr 5.

Dla Wykonawcy, jak i jego kontrahentów kluczowe znaczenie ma również objęcie tajemnicą nazw podmiotów, z którymi pozostają w relacjach handlowych oraz szczególne warunki tej współpracy (negocjowane oddzielnie dla każdego z kontrahentów). Powzięta w tym zakresie wiedza przez wykonawców konkurencyjnych istotnie wpływa na pozycję negocjacyjną przyszłych umów zawieranych zarówno przez Wykonawców jak i jego kontrahentów. Zgodnie z wyrokiem SN „informacja identyfikująca klientów i potencjalnych klientów danego podmiotu gospodarczego, nawet jeśli nie można jej zakwalifikować jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) ze względu na niezastrzeżenie/niezabezpieczenie jej poufności, stanowi wymierną wartość dla pracodawcy. Zatem możliwość dostępu do tej informacji podmiotów, które mogą ją wykorzystać ze szkodą dla interesów majątkowych pracodawcy (np. przez przejęcie klientów), stanowi stan narażenia pracodawcy na szkodę, w którym szczególnego znaczenia nabierają okoliczności związane z przejściem pracownika (…) do podmiotu świadczącego konkurencyjne usługi".

Ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i jego kontrahentów wywołałoby dla nich nieodwracalne skutki, w szczególności naraziłoby ich na znaczne szkody finansowe polegające m.in. na konieczności 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.

Dowód: Polityka Bezpieczeństwa Informacji w Grupie Netia S.A.; Polityka Bezpieczeństwa Netia S.A.

Wykonawca zawarł ponadto umowy o zachowaniu poufności ze swoimi pracownikami i współpracownikami, które to umowy przeciwdziałają ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

(por. uzasadnienie zastrzeżenia, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 24 czerwca 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty

przystępującego jako najkorzystniejszej.
(por. ww. zawiadomienie z dnia 24 czerwca 2024 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Jak wynikało z żądań odwołującego zawartych w odwołaniu domagał się on nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. udostępnienia mu całości wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Netia S.A. w Warszawie wraz z załącznikami, ewentualnie

3. udostępnienia mu wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Netia S.A. w Warszawie w następującym zakresie:

a) Ceny wdrożenia usługi Wdrożenia Transmisji Danych prezentację systemu monitorowania i przeprowadzenie instruktarzu co najmniej 10 osób wskazanych przez Zamawiającego – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW); – bez wartości kwotowych,

b) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia Projektu Technicznego w terminie do 30 dni od dnia zawarcia Umowy – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

c) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej w terminie do 30 dni od podpisania Protokołu uruchomienia usługi – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

d) Ceny w zakresie 48 miesięcznego okresu świadczenie Usługi Transmisji Danych w sieci WAN/MPLS - pkt. 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

e) Ceny w zakresie tego, czy obejmuje wszystkie obiekty na warunkach i zasadach, o których mowa w SWZ – bez wartości kwotowych;

f) Treści załączników do wyjaśnień - bez podawania wartości kwotowych.

Jak wynikało z pisma procesowego zamawiającego z dnia 25 lipca 2024 r., zamawiający - po zapoznaniu się z pismem procesowym przystępującego Netia S.A. - powziął wątpliwość, czy prawidłowo odczytał zakres zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny z dnia 28 maja 2024 r. złożonych przez przystępującego Netia. Z treści pisma przystępującego wynikało bowiem jednoznacznie, że tajemnicą przedsiębiorstwa zostały objęte jedynie pkt 2 lit. b) i 7 ww. wyjaśnień ceny. W szczególności zaś tajemnicą przedsiębiorstwa przystępujący nie obejmował treści dot. lit. a) - d) oraz punktu 1 lit. a) - c) i 2 lit. a) swych wyjaśnień ceny.

W tej sytuacji zamawiający, jak przyznał w trakcie rozprawy, po wniesieniu odwołania i bez unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zwrócił się telefonicznie do przystępującego Netia o potwierdzenie, że ten faktycznie nie zastrzegał jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści dot. lit. a) - d) oraz punktu 1 lit. a) - c) i 2 lit. a) swych wyjaśnień ceny. W reakcji zaś na telefon bliżej niesprecyzowanych przedstawicieli zamawiającego przystępujący, poprzez platformę, na której zamawiający prowadził postępowanie, miał udzielić odpowiedzi potwierdzającej ten fakt. Po przeprowadzeniu tak opisanej „procedury wyjaśniającej" zamawiający uznał, że przystępujący Netia S.A. jednak nie zastrzegł jako tajemnicy swego przedsiębiorstwa fragmentów obejmujących treść dot. lit. a) - d) oraz punktu 1 lit. a) - c) i 2 lit. a) wyjaśnień ceny przystępującego. W konsekwencji, jak wynikało z załącznika do pisma procesowego zamawiającego z dnia 25 lipca 2024 r., zamawiający zdecydował się jednak udostępnić odwołującemu fragmenty obejmujące treść dot. lit. a) - d) oraz punktu 1 lit. a) - c) i 2 lit. a) wyjaśnień ceny przystępującego, czym wykonał żądania z pkt 3 lit. a) – e) odwołania. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że fragmenty wyjaśnień ceny przystępującego zawarte w pkt b, str. 1-2 wyjaśnień obejmowały wyjaśnienia w zakresie:

a) Ceny wdrożenia usługi Wdrożenia Transmisji Danych prezentację systemu monitorowania i przeprowadzenie instruktarzu co najmniej 10 osób wskazanych przez Zamawiającego – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW); – bez wartości kwotowych,

b) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia Projektu Technicznego w terminie do 30 dni od dnia zawarcia Umowy – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

c) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej w terminie do 30 dni od podpisania Protokołu uruchomienia usługi – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

d) Ceny w zakresie 48 miesięcznego okresu świadczenie Usługi Transmisji Danych w sieci WAN/MPLS - pkt. 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

e) Ceny w zakresie tego, czy obejmuje wszystkie obiekty na warunkach i zasadach, o których mowa w SWZ – bez wartości kwotowych;

- o których była mowa w żądaniu nr 3 odwołania.

Dodatkowo, w trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy, odwołujący oświadczył, że satysfakcjonowałoby go, gdyby udostępnienie przez zamawiającego już faktycznie przekazanych mu informacji było poprzedzone unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący, wypowiadając się odnośnie wzajemnego stosunku żądania nr 2 i żądania nr 3 odwołania wyjaśnił, że odpowiadałoby mu wykonanie jednego z żądań, to jest z pkt 2 lub z pkt 3 odwołania. Wskazał, że problemem jest wyłącznie to, że zamawiający nie wykonał żądania nr 1, to jest nie poprzedził czynności udostępnienia odwołującemu spornych fragmentów wyjaśnień ceny – unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co uniemożliwia mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że zamawiający po wniesieniu odwołania faktycznie udostępnił odwołującemu fragmenty wyjaśnień ceny przystępującego objęte żądaniami z pkt 3 odwołania w taki sposób, że satysfakcjonowało to odwołującego. Powyższe powodowało zbędność wypowiadania się przez Izbę co do skuteczności zastrzeżenia przez przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa w ww. zakresie, gdyż po wniesieniu odwołania, spór pomiędzy stronami w tym zakresie wygasł.

Dodatkowo, jak wskazano wcześniej, odwołujący wypowiadając się odnośnie wzajemnego stosunku żądania nr 2 i żądania nr 3 odwołania wyraźnie wyjaśnił, że odpowiadałoby mu wykonanie jednego z żądań, to jest z pkt 2 lub z pkt 3 odwołania. Skoro zatem zamawiający wykonał żądanie nr 3, i to w sposób satysfakcjonujący odwołującego, to w tej sytuacji brak było także podstaw do wypowiadania się przez Izbę co do zasadności żądania nr 2 odwołania.

Zgodzić należało się natomiast z odwołującym, że uznanie przez zamawiającego bezskuteczności zastrzeżenia spornego fragmentu wyjaśnień ceny przystępującego i jego udostępnienie odwołującemu nastąpiło bez wykonania przez zamawiającego żądania nr 1 odwołania (żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) i poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby wprost przyznał, że uznanie bezskuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści dot. lit. a) - d) oraz punktu 1 lit. a) - c) i 2 lit. a) wyjaśnień ceny przystępującego nastąpiło dopiero pismem procesowym przesłanym odwołującemu w dniu 25 lipca 2024 r. i nie zostało poprzedzone unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 czerwca 2024 r.

Uszło uwadze zamawiającego, że zobowiązany był dokonać oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny przystępującego najpóźniej w momencie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. 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.* Przypomnienia wymaga również, że wyjaśnienia ceny składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia stanowią załączniki do protokołu postępowania w rozumieniu art. 73 ust. 1 Pzp. Zgodnie zaś z art. 74 ust. 2 Pzp, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Ocena skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa musi zatem nastąpić najpóźniej w momencie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Owszem, zamawiający - zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby - ma prawo do samodzielnego dokonywania korekty swych czynności dokonywanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże dokonywanie tych korekt może następować tylko w trakcie właściwego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po pierwsze dostrzeżenia wymagało, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie jest etapem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zdawał się nie dostrzegać, że oświadczenia o charakterze procesowym składane przez niego wobec Izby w piśmie procesowym z dnia 25 lipca 2024 r. nie mogą być uznane za czynności materialnoprawne dokonywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie można również zapominać o tym, że samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę charakteryzującą się pewną etapowością, w której wyróżnia się m.in. etap przygotowania

postępowania, etap składania ofert, etap badania i oceny ofert, wybór oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania. Dostrzeżenia wymaga, że badanie skuteczności poczynionego przez wykonawcę zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa niewątpliwie należy do czynności z zakresu badania i oceny ofert, które to czynności – z przyczyn wskazanych wcześniej - muszą być ukończone do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na marginesie należało także wskazać, że zgodnie z art. 20 ust. 1 Pzp, *postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych ustawie, prowadzi się pisemnie*. Zamawiający nie wskazał Izbie żadnego przepisu ustawy Pzp, który uprawniałby go do odstąpienia od zasady pisemności przy czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie zakresu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny tego wykonawcy. Wobec powyższego, również z tego powodu telefoniczne wzywanie przystępującego do składania wyjaśnień odnośnie zakresu zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należało uznać za bezskuteczne.

W tej sytuacji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne i udostępnienie odwołującemu wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Netia S.A. w Warszawie w następującym zakresie:

a) Ceny wdrożenia usługi Wdrożenia Transmisji Danych prezentację systemu monitorowania i przeprowadzenie instruktarzu co najmniej 10 osób wskazanych przez Zamawiającego – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW); – bez wartości kwotowych,

b) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia Projektu Technicznego w terminie do 30 dni od dnia zawarcia Umowy – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

c) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej w terminie do 30 dni od podpisania Protokołu uruchomienia usługi – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

d) Ceny w zakresie 48 miesięcznego okresu świadczenie Usługi Transmisji Danych w sieci WAN/MPLS - pkt. 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

e) Ceny w zakresie tego, czy obejmuje wszystkie obiekty na warunkach i zasadach, o których mowa w SWZ – bez wartości kwotowych.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie 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.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia bezzasadnie zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa fragmentów wyjaśnień ceny przystępującego oraz zaniechał czynności udostępnienia ich odwołującemu. Zapoznanie się w ww. fragmentami wyjaśnień ceny może umożliwić odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej mających na celu odrzucenie oferty przystępującego wybranej jako najkorzystniejsza. Wynik postępowania może zatem jeszcze ulec zmianie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami

ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne i udostępnienie odwołującemu wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Netia S.A. w Warszawie w następującym zakresie:

a) Ceny wdrożenia usługi Wdrożenia Transmisji Danych prezentację systemu monitorowania i przeprowadzenie instruktarzu co najmniej 10 osób wskazanych przez Zamawiającego – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW); – bez wartości kwotowych,

b) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia Projektu Technicznego w terminie do 30 dni od dnia zawarcia Umowy – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

c) Ceny w zakresie wykonania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej w terminie do 30 dni od podpisania Protokołu uruchomienia usługi – pkt 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

d) Ceny w zakresie 48 miesięcznego okresu świadczenie Usługi Transmisji Danych w sieci WAN/MPLS - pkt. 7.1. Tomu I SWZ (IDW) – bez wartości kwotowych,

e) Ceny w zakresie tego, czy obejmuje wszystkie obiekty na warunkach i zasadach, o których mowa w SWZ – bez wartości kwotowych

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 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).

Przewodniczący:……