

WYROK
z dnia 25 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 r. przez wykonawcę Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Ministra Rodziny i Polityki Społecznej przy udziale wykonawcy T-Mobile Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie nie dotyczącym zaniechania udostępnienia informacji:
 - 1.1. zawartych w piśmie T-Mobile Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie” datowanym na 5 kwietnia 2023 r. oraz załączniku nr 1 do tego pisma w zakresie „wysokości przyjętych przychodów, wydatków inwestycyjnych, kosztów operacyjnych bezpośrednich świadczonych usług, rezerwy, kosztów pośrednich, marży, liczby lokalizacji, w których wykonawca ma wymagane łącza spełniające wymagania zamawiającego oraz zainstalowane routery, liczby routerów, które wykonawca musi zainstalować, liczby światłowodów, które wykonawca zamierza wybudować, założeń przyjętych na potrzeby relokacji (które wynikają z doświadczenia wykonawcy w realizacji innych zamówień), założeń przyjętych na potrzeby szacowania minimalnego przychodu z tego zamówienia, podstawy szacowania poszczególnych kosztów, zakresu koniecznych zmian w istniejącej sieci Zamawiającego w celu spełnienia wymagań SWZ, liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia z podziałem na specjalizacje, czasochłonności realizacji projektu, stawek wynagrodzeń poszczególnych osób”,
 - 1.2. zawartych w załącznikach do załącznika nr 1 do pisma T-Mobile Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. – dowodach nr nr 1, 2.a, 2.b, 2.c, 3, 4., 5 i 6,
 - 1.3. zawartych w załącznikach do pisma T-Mobile Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. – „dowodach na potwierdzenie objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa”,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego wykonawcy T-Mobile Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków w wysokości 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych),
 - 3.2. zasądza od Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz T-Mobile Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1305/23

UZASADNIENIE

W dniu 8 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pod nazwą „Usługa transmisji danych i centralnego dostępu do sieci Internet Numer referencyjny: BDG-V.2710.3.2023.MW” (dalej jako „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Rodziny i Polityki Społecznej (dalej jako „Zamawiający”) „na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie odtajnienia wyjaśnień sposobu obliczenia ceny złożonych przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A.”.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych

poprzez „zaniechanie odtajnienia utajnionej części wyjaśnień sposobu obliczenia ceny oraz załączników do tych wyjaśnień, złożonych przez wykonawcę T-Mobile, pomimo iż wykonawca T-Mobile zastrzegł cały fragment wyjaśnień oraz całą treść dokumentów załączonych do wyjaśnień, a uzasadnienie objęcia tajemnicą odnosi się ogólnie do rodzajów utajnionych informacji i nie uzasadnia, z jakiego względu wszystkie poszczególne informacje zawarte zarówno w utajnionym fragmencie wyjaśnień, jak i w załącznikach do tych wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza, że wykonawca T-Mobile nie dopełnił wymagań ustawowych dla wyłączenia spod zasady jawności złożonych przez niego wyjaśnień ceny wraz z załącznikami, a w konsekwencji powinny być one zostać odtajnione”.

Odwolujący wniósł o: „nakazanie Zamawiającemu: 1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2. Odtajnienia utajnionej części wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę T-Mobile oraz załączników do tych wyjaśnień”.

W dniu 22 maja 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że „uwzględnia zarzuty Odwołującego w całości”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca T-Mobile Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu „w części tj. w zakresie prowadzącym do odtajnienia zastrzeżonych przez T-Mobile jako tajemnica przedsiębiorstwa: wysokości przyjętych przychodów, wydatków inwestycyjnych, kosztów operacyjnych bezpośrednich świadczonych usług, rezerwy, kosztów pośrednich, marży, liczby lokalizacji, w których Wykonawca ma wymagane łącza spełniające wymagania Zamawiającego oraz zainstalowane routery, liczby routerów, które Wykonawca musi zainstalować, liczby światłowodów, które Wykonawca zamierza wybudować, założeń przyjętych na potrzeby relokacji (które wynikają z doświadczenia Wykonawcy w realizacji innych zamówień), założeń przyjętych na potrzeby szacowania minimalnego przychodu z tego zamówienia, podstawy szacowania poszczególnych kosztów, zakresu koniecznych zmiany w istniejącej sieci Zamawiającego w celu spełnienia wymagań SWZ, liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia z podziałem na specjalizacje, czasochłonności realizacji projektu, stawek wynagrodzeń poszczególnych osób, dowodów dołączonych do kalkulacji - w tym nazw kontrahentów i oferowanych stawek oraz dowodów na podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności”.

Przystępujący wskazał przy tym, że w jego ocenie „tajemnicą powinny pozostać:

1. w zakresie pisma głównego - informacja zawarta w ust. IX pkt 3 pisma dot. liczby lokalizacji i liczby routerów (w załączeniu wersja pisma z oznaczeniem tajemnicy na kolor czerwony),
2. w zakresie załącznika nr 1 do wyjaśnień - Kalkulacji kosztów - fragmenty oznaczone na czerwono w wersji wyjaśnień stanowiącej załącznik do niniejszego pisma,
3. wszystkie załączniki do kalkulacji kosztów - Dowody 1-6,
4. załączniki do pisma głównego - Dowody na potwierdzenie objęcie części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa”.

Jednocześnie Przystępujący złożył „wersję Wyjaśnień z dnia 5 kwietnia 2023 r. oraz Załącznik nr 1 do Wyjaśnień - - Kalkulację kosztów z oznaczeniem informacji, w zakresie których podtrzymuje tajemnicę przedsiębiorstwa”, przy czym Odwołujący otrzymał „wersję z usuniętymi fragmentami, w zakresie których T-Mobile podtrzymuje tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Izba ustaliła w zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów Pzp w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 040-116818.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania określonych w art. 528 Pzp oraz że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze oświadczenie Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, które należy uznać za oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutu przedstawionego w odwołaniu, a także, iż Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tego zarzutu w zakresie niedotyczącym zaniechania udostępnienia informacji:

-zawartych w piśmie Przystępującego zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie” datowanym na 5 kwietnia 2023 r. oraz załączniku nr 1 do tego pisma w zakresie „wysokości przyjętych przychodów, wydatków inwestycyjnych, kosztów operacyjnych bezpośrednich świadczonych usług, rezerwy, kosztów pośrednich, marży, liczby lokalizacji, w których wykonawca ma wymagane łącza spełniające wymagania zamawiającego oraz zainstalowane routery, liczby routerów, które wykonawca musi zainstalować, liczby światłowodów, które wykonawca zamierza wybudować, założeń przyjętych na potrzeby relokacji (które wynikają z doświadczenia wykonawcy w realizacji innych zamówień), założeń przyjętych na potrzeby szacowania minimalnego przychodu z tego zamówienia, podstawy szacowania poszczególnych kosztów, zakresu koniecznych zmian w istniejącej sieci Zamawiającego w celu spełnienia

wymagań SWZ, liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia z podziałem na specjalizacje, czasochłonności realizacji projektu, stawek wynagrodzeń poszczególnych osób”,

-zawartych w załącznikach do załącznika nr 1 do pisma Przystępującego zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. – dowodach nr nr 1, 2.a, 2.b, 2.c, 3, 4., 5 i 6,

-zawartych w załącznikach do pisma Przystępującego zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. – „dowodach na potwierdzenie objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa”,

w ocenie Izby uzasadnione było umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie nie dotyczącym zaniechania udostępnienia ww. informacji.

Aczkolwiek zgodnie z art. 523 ust. 3 Pzp „jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie”, uznać należy, że w przypadku, gdy zamawiający uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia tych zarzutów w części, postępowanie odwoławcze powinno dotyczyć wyłącznie zarzutów wobec uwzględnienia których wykonawca wniósł sprzeciw. W konsekwencji, w zakresie zarzutów, wobec uwzględnienia których wykonawca nie wniósł sprzeciwu postępowanie odwoławcze powinno zostać umorzeniu na podstawie stosowanego odpowiednio art. 522 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”. Zarówno w sytuacji określonej w tym przepisie, jak i w sytuacji jaka wystąpiła w niniejszym postępowaniu, część zarzutów zamawiający uwzględnił, a wykonawca nie wniósł sprzeciwu wobec ich uwzględnienia. W obu przypadkach w zakresie tych zarzutów Izba powinna móc wydać identyczne orzeczenie - umarzając postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów.

W tym stanie rzeczy w punkcie 1. wyroku orzeczono o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie nie dotyczącym zaniechania udostępnienia ww. informacji, a Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zakresie dotyczącym zaniechania udostępnienia ww. informacji.

Odwołujący i Przystępujący złożyli ofertę w Postępowaniu.

W dniu 30 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego „do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny zaproponowanej w Państwa ofercie”.

W dniu 5 kwietnia 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na ten sam dzień pismo zatytułowane „Odpowiedź na wezwanie”, w którym wskazano, że „wyjaśnienia w zakresie oznaczonym oraz załączniki do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z powyższym wnosimy o ich nieudostępnianie podmiotom do tego nieupoważnionym, w szczególności innym wykonawcom”. Ustęp XII tego pisma ma treść „Uzasadnienie objęcia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez T-Mobile ceny tajemnicą przedsiębiorstwa.”. 1. Zastrzegamy, iż informacje zawarte w zastrzeżonej części niniejszego pisma oraz załącznikach do niniejszego pisma (w oznaczonym zakresie) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z powyższym wnosimy o ich nieudostępnianie innym podmiotom niż Zamawiający. Informacje te wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca, kreując w Prawie zamówień publicznych zasadę jawności (art. 18 ust. 1 Pzp), przewidział od niej wyjątek, określając w art. 18 ust. 3 Pzp, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, odsyłając jednocześnie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – zwanej dalej uznk. 2. Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk 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. 3. Zgodnie z opinią UZP, która pozostaje aktualna również na gruncie obecnie obowiązującego art. 11 ust. 2 Pzp: „określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: - ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, - nie została ujawniona do wiadomości publicznej, - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I KKN 304/00). Powszechnie

przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55)." 4. Informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są to informacje o charakterze handlowym i organizacyjnym, które mają dla T-Mobile wartość gospodarczą. Zawierają one przedstawienie sposobu i metodologii wyceny przedmiotu zamówienia przez T-Mobile, podstaw dokonywania tej wyceny, struktury i źródeł przychodów w ramach kontraktu, czynników branych pod uwagę na potrzeby wyceny oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, przy czym nie są to wyłącznie podstawy, czynniki i założenia przyjęte na potrzeby tego konkretnego postępowania, ale również okoliczności związane z działalnością operacyjną Wykonawcy, wykorzystywane w ramach jego bieżącej działalności, również na potrzeby kalkulacji ceny w innych postępowaniach. Informacje te mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez T-Mobile. Mają one znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej T-Mobile, gdyż ujawniają założenia wypracowywanej przez lata polityki cenowej Wykonawcy, a przede wszystkim metody i zasady wyceny usług, w tym konkretne dane liczbowe, strukturę i źródła przychodów, procentowy poziom marży i rezerw, który jest stosowany przy wszystkich tego rodzaju projektach, elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania, informacje o podmiotach współpracujących z Wykonawcą i uzyskiwanych warunkach handlowych (ad dowody dołączone do Kalkulacji), jak również prezentują dane z wewnętrznych systemów Wykonawcy dotyczące realizacji innych zamówień i wewnętrznych kosztów z tym związanych. Zawarte w wyjaśnieniach informacje posiadają wartość gospodarczą stanowiąc o pozycji T-Mobile w branży telekomunikacyjnej i jego przewadze konkurencyjnej nad innymi uczestnikami rynku. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez T-Mobile szkody poprzez zmniejszenie szans na zaoferowanie w kolejnych postępowaniach konkurencyjnej ceny, a co za tym idzie pozyskanie kolejnych zamówień. Ujawnienie zastrzeżonych informacji grozi ponadto naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. 5. Załączone dowody ujawniają wprost dane dostawców i partnerów handlowych, poziom kosztów i wydatków ponoszonych przez T-Mobile oraz warunki handlowe współpracy i podstawy uzyskiwanej wyceny. Ujawnienie nawet pojedynczych informacji zawartych w dowodach umożliwia identyfikację kontrahentów i pozostałych informacji o charakterze wewnętrznym i wrażliwym ze względu na działalność operacyjną Wykonawcy, a także ochronę relacji handlowych. Dokumenty te przedstawiają stawki oferowane T-Mobile uwzględniające indywidualnie wynegocjowane rabaty. 6. Ujawnieniu w ramach wyceny podlegają również zasoby, którymi dysponuje T-Mobile i przewidziany przez niego sposób realizacji zamówienia i organizacji świadczenia usługi, informacje o stawkach oferowanych pracownikom i sposobie szacowania pracochłonności realizacji zamówienia, a więc informacje o wartości gospodarczej i charakterze handlowym oraz organizacyjnym. 7. Objęta tajemnicą przedsiębiorstwa polityka cenowa T-Mobile obejmuje m.in. założenia dot. kosztów operacyjnych, wydatków inwestycyjnych, kosztów pośrednich i rezerw, a także wysokości marży oraz zasad analizy projektu. Są to informacje, których udostępnienie konkurencyjnym wykonawcom może spowodować utratę pozycji rynkowej T-Mobile. Na rynku usług telekomunikacyjnych działa w szczególności 4 wykonawców – największych na rynku operatorów telekomunikacyjnych (w tym T-Mobile) oraz podmioty z grup kapitałowych tych wykonawców. Ujawnienie jakichkolwiek założeń kalkulacyjnych (zarówno co do metodologii jak i poszczególnych wartości kwotowych czy procentowych), czynników wpływających na wysokość ceny oraz danych podmiotów współpracujących z T-Mobile może mieć istotne znaczenie dla pozycji Wykonawcy w przyszłych postępowaniach. Ich ujawnienie wiąże się z możliwością poniesienia przez T-Mobile szkody poprzez zmniejszenie szans na zaoferowanie w kolejnych postępowaniach konkurencyjnej ceny, a co za tym idzie pozyskanie

kolejnych zamówień. Pozostali wykonawcy będą bowiem mogli oszacować potencjalną cenę, jaką może zaoferować T-Mobile, wykorzystać ujawnione rozwiązania, przez lata wypracowywane przez T-Mobile i zaoferować korzystniejsze warunki w kolejnych przetargach. Ujawnienie zastrzeżonych informacji grozi ponadto naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy również zauważyć, że T-Mobile także nie posiada informacji o poziomie kosztów i sposobie wyceny zakładanym przez konkurencyjne podmioty – to potwierdza, że tego typu informacje jako wrażliwe z punktu widzenia operatora telekomunikacyjnego są traktowane jako poufne i nie są udostępniane innym podmiotom świadczącym swoje usługi na rynku. 8. Wskazać należy na utrwalony w orzecznictwie KIO i w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pogląd, co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera listę czynników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, w szczególności zaś – kalkulacji i ofert handlowych załączanych do wyjaśnień. Pogląd ten pozostaje aktualny pomimo zmiany ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. 9. Zastrzeżone przez T-Mobile informacje zawierają metodologię kształtowania ceny oferty na tego typu usługi. Wszystkie pojedyncze informacje zastrzeżone w treści załącznika nr 1 (ich zbiór), ale i złożone wraz z wyjaśnieniami dowody (dokumenty potwierdzające prawidłowość dokonanych kalkulacji) tworzą całość kalkulacji ceny ofertowej. Tego typu informacje stanowią informacje organizacyjne wykonawcy, posiadają one wartość gospodarczą, gdyż wskazują na rodzaj zastosowanej metodologii. Ich ujawnienie pozwoliłoby na poznanie sposobu ustalenia ceny tej usługi, jak również sposobu kalkulowania ceny ofert składanych przez T-Mobile także w innych postępowaniach. Zastrzeżone informacje to bowiem nie tylko dane handlowe na temat elementów ceny i sposobu jej budowania, ale także dane podmiotów współpracujących z T-Mobile w zakresie dostawy sprzętu. Podmioty te mają status podmiotów prowadzących komercyjną działalność gospodarczą, nie są one objęte zakresem podmiotowym jakichkolwiek regulacji prawnych związanych z dostępem do informacji publicznej. 10. Elementy składowe kalkulacji ceny są oparte o indywidualne uwarunkowania niedostępne dla innych podmiotów działających w branży. Przykładowo uzyskane stawki za budowę łączy oraz zakup urządzeń, licencji nie są informacjami powszechnie dostępnymi dla podmiotów działających w tej branży, są to stawki dedykowane dla T-Mobile, indywidualnie ustalone i wynegocjowane. Ich ujawnienie spowoduje, że w kolejnych postępowaniach konkurencyjni wykonawcy będą w stanie oszacować koszty jakie poniesie T-Mobile z tytułu zapewnienia odpowiedniej infrastruktury i nabycia sprzętu (która są kluczowymi kosztami przy postępowaniach, których przedmiotem są tego typu usługi), a co za tym idzie będą w stanie przewidzieć cenę jaką zaoferuje T-Mobile, co pozwoli im złożyć korzystniejszą ofertę. Wobec tego ujawnienie zastrzeżonych danych zagraża interesom T-Mobile, gdyż uzyskanie tych informacji dałoby możliwość ich wykorzystania przez konkurujących wykonawców. 11. Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji nie powinna budzić wątpliwości. Oczywiście jest bowiem, zwłaszcza w przypadku, gdy rynek telekomunikacyjny jest dość wąski, że informacje, o których mowa powyżej, tj. m.in. co do sposobu kalkulacji ceny, stawek oferowanych za sprzęt, uzyskiwanych w tym zakresie rabatów kosztów w zakresie budowy i pozyskania łączy, danych dostawców, kontrahentów, stawek oferowanych pracownikom, sposobu szacowania pracochłonności, metodologii ustalania poziomu rezerwy i marży, mają zasadniczą wartość gospodarczą dla Wykonawcy, bowiem pozwalają mu konkurować o udzielenie zamówień. Każdy z podmiotów dąży do obejmowania poufnością tych informacji, gdyż nie budzi wątpliwości fakt, że mają one dla operatora telekomunikacyjnego wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza przejawia się również w informacji z korespondencji prowadzonej do wyceny rozwiązania czy kosztorysów powykonawczych przedstawiających stawki podmiotów współpracujących z T-Mobile w zakresie budowy łączy. Nie jest powszechnie wiadome jakie koszty ponosi T-Mobile z tytułu wykonania światłowodów czy radiolinii, a informacja w tym zakresie zdobyta przez konkurencję pozwoli na przewidywanie cen w innych postępowaniach na podobny zakres zamówienia. Jeżeli np. różnica pomiędzy ceną oferty T-Mobile a budżetem Zamawiającego ustalonym na podstawie cen rynkowych wynosi ok. 4.000.000,00 zł, to oznacza, że dzięki sposobowi kalkulacji taka jest w tym postępowaniu przewaga konkurencyjna Wykonawcy i to również ma wpływ na ocenę wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Różnice w tych cenach pokazują jak istotny jest model wyceny i indywidualne możliwości uzyskania atrakcyjnych cen. 12. Wartość gospodarcza zastrzeganych w przedmiotowym postępowaniu informacji (wymienionych powyżej) – zarówno czynników kosztotwórczych przy postępowaniach dot. transmisji danych i dostępu do Internetu, jak i wysokości poszczególnych kosztów, w tym kosztów budowy łączy, instalacji ruterów, relokacji, zakupu sprzętu, kosztów pośrednich, kosztów wynagrodzeń, zakładanych przez wykonawcę rezerw i marży – przejawia się w wartości zamówień, które T-Mobile może utracić, w przypadku gdy konkurencja będzie w stanie oszacować koszty i ceny ofertowe. Ujawnienie zastrzeżonych informacji doprowadziłoby bowiem do utraty przez T-Mobile ekspektatywy przyszłych kontraktów. Istnieje w tym zakresie wyraźny związek przyczynowo-skutkowy – konkurencja poznając poszczególne koszty, metodologię ich ustalania oraz sposób kalkulacji ceny (przyjmowaną wysokość marży, rezerw, stawki pracowników) będzie w stanie 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.

13. Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji wynika również z roszczeń odszkodowawczych, jakie grożą T-Mobile z tytułu ujawnienia informacji zastrzeżonych oraz wpływu ujawnienia konkurencji zastrzeżonych danych na inne, przyszłe postępowania o udzielenie zamówienia, w których T-Mobile będzie brał udział – wartość gospodarczą zastrzeganych informacji należy bowiem odnosić nie tylko do odtajnienia informacji w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale także nie można pominąć wpływu decyzji o odtajnieniu na przyszłą działalność operatora, której znaczą częścią jest udział w postępowaniach przetargowych. 14. Biorąc pod uwagę całokształt zastrzeganych informacji oraz argumentację powołaną powyżej wartość gospodarczą zastrzeganych informacji T-Mobile określa na co najmniej 4.000.000 zł. Nie jest powszechnie wiadome, ile T-Mobile płaci za zakup sprzętu niezbędnego do świadczenia tego typu usług, jakie są warunki na których ten sprzęt zakupuje, jakie są warunki budowy łączy, z jakimi podmiotami w tym zakresie współpracuje. Informacja w tym zakresie, zdobyte przez konkurencję pozwolą na przewidywanie cen w innych postępowaniach na podobny zakres zamówienia. Ujawnienie informacji będzie skutkowało koniecznością dokonania zmiany sposobu wyceny ofert oraz prezentowania informacji, co będzie się oczywiście wiązało z koniecznością po stronie T-Mobile poniesienia dodatkowych kosztów związanych z zaangażowaniem zespołu pracowników, którzy opracują nowe rozwiązania i nowe metody kalkulacji. Utracone przychody z tytułu braku możliwości uczestniczenia w postępowaniach na konkurencyjnych warunkach również składają się na wysokość szkody, która grozi Wykonawcy z tytułu odtajnienia informacji (Wykonawca uwzględnił dochód osiągany z tytułu tego rodzaju usług). O ile każdy zamawiający stosuje właściwe dla siebie warunki zamówienia, to specyfika usług telekomunikacyjnych powoduje, że uwarunkowania te są zbliżone, zatem ujawnienie sposobu kalkulacji ceny i poszczególnych jej założeń i wartości w jednym postępowaniu bez wątpienia wpłynie na kolejne postępowania o tym samym rodzajowo przedmiocie zamówienia. 15. Wartość gospodarcza jest również niewymierna, ale istotną gospodarczo, wartością utraconych możliwości uzyskania doświadczenia i renomy wynikających z realizacji określonych przyszłych zamówień, co negatywnie wpływa na działalność prowadzoną przez Wykonawcę w tym obszarze rynku. Wszystkie te elementy składają się na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. 16. W orzecznictwie KIO i praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, za utrwalony należy uznać pogląd co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera listę czynników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, w szczególności zaś kalkulacji kosztów. Tytułem przykładu można wskazać na następujące orzeczenia: a. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1618/18: „Nie budzi zaś wątpliwości Izby, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wycenienia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku.” b. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2018 r., sygn. akt: KIO 68/18: "Informacje o charakterze technicznym i organizacyjnym, w tym informacje o przyjętej strategii konstruowania oferty i metodzie realizacji zamówienia, szacowanej marży, know-how wykonawcy, kosztach dostawy elementów przedmiotu zamówienia oraz wysokości ponoszonych kosztów i uzyskiwanych rabatów, są to informacje posiadające wartość gospodarczą dla wykonawcy. Zastrzeżenie tego rodzaju informacji jest w branży informatycznej w zasadzie praktyką powszechną. W przedsiębiorstwach informatycznych, których funkcjonowanie oraz konkurencyjność opiera się na wiedzy, ujawnienie tego rodzaju danych niewątpliwie mogłoby zagrozić interesom wykonawcy.” c. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 czerwca 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 148/19: „tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty, źródła dostaw, ceny materiałów, rabaty), informacje o podwykonawcach, ceny ofert na wykonanie robót podwykonawczych, rozwiązania organizacyjne i zasady współpracy w ramach danej grupy, a także sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków, to bowiem stanowi zbiór danych dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej, stanowiąc know-how przedsiębiorcy, wpływający na sposób budowania jego oferty. Dane te mają zatem dla wykonawcy wartość gospodarczą, pozwalającą na utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży”. 17. Część zastrzeżonych dokumentów ujawnia relacje handlowe T-Mobile z podmiotami prywatnymi. Nie powinno również budzić wątpliwości, iż fakt pozostawania w relacjach handlowych przez dwóch kontrahentów (z których żaden nie jest podmiotem publicznym) może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a takimi właśnie relacjami są relacje łączące Wykonawcę z podmiotami, których oferty załącza do niniejszych wyjaśnień na potwierdzenie poszczególnych kosztów. Fakt pozostawania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych i informacje ujawniające istotne elementy tych stosunków mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz posiadają wartość gospodarczą, a tym samym wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 18. Możliwość utajnienia informacji dotyczących relacji handlowych w jakich pozostaje wykonawca potwierdza stanowisko doktryny oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: a. prof. Elżbieta Wojcieszko-Głuszko wskazuje wprost: „W literaturze zagranicznej pod pojęciem "tajemnica przedsiębiorstwa" (Unternehmensgeheimnis), rozumie się wszystkie niejawnie fakty odnoszące się do spraw relewantnych dla funkcjonowania przedsiębiorstwa: w zakres tego pojęcia wchodzi zarówno "tajemnica produkcyjna" (Fabrikationsgeheimnis), jak i "tajemnica handlowa" (Geschäftsgeheimnis). Tajemnica

produkcyjna dotyczy zastosowania określonej metody produkcji, natomiast przedmiotem tajemnicy handlowej (zwanej też "tajemnicą kupiecką" jest wiedza i doświadczenia natury administracyjno handlowej (wewnętrzna struktura organizacyjna, relacje z klientami). Tajemnica handlowa dotyczy, zatem tego rodzaju faktów, jak zawarte przez przedsiębiorstwo umowy i porozumienia, postanowienia dotyczące majątku przedsiębiorstwa, listy klientów, źródła pozyskiwania surowców i towarów, szczególne dane dotyczące organizacji zakładu, jego planów gospodarczych i strategii, sytuacji finansowej, a także prowadzonych eksperymentów i prac naukowo - badawczych." - tak w: „Ochrona prawna know-how w prawie polskim na tle prawnoporównawczym” (Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego; Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej; Zeszyt 81; wyd. Kantor Wydawniczy Zakamycze Kraków 2002 r.; str. 62-63). b. Ponadto wskazać należy również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2011 r. (sygn. KIO 1195/11), w którym stwierdzono: „Izba w niniejszym składzie podzieliła stanowisko Przystępującego wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. oraz stanowisko Zamawiającego, poparte tezą wyrażoną w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 440/06), iż dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej, w tym zawarte z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu) mogą przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przez Zamawiającego oraz Przystępującego wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 440/06) wynika, że dane o podwykonawcach (kontrahentach) przedsiębiorcy zasługują na ochronę w świetle tajemnicy przedsiębiorstwa. Wynika to z faktu, jak zostało wskazane w uzasadnieniu powyższego wyroku "(...) że dane te podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem niewątpliwie jest to informacja o charakterze organizacyjnym, świadcząca o potencjale i pozycji danego przedsiębiorcy (...)" . Nie ulega również wątpliwości, iż zastrzeżone przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. informacje mają wartość handlową i znaczenie gospodarcze. Jak słusznie wskazał Przystępujący GTS Poland Spółka z o.o. umożliwiają one, dzięki określonej kooperacji, skuteczne konkurowanie tego wykonawcy na rynku usług telekomunikacyjnych. Ponadto wskazał, iż umożliwiły one wykonawcy spełnienie warunków udziału w postępowaniu i zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia za najniższą cenę. Oznacza to, że informacje te mają wartość handlową, co jednocześnie powoduje, iż wypełniona została kolejna z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę powyższe charakter zastrzeżonych przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. informacji (nazwy kontrahentów i kooperantów, jak również wszelkich informacji umożliwiających w sposób pośredni powzięcie wiadomości przez osoby trzecie o tychże informacjach) powoduje, iż została wypełniona przesłanka przedmiotowa określona w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet jeżeli nie sposób uznać, iż informacje te są informacjami organizacyjnymi to z pewnością są to inne informacje posiadające wartość handlową w rozumieniu powyższego przepisu." 19. Ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes Wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how Wykonawcy wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny oraz sprawną i należytą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu podmiotowi. 20. Warto zwrócić uwagę na fakt, że ceny zaoferowane przez operatorów w tym postępowaniu są bardzo zbliżone, a zatem decydujące dla możliwości uzyskania zamówienia są indywidualne czynniki cenotwórcze oraz sposób kalkulacji ceny ofertowej, który jest ujawnione w zastrzeżonej części wyjaśnień ceny. 21. W odniesieniu do informacji o sposobie wyceny, kalkulacji i wysokości ponoszonych kosztów, czynnikach wpływających na ich wysokość i uwzględnianych przy kalkulacji ceny oferty, struktury kosztów oraz procedur poprzedzających przygotowanie oferty – jest to know-how Wykonawcy, którego ujawnienie nie tylko niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez Wykonawcę. Umożliwia również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty Wykonawcy w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym – może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez Wykonawcę w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szanse na uzyskanie przez Wykonawcę zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena. 22. Reasumując, zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny i handlowy przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą. 23. Ujawnienie w wyjaśnieniach informacje nigdy nie były i nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi; są one tajemnicą dla podmiotów trzecich i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są udostępniane i powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji ani nie są łatwo dostępne dla takich osób. Ujawnienie nawet fragmentu zastrzeżonych informacji może stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych

tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie podkreślamy, iż Wykonawca podjął w stosunku do w/w informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności, zgodnie z obowiązującą w przedsiębiorstwie Wykonawcy polityką ochrony informacji. Zgodnie z procedurą obowiązującą u Wykonawcy informacje mające wpływ na kalkulacje elementów oferty nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim. 24. Na potwierdzenie podjęcia kroków mających na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności w załączeniu przedstawiamy dokumenty potwierdzające stosowanie w przedsiębiorstwie Wykonawcy rygorystycznych polityk bezpieczeństwa i zobowiązań nakładanych na pracowników i współpracowników Wykonawcy w celu zachowania poufności istotnych dla Wykonawcy informacji, wśród których oprócz ochrony danych osobowych i tajemnicy telekomunikacyjnej, znajdują się kategorie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w ramach przygotowywanych i realizowanych projektów (wycenianych i składanych ofert). Informacje zastrzeżone w ramach niniejszych wyjaśnień zostały sklasyfikowane jako dane poufne, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i zobowiązujące pracowników i kontrahentów Wykonawcy do ich właściwej ochrony. Zgodnie z polityką bezpieczeństwa Wykonawcy nie są ujawniane m.in. szczegółowe informacje dotyczące szacowania pracochłonności i kalkulacji kosztów poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Wyjątki od tej zasady wynikają z jednostkowych decyzji zarządu albo z działań osób trzecich (np. kontrahentów). Zgodnie z procedurą obowiązującą u Wykonawcy informacje takie, jak zastrzeżone w ramach niniejszych wyjaśnień nie są ujawniane osobom, dla których ich znajomość nie jest niezbędna (zasada wiedzy uzasadnionej - dostęp do informacji jest nadzorowany i udzielany tylko i wyłącznie na potrzeby realizacji obowiązków służbowych) i podlegają ochronie jako informacje poufne, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. 25. Ze względu na wewnętrzny charakter przedmiotowych dokumentów oraz zgodnie z obowiązującą w grupie kapitałowej Wykonawcy polityką ochrony informacji, załączone dokumenty również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy o charakterze organizacyjnym. 26. Jednocześnie wskazuję, że zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk „Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.” T-Mobile nie wyraża zgody na korzystanie ze wskazanych powyżej informacji lub rozporządzanie nimi. 27. Biorąc pod uwagę, iż Wykonawca prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jak również wykazał powyżej spełnienie przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, wnosimy o nieudostępnianie ich podmiotom nieuprawnionym, w szczególności innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Na marginesie wskazujemy również, że Wykonawca kierował się zasadą minimalizmu i zastrzegł wyłącznie informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i których ujawnienie może prowadzić do ujemnych konsekwencji dla wykonawcy. Jeżeli Wykonawca zastrzegł większy fragment informacji, to wynika to z tego, że informacje w nim zawarte są ze sobą silnie skorelowane i nie ma możliwości ich wyodrębnienia.”.

Do ww. pisma załączono dokument zatytułowany „Załącznik nr 1 do wyjaśnień - Kalkulacja kosztów”, do którego załączono dokumenty oznaczone jako dowody nr nr 1, 2.a, 2.b, 2.c, 3, 4., 5 i 6, oraz dokumenty określone jako „dowody na potwierdzenie objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa”.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający przekazał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu o treści „Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej z siedzibą w (00-513) Warszawie przy ul. Nowogrodzkiej 1/3/5, jako Zamawiający, informuje, że w postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Numer oferty	Nazwa (firma i adres wykonawcy	Cena oferty brutto
1	Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160 02-326 Warszawa	11 188 342,29 zł
2	T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12 02-674 Warszawa	7 185 561,60 zł

Po przeprowadzeniu badania i oceny oferty Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej, oferty nr 2, złożonej przez Wykonawcę: T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa. Oferta uzyskała najwyższą ocenę punktową wynoszącą 89,98 pkt, obliczoną zgodnie z przyjętymi w rozdziale 13 SWZ kryteriami oceny ofert. Wykonawca potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, brak jest podstaw wykluczenia, a jego oferta nie podlega odrzuceniu. (...).

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Zważywszy, że w toku postępowania odwoławczego Przystępujący złożył wersję swojego pisma datowanego na 5 kwietnia 2023 r. zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” oraz załącznika nr 1 do tego pisma „z oznaczeniem informacji, w zakresie których podtrzymuje tajemnicę przedsiębiorstwa”, a także przekazał Odwołującemu wersję przedmiotowych dokumentów „z usuniętymi fragmentami, w zakresie których T-Mobile podtrzymuje tajemnicę przedsiębiorstwa”, czynienie ustaleń i rozważań w zakresie treści części (fragmentów) tych dokumentów, które nie zostały udostępnione Odwołującemu przed złożeniem odwołania, a które zostały mu udostępnione przez

Przystępującego w toku postępowania odwoławczego (czyli informacji, w zakresie których Przystępujący nie „podtrzymał tajemnicy przedsiębiorstwa”), było bezcelowe w zakresie, w jakim miałyby to służyć ocenie zasadności zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie nie dotyczącym zaniechania udostępnienia informacji:

- zawartych w piśmie Przystępującego zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie” datowanym na 5 kwietnia 2023 r. oraz załączniku nr 1 do tego pisma w zakresie „wysokości przyjętych przychodów, wydatków inwestycyjnych, kosztów operacyjnych bezpośrednich świadczonych usług, rezerwy, kosztów pośrednich, marży, liczby lokalizacji, w których wykonawca ma wymagane łącza spełniające wymagania zamawiającego oraz zainstalowane routery, liczby routerów, które wykonawca musi zainstalować, liczby światłowodów, które wykonawca zamierza wybudować, założeń przyjętych na potrzeby relokacji (które wynikają z doświadczenia wykonawcy w realizacji innych zamówień), założeń przyjętych na potrzeby szacowania minimalnego przychodu z tego zamówienia, podstawy szacowania poszczególnych kosztów, zakresu koniecznych zmian w istniejącej sieci Zamawiającego w celu spełnienia wymagań SWZ, liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia z podziałem na specjalizacje, czasochłonności realizacji projektu, stawek wynagrodzeń poszczególnych osób”,
- zawartych w załącznikach do załącznika nr 1 do pisma Przystępującego zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. – dowodach nr nr 1, 2.a, 2.b, 2.c, 3, 4, 5 i 6,
- zawartych w załącznikach do pisma Przystępującego zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. – „dowodach na potwierdzenie objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa” (dalej jako „Informacje”).

W konsekwencji przedstawiony w odwołaniu zarzut oraz wskazane w nim okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania należało odnosić wyłącznie do zaniechania udostępnienia Informacji, a wywody Odwołującego dotyczące zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników w zakresie, w jakim odnosiły się do pisma Przystępującego zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. oraz załącznika nr 1 do tego pisma w wersjach, które Odwołujący otrzymał przed wniesieniem odwołania, musiały być uznane za nietrafne.

W tym miejscu konieczna jest konstatacja, że w świetle treści art. 18 ust. 3 Pzp, którego naruszenie zarzucono Zamawiającemu w odwołaniu, stanowiącym, iż „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), 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”, nie może ulegać wątpliwości, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, iż każda informacja, w zakresie której wykonawca zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże w odniesieniu do każdej informacji, której dotyczy takie zastrzeżenie, zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny, czy wykonawca wykazał spełnienie przesłanek uprawniających do nieudostępnienia tej informacji, przy czym, uwzględniając zasadę jawności postępowania, powinna ona mieć charakter wnikliwy i staranny (vide uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2021 r., wydanego w postępowaniu sygn. KIO 2044/21). Sytuacja, w której Zamawiający nie udostępnia wszystkich informacji, w zakresie których Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, a następnie w postępowaniu odwoławczym uwzględnia w całości zarzut dotyczący ich nieudostępnienia (przedstawiony przez wykonawcę, który nie ma wiedzy, jakie konkretnie informacje nie zostały mu udostępnione), wskazuje na to, że Zamawiający nie dokonał starannej i wnikliwej oceny, czy Przystępujący wykazał spełnienie przesłanek uprawniających do nieudostępnienia tych informacji w odniesieniu do każdej informacji, której dotyczy takie zastrzeżenie.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron i Przystępującego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 23 maja 2023 r. Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie, w jakim je rozpoznawała, czyli w zakresie zaniechania udostępnienia Informacji:

Biorąc pod uwagę, że zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp „postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”, podzielić należy zawarte w odwołaniu twierdzenia, iż „Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne. Ustawodawca przewidział wyjątki od zasady jawności, w szczególności wyrażony w art. 18 ust. 3 Pzp”, jak również, 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”.

Niewątpliwie art. 18 ust. 3 Pzp uprawnia (i zobowiązuje) zamawiającego do nieudostępnienia wykonawcy informacji, w zakresie której spełnione są łącznie następujące przesłanki:

1)informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2)wykonawca wraz z przekazaniem informacji zastrzegł, że nie może być ona udostępniana,

3)wykonawca wraz z przekazaniem informacji wykazał, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie sposób przy tym nie zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, „że wykonawca, zastrzegając klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa różnego rodzaju informacje przekazywane zamawiającemu, zobowiązany jest wykazać spełnienie przesłanek ustawowych wobec każdej z nich”.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”), „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 konsekwencji w odniesieniu do każdej informacji, w zakresie której wykonawca zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, w ocenie Izby zobowiązany jest on wykazać wynikające z art. 11 ust. 2 uznk przesłanki to uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że:

1)jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,

2)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie jest ona 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,

a w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą” także wartości gospodarczej tej informacji.

Aczkolwiek nie może budzić wątpliwości, że wraz z przekazaniem Informacji Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, to w ocenie Izby treść ustępu XII pisma Przystępującego datowanego na 5 kwietnia 2023 r. zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie”, w którym zawarto „uzasadnienie objęcia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez T-Mobile ceny tajemnicą przedsiębiorstwa” nie pozwala na przyjęcie, że Przystępujący wraz z przekazaniem Informacji w odniesieniu do każdej z nich wykazał wynikające z art. 11 ust. 2 uznk przesłanki do uznania, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu.

Niewątpliwie jest, że w przedmiotowym piśmie nie wykazano spełnienia przesłanek uznania Informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób opisany w uzasadnieniach wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r., wydanego w sprawie toczącej się pod sygn. akt XXIII Zs 53/21, i 24 lutego 2022 r., wydanego w sprawie toczącej się pod sygn. akt XXIII Zs 133/21, czy Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2023 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 3533/22.

W piśmie tym nie wskazano, jaki jest charakter poszczególnych informacji w zakresie których zastrzegł, że nie może być one udostępniane – czy dana informacja jest informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa czy inną informacją posiadającą wartość gospodarczą - ograniczając się do stwierdzenia, że „są to informacja o charakterze handlowym i organizacyjnym, które mają dla T-Mobile wartość gospodarczą”. Ze stwierdzenia tego wynika przy tym, że każda informacja w zakresie której Przystępujący zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, posiada wartość gospodarczą, a ww. pismo nie zawiera omówienia i wykazania wartości gospodarczej w odniesieniu do poszczególnych z tych informacji.

Zdaniem Izby w składzie rozpoznającym odwołanie powyższe uchybienia w zakresie wykazania, że każda z informacji „składająca się” na Informację stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, nie uzasadniały jednak uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu udostępnienia Informacji – jaka zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Sądu Okręgowego w Warszawie i Izby byłaby konsekwencja takich uchybień.

Rozstrzygając sprawę należało mieć na względzie wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 listopada 2022 r., wydany w sprawie o sygn. C-54/21. Wyrok ten został wydany na skutek złożonego przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który dotyczył między innymi art. 8 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, których treść w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy była identyczna jak przepisów art. 18 ust. 1 i 3 Pzp, wobec czego stanowisko Trybunału Sprawiedliwości można w pełni odnosić do tych przepisów.

W wyroku tym wskazano, że „W konsekwencji art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 w związku z jej art. 50 i 55 z jednej strony nie stoi na przeszkodzie ustanowieniu przez państwo członkowskie zasad wyznaczających zakres obowiązku zachowania poufności w oparciu o pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa odpowiadające co do istoty pojęciu

zawartemu w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943. Z drugiej strony stoi on takim zasadom na przeszkodzie, jeżeli nie obejmują one odpowiednich przepisów pozostawiających instytucjom zamawiającym – w okolicznościach, w których owe art. 50 i 55 mają zastosowanie – możliwość odmówienia w drodze wyjątku ujawnienia informacji, które mimo że nie wchodzą w zakres pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa, powinny pozostać niedostępne ze względu na interes lub cel, o których mowa we wspomnianych art. 50 i 55.”, a także „iż art. 18 ust. 1 i art. 21 ust. 1 w związku z art. 50 ust. 4 i art. 55 ust. 3 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, które wymagają, aby – z jedynym wyjątkiem tajemnicy przedsiębiorstwa – informacje przekazywane przez oferentów instytucjom zamawiającym były w całości publikowane lub podawane do wiadomości pozostałych oferentów, a także praktyce instytucji zamawiających polegającej na każdorazowym uwzględnianiu wniosków o zachowanie poufności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Art. 18 ust.1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „dyrektywa klasyczna”) stanowi, iż „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.”.

Zgodnie z art. 21 ust. 1 dyrektywy klasycznej, „O ile nie przewidziano inaczej w niniejszej dyrektywie lub w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji, a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w art. 50 i 55, instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert.

Art. 50 dyrektywy klasycznej dotyczy ogłoszenia o udzieleniu zamówienia dotyczącego wyników postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem nie dotyczy informacji przekazanych przez wykonawcę. Tym samym treść tego przepisu w niniejszej sprawie nie ma znaczenia.

Stosownie natomiast do art. 55 dyrektywy klasycznej, „1. Instytucje zamawiające informują tak szybko, jak to możliwe, wszystkich kandydatów i oferentów o podjętych decyzjach dotyczących zawarcia umowy ramowej, udzielenia zamówienia lub dopuszczenia do dynamicznego systemu zakupów, w tym także o powodach podjęcia ewentualnej decyzji o niezawieraniu umowy ramowej, o nieudzieleniu zamówienia, dla którego opublikowano zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, o ponownym wszczęciu postępowania lub o niewdrażaniu dynamicznego systemu zakupów. 2. Na wniosek zainteresowanego kandydata lub oferenta, instytucja zamawiająca tak szybko, jak to możliwe, a w każdym razie w terminie 15 dni od otrzymania pisemnego wniosku informuje: a) każdego niewybranego kandydata o powodach odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału; b) każdego niewybranego oferenta o powodach odrzucenia jego oferty, w tym - w przypadkach określonych w art. 42 ust. 5 i 6 - o powodach decyzji o braku równoważności lub decyzji stanowiącej, że roboty budowlane, dostawy lub usługi nie spełniają wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych; c) każdego oferenta, który złożył dopuszczalną ofertę, o cechach i mających znaczenie zaletach oferty, która została wybrana, jak również o nazwie/imieniu i nazwisku zwycięskiego oferenta lub nazwach/imionach i nazwiskach stron umowy ramowej; d) każdego oferenta, który złożył dopuszczalną ofertę, o przebiegu i postępie negocjacji i dialogu z oferentami. 3. Instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o nieudzieleniu pewnych informacji, o których mowa w ust. 1 i 2, dotyczących udzielenia zamówienia, zawarcia umowy ramowej lub dopuszczenia do dynamicznego systemu zakupów, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub byłoby w inny sposób sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby szkodzić uzasadnionym interesom handlowym konkretnego wykonawcy publicznego lub prywatnego, bądź mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.”.

Biorąc pod uwagę treść art. 21 ust. 1 i art. 55 ust. 2 i 3 dyrektywy klasycznej, a także iż Krajowa Izba Odwoławcza, będąca sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, stosując prawo wewnętrzne zobowiązana jest dokonywać jego wykładni w świetle brzmienia i celu dyrektywy, by osiągnąć przewidziany w niej rezultat, zważywszy treść ww. wyroku wydanego w sprawie o sygn. C-54/21, w ocenie Izby w składzie rozpoznającym odwołanie należy uznać, że art. 18 ust. 1 i 3 Pzp nie mogą być interpretowane w taki sposób, iż:

- wynikający z art. 18 ust. 1 Pzp obowiązek udostępnienia przez zamawiającego informacji przekazanej mu przez wykonawcę nie obejmuje wyłącznie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- zamawiający zobowiązany jest ujawnić informacje przekazane mu przez wykonawców i oznaczone przez nich jako

poufne, w tym między innymi tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby w składzie rozpoznającym odwołanie Informacje są informacjami, o których mowa w art. 21 ust. 1 w związku z art. 55 ust. 3 dyrektywy klasycznej, nie podlegającymi w świetle tych przepisów ujawnieniu Odwołującemu.

Nie ulega wątpliwości, że Informacje zostały przekazane Zamawiającemu przez Przystępującego oraz że zostały one oznaczone przez Przystępującego jako poufne. Zdaniem Izby tak oznaczone informacje:

- zawarte w piśmie Przystępującego zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie” datowanym na 5 kwietnia 2023 r. i załączniku nr 1 do tego pisma w zakresie: liczby lokalizacji, w których wykonawca ma wymagane łącza spełniające wymagania zamawiającego oraz zainstalowane routery, liczby routerów, które wykonawca musi zainstalować, liczby światłowodów, które wykonawca zamierza wybudować oraz zakresu koniecznych zmian w istniejącej sieci Zamawiającego w celu spełnienia wymagań SWZ, należy uznać za tajemnice techniczne,
- zawarte w załączniku nr 1 do pisma Przystępującego zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. w zakresie: wysokości przyjętych przychodów, wydatków inwestycyjnych, kosztów operacyjnych bezpośrednich świadczonych usług, rezerwy, kosztów pośrednich, marży, podstawy szacowania poszczególnych kosztów oraz stawek wynagrodzeń poszczególnych osób, oraz w załącznikach do załącznika nr 1 do ww. pisma – dowodach nr nr 1, 2.a, 2.b, 2.c, 3, 4, 5 i 6 - należy uznać za tajemnice handlowe,
- zawarte w załączniku nr 1 do pisma Przystępującego zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. w zakresie: założeń przyjętych na potrzeby relokacji, założeń przyjętych na potrzeby szacowania minimalnego przychodu z zamówienia, liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia z podziałem na specjalizacje oraz czasochłonności realizacji projektu należy uznać za poufne aspekty oferty Przystępującego.

Wymaga wskazania, że informacje, w zakresie których Przystępujący „podtrzymał tajemnicę przedsiębiorstwa”, obejmują konkretne wartości stanowiące podstawę do kalkulacji ceny oferty, których poufność jest w ocenie Izby oczywista, podobnie jak to, że ich ujawnienie mogłoby szkodzić uzasadnionym interesom handlowym Przystępującego bądź mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, między innymi w zakresie wysokości kosztów i wydatków, jakie Przystępujący będzie musiał ponieść w celu wykonania zamówienia (wydatków inwestycyjnych, kosztów operacyjnych bezpośrednich świadczonych usług, kosztów pośrednich, stawek wynagrodzeń), podstaw szacowania poszczególnych kosztów, wysokości rezerwy, marży, czy wysokości przyjętych przychodów (minimalnego przychodu jaki uzyskanie z tytułu świadczenia usług zakłada Przystępujący).

Zdaniem Izby w składzie rozpoznającym odwołanie oczywista jest również poufność informacji stanowiących założenia Przystępującego przyjęte na potrzeby relokacji, na potrzeby szacowania minimalnego przychodu z zamówienia, w zakresie liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia z podziałem na specjalizacje czy czasochłonności realizacji projektu. Aczkolwiek nie są to wartości wynikające z cen czy wynagrodzeń płaconych przez wykonawcę swoim kontrahentom, niewątpliwie jednak wskazują, jak bazując na swoim know – how wykonawca określa wartości na podstawie których określa inne wartości stanowiące podstawę szacowania kosztów, a w konsekwencji podstawę do kalkulacji ceny oferty.

To samo dotyczy informacji, które Izba uznała za tajemnice techniczne. W odniesieniu do tych informacji wymaga dodatkowo wskazania, że o ile rzecz jasna nie mogą być uznane za poufne zawarte w dokumentach zamówienia informacje w zakresie przedmiotu zamówienia (tego, co wykonawca ma świadczyć), to nie są takimi informacjami informacje o liczbie „lokalizacji, w których wykonawca ma wymagane łącza spełniające wymagania zamawiającego oraz zainstalowane routery”, liczbie „routerów, które wykonawca musi zainstalować” czy liczbie „światłowodów, które wykonawca zamierza wybudować”, ponieważ są to informacje o tym, jakie czynności Przystępujący musi wykonać w celu wykonania przedmiotu zamówienia, a jakich nie musi, gdyż zostały one już wykonane. W ocenie Izby o ich poufnym charakterze i jednocześnie o tym, że ujawnienie tych informacji mogłoby szkodzić uzasadnionym interesom handlowym Przystępującego bądź mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, świadczy niekwestionowane przez Odwołującego oświadczenie pełnomocnika Przystępującego złożone na rozprawie, iż informacje w zakresie „liczby lokalizacji i liczby routerów zawarte w ust. IX pkt 3 wyjaśnień mogą być wykorzystane w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, gdyż sieć może być wykorzystywana do świadczenia innych usług”.

W ocenie Izby w składzie rozpoznającym odwołanie wynik oceny wyważenia zakazu, o którym mowa w art. 21 ust. 1 dyrektywy klasycznej oraz posiadania przez Odwołującego wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy czynność wyboru oferty Przystępującego jest – jak wskazano w motywie 50 ww. wyroku wydanego w sprawie o sygn. C-54/21 – „obarczona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna” i możliwości skorzystania w praktyce z prawa do skutecznego odwołania na tą czynność, nie uzasadnia przyjęcia, że przedmiotowe informacje powinny zostać udostępnione.

Jak wynika z motywów 66 i 67 ww. wyroku wydanego w sprawie o sygn. C-54/21, po dokonaniu rzeczowego

wyważenia wykonawcy powinna zostać przekazana w neutralnej formie zasadnicza treść tych informacji, które zostały przekazane zamawiającemu przez innego wykonawcę jako poufne, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych, w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona. Może to nastąpić na przykład w sposób opisany w ww. wyroku - poprzez przekazanie w formie streszczenia niektórych elementów zgłoszenia lub oferty oraz ich charakterystyki technicznej w sposób uniemożliwiający identyfikację informacji poufnych, przy czym zamawiający może zwrócić się do wykonawcy, którego oferta została wybrana, o dostarczenie mu jawnej wersji dokumentów zawierających informacje poufne.

Zważywszy, że Przystępujący przekazał Odwołującemu wersję swojego pisma datowanego na 5 kwietnia 2023 r. zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” oraz załącznika nr 1 do tego pisma „z usuniętymi fragmentami, w zakresie których T-Mobile podtrzymuje tajemnicę przedsiębiorstwa”, a Izba nie dopatrzyła się możliwości przekazania Odwołującemu zasadniczej treści Informacji w neutralnej formie i w zakresie, który pozwalałby na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych informacji, należało uznać, że Odwołujący otrzymał te informacje, które zostały przekazane zamawiającemu przez Przystępującego jako poufne, a które powinny mu zostać udostępnione w świetle motywów 66 i 67 ww. wyroku.

Za nie podlegające udostępnieniu informacje poufne Izba uznała informacje zawarte w załącznikach do pisma Przystępującego zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. – „dowodach na potwierdzenie objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa”. Należy wskazać, że są to informacje przekazane Zamawiającemu w celu wykazania, że Przystępujący podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania w poufności innych informacji zawarte w piśmie Przystępującego zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie” datowanym na 5 kwietnia 2023 r. i załączniku nr 1 do tego pisma oraz załącznikach do załącznika nr 1 do tego pisma. Żadna z nich nie stanowi informacji w zakresie wyliczenia ceny oferty Przystępującego złożonej w Postępowaniu. W konsekwencji, nieudostępnienie informacji zawartych w załącznikach do pisma Przystępującego zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie” datowanego na 5 kwietnia 2023 r. – „dowodach na potwierdzenie objęcia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa” - nie stanowi przeszkody do możliwości wniesienia skutecznego odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w związku czym nie zachodzi konieczność wyważenia poufności, o której mowa w art. 21 ust. 1 dyrektywy klasycznej, a posiadaniem wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy decyzja instytucji zamawiającej dotycząca udzielenia zamówienia jest obciążona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna i możliwości skorzystania w praktyce w odniesieniu do takiej decyzji z prawa do skutecznego środka prawnego.

Wobec powyższego w zakresie, w jakim odwołanie było rozpoznawane przez Izbę brak było podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu Informacje, a w konsekwencji, że ich zaniechanie ich udostępnienia stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 Pzp. W zakresie tym odwołanie należało więc oddalić, o czym orzeczono w punkcie 2. wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2) i § 5 pkt 1) i 2) 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Zgodnie z § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”.

Wobec braku w ww. rozporządzeniu przepisu określającego warunki ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego w przypadku, gdy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, uczestnik postępowania odwoławczego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego tych zarzutów w części zarzutów, postępowanie odwoławcze zostało umorzone w części, a w pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone, mając na uwadze, iż – jak wskazano powyżej - sytuacja ta jest analogiczna do sytuacji określonej w art. 522 ust. 4 Pzp, za uzasadnione Izba uznała orzeczenie o kosztach przy uwzględnieniu przepisów określających warunki ponoszenia kosztów postępowania w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego w na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp.

§ 9 ust. 3 pkt 2) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę odrzucone albo oddalone w całości - do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 1 albo ust. 2 pkt 1”, zaś § 8 ust. 2) ww. rozporządzenia, iż „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: 1) zamawiającego albo 2) uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, albo 3) zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Przystępujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia przelewu, na koszty postępowania odwoławczego Przystępującego składają się: wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.690 złotych oraz wydatki na opłatę skarbową od pełnomocnictw w wysokości 34 złote. Zważywszy na treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez drugiego pełnomocnika za uzasadniony koszt Przystępującego, a do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Przystępującego Izba mogła zaliczyć wynagrodzenie pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych.

W tym stanie rzeczy do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Przystępującego zaliczono wynagrodzenie radcy prawnego reprezentującego Przystępującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Mając na uwadze, że postępowanie odwoławcze zostało umorzone w części, a w pozostałej części zarzutów, w zakresie których Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów, odwołanie zostało przez Izbę oddalone w całości, Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Przystępującego koszty postępowania odwoławczego obejmujące ww. wynagrodzenie i wydatek.

Przewodniczący:.....