Sygn. akt: KIO 4025/25

WYROK

z dnia 28 października 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Justyna Tomkowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 października 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**22 września 2025 roku** przez wykonawcę **Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego:** wykonawcy **Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 3, art. 18 ust. 1 i art. 16 pkt 2 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia badania i oceny ofert, w tym udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Polkomtel w następującym zakresie:

a)utajniona części wyjaśnień ceny wraz z załącznikami do utajnionej części;

b)załączniki nr 1,2,4,5,7 do wyjaśnień ceny;

2.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3.kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i Zamawiającego - Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie** w następujący sposób**:**

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2.znosi wzajemnie między Stronami koszty składające się na wynagrodzenie pełnomocników;

3.3.zasądza od **Zamawiającego – Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Odwołującego - Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 750 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy siedmiuset pięćdziesięciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem ½ kwoty wpisu.

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

Przewodnicząca:

……

KIO 4025/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") pn. „Świadczenie kompleksowych usług telefonii komórkowej oraz Internetu bezprzewodowego na rzecz Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego". Ogłoszenie o zamówieniu nr 2025/BZP 00392367/01 ukazało się dnia
2025-08-26.

Dnia 22 września 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył podmiot Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący".

Powiadomienie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zostało opublikowane
w dniu 16 września 2025 roku, zatem odwołanie złożono z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości.

Odwołanie złożono od czynności i zaniechania czynności przez Zamawiającego polegających na :

1.Zaniechaniu odtajnienia następujących części wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Polkomtel Sp. z o.o. (dalej „Polkomtel”):

a) Utajnionej części wyjaśnień dotyczących ceny ofert wraz z załącznikami do utajnionej części oraz załączników nr 1,2,4,5,7 do wyjaśnień ceny,

-pomimo iż wykonawca Polkomtel nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

2.Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Polkomtel z uwagi na przedstawienie

w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, ewentualnie

3.Zaniechaniu wezwania wykonawcy Polkomtel do uzupełnienia następujących podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału

w postępowaniu:

a)wykazu usług,

b)dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych

w wykazie usług

-pomimo iż wykonawca ten nie przedstawił wszystkich wymaganych podmiotowych środków dowodowych, a przedstawione zawierały błędy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1.art. 18 ust. 3, art. 18 ust. 1 i art. 16 pkt 2 Pzp;

2.art. 109 ust. 1 pkt 10 w z zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp; ewentualnie

3.art. 128 ust.1 Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.Odtajnienia wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Polkomtel

w następującym zakresie:

a)utajnionej części wyjaśnień ceny wraz z załącznikami do utajnionej części oraz załączników nr 1,2,4,5,7 do wyjaśnień ceny,

3.Wykluczenie wykonawcy Polkomtel, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

i odrzucenie oferty Polkomtel z uwagi na to, że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, ewentualnie

4.Wezwanie wykonawcy Polkomtel do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych:

a)Wykazu usług zawierającego inną usługę w miejsce usługi zrealizowanej na rzecz Związku Zawodowego Maszynistów Kolejowych w Polsce, lub

b)Złożenie referencji potwierdzającej należyte wykonanie usług na rzecz NASK.

Odwołujący zaznaczył, że jako wykonawca, który złożył ofertę w postepowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jednocześnie na skutek zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Polkomtel, pomimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania i nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie udostępnił także w całości wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Polkomtel, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zaniechania Zamawiającego mogą spowodować szkodę po stronie Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów podniesiono, że Zamawiający wezwał wykonawcę Polkomtel 5 września 2025 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty.

Dnia 10 września wykonawca Polkomtel złożył wyjaśnienia. Następnie dnia 12 września 2025 r., po ocenie wyjaśnień ceny, Zamawiający wezwał wykonawcę Polkomtel do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust.1 ustawy. Wykonawca Polkomtel złożył podmiotowe środki dowodowe w odpowiedzi na wezwanie. Zamawiający 16 września 2025 r. dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił się po wyborze oferty najkorzystniejszej o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, Zamawiający nie udostępnił jednak całości wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Polkomtel.

Dodatkowo z udostępnionych podmiotowych środków dowodowych wynika,

że Zamawiający zaniechał wezwania do ich uzupełnienia, pomimo że nie potwierdzają one spełniania przez Polkomtel warunków udziału, a przy tym, że wykonawca Polkomtel, na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, które mogły wpłynąć na decyzje Zamawiającego.

Zarzut 1 – Zaniechanie udostępnienia całej treści wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Polkomtel

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, zgodnie z którym *„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”*.

Jak przyjmuje się w doktrynie oznacza to, 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”* (za: A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik,
A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 18.). 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.

Wykazując prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie można 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. „Dla owego «wykazania» nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. «Wykazanie», o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem «wykazania» należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. 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. Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nawet nie zastrzegł ich niejawnego charakteru ani tej okoliczności nie wykazał.

Stanowisko Odwołującego znajduje oparcie w orzecznictwie sądów powszechnych,
w tym wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dn. 1.10.2021 r. w sprawie o sygnaturze akt XXIII Zs 53/21.

Praktyka zastrzegania wyjaśnień z załącznikami w całości, a nawet z uzasadnieniem samego zastrzeżenia, powinna być oceniana jako wyjątkowo wadliwa (wyrok KIO z dn. 15.05.2023 r. sygn. KIO 1210/23). Nic zazwyczaj nie stoi na przeszkodzie, aby utajnić tylko fragment pisma lub załącznika, w którym rzeczywiście zawarte są cenne gospodarczo informacje, oraz dać treściwe i przekonujące uzasadnienie, dlaczego te konkretne informacje nie mogą zostać upowszechnione - w czym konkretnie dany wykonawca upatruje zagrożenia swoich interesów majątkowych i możliwości poniesienia szkody w razie upublicznienia newralgicznych informacji.

Wykazanie należy rozumieć w sposób zbliżony do „udowodnienia”. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, czy gołosłowne zapewnienie,
że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa (wyrok KIO z dn. 12 listopada 2024 r. w sprawie KIO 3903/24; wyrok KIO 3334/21, KIO 506/21, KIO 2284/19, KIO 1823/22 oraz 674/23, a także wyroki Sądu Zamówień Publicznych z 11 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz z 24 lutego 2022 r. w sprawie o sygnaturze akt XXIII Zs 133/21).

Podsumowując, zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyłączenie jawności, co do informacji składanych w toku postępowania, jak np. w wyjaśnieniach ceny stanowi wyjątek i nie może być interpretowana rozszerzająco.

Aby móc skorzystać z takiego wyjątku wykonawca musi spełnić ustawowe wymagania określone w art. 18 ust. 3 ustawy, tj. musi wykazać, że poszczególne zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Polkomtel nie spełnił wymagań ustawowych pozwalających na wyłączenie jawności w stosunku do informacji zawartych w złożonych przez niego wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty i załączników do tych wyjaśnień przede wszystkim:

1)Nie określił jakie konkretnie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

2)Utajnił całe dokumenty, a nie poszczególne informacje,

3)Nie wykazał, z jakiego względu poszczególne informacje mają wartość gospodarczą – poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach i powołał się na nieaktualne orzecznictwo.

Wykonawca Polkomtel nie wskazał, jakie konkretnie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a utajnił całe składane dokumenty: *„Zgodnie z pkt (19) „Zaznaczamy,*
że załączone wyjaśnienia (oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa) zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaprezentowane informacje posiadają wartość gospodarczą, gdyż ich rozpowszechnianie może zagrażać pozycji wykonawcy na rynku usług komunikacji elektronicznej".

Utajniony został cały dokument, lecz, że wykonawca jedynie zaznaczył, że dokument ten zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wskazując jednak, jakie to informacje.

Wyjaśnienia ceny nie mogą w całości stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż muszą w swojej treści odnosić się do przedmiotu zamówienia, w tym do szczególnego zakresu, o którego wyjaśnienia zwracał się Zamawiający.

Wezwanie z dn. 5 września 2025 r. nie tylko odnosiło się do kwestii wskazanych w art. 224 ust. 3 ustawy, lecz również następujących zagadnień: „*W szczególności, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia, czy usługi zdefiniowane w Rozdziale I, pkt 10 Załącznika nr 1 do SWZ – SOPZ o numerach 5, 6, 7 i 10, tj.: 5. Dodatkowy pakiet transmisji danych – na terenie UE 5 GB (ważny przez miesiąc od dnia aktywacji),6. Połączenia głosowe, wiadomości SMS i MMS w ramach roamingu – na terenie UE (ważne przez okres wskazany każdorazowo przy aktywacji), 7. Dodatkowy pakiet transmisji danych – świat/międzynarodowy (poza UE)*
2 GB (ważny przez miesiąc od dnia aktywacji) = 10. Usługa masowej wysyłki wiadomości MMS dla potrzeb Zamawiającego dla których to Wykonawca jako cenę jednostkową netto za jeden miesiąc świadczenia usługi wskazał 0,00 zł, zostały przez Wykonawcę uwzględnione przy realizacji przedmiotu zamówienia. Parafrazując, czy Wykonawca faktycznie ten zakres usług oferuje za 0,00 zł, czy może intencją Wykonawcy było wykazanie braku możliwości realizacji powyżej wskazanych usług.".

W konsekwencji, utajniona część wyjaśnień nie mogła stanowić w całości tajemnicy przedsiębiorstwa chociażby z tego względu, że musiała się odnosić do tego jawnego zakresu przedmiotu zamówienia, który nie stanowił tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Polkomtel, a był określony w jawnych dokumentach zamówienia.

Próżno szukać również w dalszej części uzasadnienia wskazania informacji, co do których ma zostać wyłączona jawność, z uwagi na to, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Polkomtel. Zamiast tego, wykonawca Polkomtel formułuje ogólne uwagi o charakterze informacji znajdujących się w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty, w pkt. (21) – (22) pisma. Wykonawca Polkomtel przedstawia elementy definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa lub w sposób gołosłowny zapewnia, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oświadcza, że *„Przekazywane informacje dotyczą one aspektów technicznych, technologicznych oraz przyjętych rozwiązań organizacyjnych przedsiębiorstwa w trakcie wykonywania zamówienia, tym samym informacje posiadają istotną wartość gospodarczą: odnoszą się do sposobu wykonania konkretnego zamówienia i naszego podejścia do realizacji zamówień, w tym zamówień publicznych podobnego rodzaju".*
Nie wyjaśnia, w jaki sposób jednak odnoszą się do sposobu wykonania zamówienia, z jakiego względu i jakie informacje odnoszą się do aspektów technicznych, technologicznych oraz przyjętych rozwiązań organizacyjnych przedsiębiorstwa w trakcie wykonywania zamówienia. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że przedmiotem zamówienia są standardowe usługi telekomunikacyjne, których realizacja jest regulowana prawnie. Wykonawca Polkomtel oświadcza również, że *„Przyjmuje się że zastrzegana technologia to metoda przygotowania i prowadzenia procesu wytworzenia lub przetwarzania jakiegoś dobra lub informacji. Informacje wskazane w powyższych dokumentach mają dla nas charakter technologiczny, gdyż dotyczą procesu realizacji usług stosowanego przez nas, a także prowadzonych metod działania, posiadanego zaplecza. Informacją organizacyjną przedsiębiorstwa są natomiast informacje na temat wyposażenia i sprzętu, osób zaangażowanych w realizację zamówienia, kosztów pracy, zaplecza sprzętowego i organizacyjnego, a także zawartych porozumień z kontrahentami, wynegocjowanych cen, pozwalających na przygotowanie konkurencyjnej oferty i budowy przewagi nad konkurencją. Wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur stosowanych przy kalkulacji ceny ofertowej jak i realizacji zamówienia, wymagało poniesienia przez nas zaangażowania czasowego i finansowego, które jako wartość gospodarczą mamy prawo chronić. Dane kontrahentów jak i warunki na których wykonywane jest świadczenie (podwykonawstwo, dostawy, usługi) posiadają niewątpliwie wartość gospodarczą, jako odnoszące się wprost informacji o charakterze finansowym i handlowym i z tego względu winny być traktowane są jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa".* Również tutaj wykonawca Polkomtel wskazuje, jakiego rodzaju informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie z jakich przyczyn poszczególne utajniane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Polkomtel.

Ta część uzasadnienia jest tym bardziej niezrozumiała, skoro przedmiotem zamówienia są standardowe usługi, nie wymagające opracowania żadnej szczególnej technologii przez wykonawcę Polkomtel.

Jeśli zaś chodzi o kontrahentów, to należy zwrócić uwagę na to, że jedną z przyczyn ochrony informacji ma być to, że dotyczą one podwykonawców, podczas gdy, zgodnie z pkt 7 Formularza oferty Polkomtel, wykonawca ten nie będzie korzystał z podwykonawców w czasie realizacji zamówienia.

Dodatkowo wykonawca Polkomtel oświadcza, że:*„Ujawnienie zastrzeżonych poniżej informacji skutkowałoby bezpośrednim dostępem do nich ścisłych konkurentów wykonawcy,*
a uzyskane informacje mogliby oni wykorzystać przeciwko nam, czemu właśnie ma przeciwdziałać sama ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy wskazać,
że znaczenie gospodarcze posiadają nie tylko pojedynczo przedstawione dane, ale także informacje łączne charakteryzujące prowadzoną przez nas działalność, czy przyjętą strategię finansową”. Znów jest to ogólnikowe stwierdzenie, nie odnoszące się do konkretnych informacji, a przy tym nie wyjaśniające, w jaki sposób informacje mogłyby zostać wykorzystane przez konkurencję, nie wspominając o tym, w jaki sposób poszczególne konkretne informacje mogłyby zostać wykorzystane przez konkurentów.

Co do uzasadnienia przyczyn, dla których poszczególne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca Polkomtel nie przedstawia żadnego dodatkowego uzasadnienia poza przytoczeniem orzecznictwa: wyroków wydanych jeszcze na gruncie obowiązywania poprzedniej ustawy.

Niezależnie od ogólnikowego i sztampowego charakteru uzasadnienia tajemnicy zawartego w pkt. (21) – (23), łączy je podstawowy problem, nie określono, jakich informacji dotyczy i które informacje, z jakich przyczyn stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Polkomtel.

Zamawiający nie tylko źle ocenił uzasadnienie utajnienia poszczególnych informacji, lecz, że w istocie w ogóle nie dokonał oceny, ponieważ nie mógł ocenić, czy uzasadnienie objęcia tajemnicą danej informacji jest prawidłowe, skoro nie wiedział, której informacji dotyczy uzasadnienie. Nie jest rolą Zamawiającego ustalanie, jakie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i z jakich przyczyn. Rolą Zamawiającego jest ocena, czy poprzez uzasadnienie wyłączenia jawności poszczególnych informacji wykonawca wykazał,
że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do dokumentów potwierdzających ochronę informacji i ich utajnienia,
to załącznik nr 1 – wyciąg z umowy o pracę nie powinien być utajniony, a przynajmniej nie
w całości i nie w części odnoszącej się do klauzuli poufności, gdyż w samym uzasadnieniu wykonawca Polkomtel wskazuje, że znajduje się tam klauzula poufności *(„Przestrzegane są zarówno przez Spółkę jak i jej pracowników zasady wykorzystywania takich informacji, w tym poprzez stosowanie klauzul zobowiązujących do zachowania poufności co do zakresu działalności Spółki jak i jej kontrahentów. W załączeniu przekazujemy wzór klauzuli umownej, która jest zamieszczona w umowach o pracę w Spółce stanowiący załącznik nr 1– wyciąg*
z umowy objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa”).

Uzasadnienie wyłączenia jawności załączone do wyjaśnień ceny nie spełnia wymagań, jakie nakłada na wykonawcę art. 18 ust. 3 ustawy, w tym z uwzględnieniem rozumienia tych wymagań wypracowanego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a także doktryny. Odnoszą się do całych dokumentów, opierają się na ogólnikowych stwierdzeniach, które opisują jakie rodzaje informacji mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co do zasady,
a nie stanowią wyjaśnienia z jakich względów poszczególne utajniane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w przeważającej części bazują na wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, które zapadły jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy. Przede wszystkim jednak wykonawca Polkomtel nie wskazał do jakich konkretnie, poszczególnych informacji nawet to ogólnikowe uzasadnienie się odnosi, a zakres wezwania był taki, że cała treść wyjaśnień nie mogła stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa Polkomtel. W konsekwencji nie ma nawet możliwości przypisania uzasadnienia do konkretnych utajnianych informacji
i w efekcie oceny prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający uznając, że utajniona część wyjaśnień ceny stanowi w całości tajemnicę przedsiębiorstwa nie mógł tego zrobić w oparciu o błędną ocenę uzasadnienia tajemnicy, lecz musiał tego dokonać bez oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Polkomtel względem poszczególnych utajnianych informacji przez tego wykonawcę.

W konsekwencji należy uznać odmowę udostępnienia całej treści wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Polkomtel wraz z załącznikami za naruszenie art. 18 ust. 3,
a przez to również zasady jawności i przejrzystości postepowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 18 ust. 1 i art. 16 pkt 2 ustawy).

<u>Zarzut 2 – Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Polkomtel i odrzucenia oferty wykonawcy Polkomtel</u>

Zamawiający przewidział w postępowaniu przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy.

Zgodnie z Roz. V ust. 2 SWZ*„Wykluczeniu z postępowania podlegają Wykonawcy, wobec których zachodzą okoliczności określone w: 1) art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 4) - 10) ustawy Pzp; 2) art. 7 ust. 1 ustawy*

sankcyjnej."

W konsekwencji Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy, który*:*
„w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd,
co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia" (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy).

Jak przyjmuje się w doktrynie: *„Na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.*
z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który
w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd,
co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przypadku wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań,
ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Przy wykazaniu wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji, należy mieć na uwadze art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, kiedy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (zob. uzasadnienie wyroku SN z 10.03.2004 r., IV CK 151/03, LEX nr 151642). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż z art. 355 § 2 k.c. wynika, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać co do zasady wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa podmiotowe środki dowodowe we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

Samo podanie nieprawdziwych informacji nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy, niezbędne jest jeszcze wystąpienie skutku w postaci wprowadzenia zamawiającego w błąd. Wprowadzenie w błąd polega na tym, iż dana osoba (sprawca) swoimi podstępnymi zabiegami doprowadza drugą osobę (pokrzywdzonego) do mylnego wyobrażenia o określonym stanie rzeczy. Za błąd w znaczeniu potocznym należy uznać niezgodność między obiektywną rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości człowieka, czyli mylne wyobrażenie o rzeczywistym stanie spraw lub brak takiego wyobrażenia. Uzasadnienie lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego ma dużo lżejszy charakter i obejmuje przypadki braku staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Wykonawca, przygotowując ofertę, powinien dochować staranności i ostrożności, składając oświadczenia chociażby
w jednolitym dokumencie. W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od wykonawcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny.

Wykonawca Polkomtel nie dochował należytej staranności i wykazał się, co najmniej niedbalstwem, gdyż podał, że usługa realizowana na rzecz Związku Zawodowego Maszynistów Kolejowych w Polsce trwała co najmniej 24 miesiące podczas, gdy trwała niecałe 24 miesiące, co było sprzeczne nawet z informacjami zawartymi w referencji dotyczącej tej usługi składanymi przez tego wykonawcę w tym konkretnym postępowaniu.

Skoro względem wykonawcy Polkomtel zaistniała przesłanka wykluczenia, to jego oferta powinna zostać wykluczona.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu: *„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje należycie, co najmniej dwie usługi, każda z nich polegająca na: - świadczeniu usług telefonii komórkowej*
i Internetu bezprzewodowego przez okres co najmniej 24 miesięcy,
- obejmująca co najmniej 1 000 numerów, - o wartości co najmniej 150 000,00 zł brutto.".

Wykonawca Polkomtel w wykazie usług wskazał usługę świadczoną na rzecz Związku Zawodowego Maszynistów Kolejowych w Polsce i oświadczył, że trwała ona co najmniej 24 miesiące. Jednak z treści referencji

wynika, iż usługa ta trwała niecałe 24 miesiące, gdyż była wykonywana między 17 maja 2021 r. a 16 maja 2023 r. W konsekwencji należy stwierdzić, że doszło co najmniej do niedbalstwa, gdyż wykonawca, do którego należy stosować wzorzec staranności właściwy dla profesjonalisty, nie zweryfikował nawet zakresu świadczonych usług z referencją. Oznacza to, że wykonawca Polkomtel przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd i nastąpiło to w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Wykonawca nie zweryfikował zakresu świadczonych usług z dostępnymi mu dokumentami, w tym
z dokumentami, które i tak musiał złożyć w toku postępowania. Były to informacje, które mogły wpłynąć na decyzje Zamawiającego w postępowaniu, gdyż zostały przedstawione jako potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co więcej wprowadziły Zamawiającego w błąd, gdyż nie zakwestionował on tych informacji i uznał, że wykonawca Polkomtel spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca Polkomtel przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na skutek nie dochowania należytej staranności, a w szczególności staranności jaką można przypisać podmiotowi profesjonalnemu jak wykonawca Polkomtel, wykonawca ten oświadczył, że usługa podana jako potwierdzająca spełnianie warunków udziału w postępowaniu trwała co najmniej 24 miesiące, podczas gdy w rzeczywistości trwała niecałe 24 miesiące, co wynikało
z dokumentów złożonych przez tego wykonawcę.

W konsekwencji, względem tego wykonawcy zachodziła przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy i powinien on zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

Zarzut 3 – Zaniechanie wezwania wykonawcy Polkomtel do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (ewentualny)

W przypadku uznania, że wykonawca Polkomtel nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, wykonawca ten powinien zostać wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej, gdyż nie złożył wszystkich podmiotowych środków dowodowych, a złożone zawierają błędy i nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”.

W odniesieniu do ustalenia jak rozumieć użyte w art. 128 ust. 1 Pzp sformułowanie „zawierające błędy” w wyroku KIO z 20.09.2021 r., KIO 2263/21, podkreślono,
że z dokumentem lub oświadczeniem zawierającym błędy mamy do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie potwierdza spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Zatem gdy złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe, np. wykaz robót budowlanych, wykaz usług, referencje itp., nie potwierdzają spełniania warunków udziału
w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady aktualizuje się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia. Z kolei w wyroku KIO z 21.02.2024 r., KIO 353/24, LEX nr 3702044, Izba wskazała, że za błędny należałoby uznać dokument, w którym np. wykonawca oświadcza, że legitymuje się określonym doświadczeniem, ale opis tego doświadczenia nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu – jednak podawane informacje są zgodne z prawdą (po prostu wykonawca podał doświadczenie o zbyt małej wartości, zakresie lub z innych względów nieodpowiadające treści warunku udziału ewentualnie nie przedstawił w opisie doświadczenia wszystkich elementów pozwalających na jego zweryfikowanie pod kątem zgodności z warunkiem). W takiej sytuacji zasadne jest skorzystanie z art. 128 ust. 1 Pzp i wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Natomiast przepis art. 128 ust. 1 Pzp nie znajduje zastosowania, gdy złożone dokumenty lub oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje (za: A. Gawrońska-Baran [w:]
E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2025, art. 128).

Wykonawca Polkomtel złożył wykaz usług, w którym powołał się na usługę nie spełniającą warunku udziału w postępowaniu (ze względu na okres świadczenia usługi),
a także nie złożył referencji potwierdzającej należyte wykonanie usługi dla NASK.

W konsekwencji, o ile przyjąć, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy Polkomtel to Zamawiający był zobowiązany do wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu: *„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje należycie, co najmniej dwie usługi, każda z nich polegająca na: - świadczeniu usług telefonii komórkowej i Internetu bezprzewodowego przez okres co najmniej 24 miesięcy,*

- obejmująca co najmniej 1 000 numerów, - o wartości co najmniej 150 000,00 zł brutto.”.

Pierwsza usługa była zrealizowana na rzecz Urzędu Miasta Krakowa i załączono referencję potwierdzającą jej należyte wykonanie.

Druga była zrealizowana na rzecz Związku Zawodowego Maszynistów Kolejowych w Polsce i nie spełniała wymagań określonych w warunku trwała niecałe 24 miesiące, o czym mowa wyżej w uzasadnieniu do zarzutu nr 2.

Trzecia świadczona była na rzecz NASK, ale wykonawca nie przedstawił dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie tej usługi.

W konsekwencji, mimo podania w wykazie trzech usług, tylko jedna potwierdzała spełnianie warunku udziału. W związku z powyższym, Zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia referencji na rzecz NASK lub podania w wykazie innej usługi niż zrealizowana na rzecz Związku Zawodowego Maszynistów Kolejowych w Polsce.

Ponieważ złożone przez wykonawcę Polkomtel podmiotowe środki dowodowe zawierają błędy (nie potwierdzają spełniania warunków) i wykonawca ten nie złożył wszystkich podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, to Zamawiający zobowiązany był do wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Zaniechanie wezwania doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający wybrał wykonawcę, co do którego nie zweryfikował, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, z pominięciem wezwania, do którego był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy.

Z tych względów Odwołujący wnosił o uznanie odwołania za zasadne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał interes we wniesieniu odwołania i możliwość poniesienia szkody w postaci utraty zamówienia i osiągnięcia zysku. Wybór oferty innego Wykonawcy jako najkorzystniejszej spowodował, że Odwołujący nie może uzyskać zamówienia. Odwołujący wskazuje w zarzutach na zaniechanie odrzucenia oferty wybranej z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do potwierdzenia spełniania warunku udziału oraz zaniechanie udostępnienia przez Zamawiającego złożonych przez Przystępującego wyjaśnień cenowych, których ocena może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył Wykonawca Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący popierał jego stanowisko.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp wezwał Polkomtel do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych. Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy cena zaoferowana przez Wykonawcę oraz jej istotne części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podniósł, iż cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, a także średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych. W szczególności, Zamawiający wezwał do wyjaśnienia, czy usługi zdefiniowane w

Rozdziale I, pkt 10 Załącznika nr 1 do SWZ – SOPZ o numerach 5, 6, 7 i 10, tj.:

5. Dodatkowy pakiet transmisji danych – na terenie UE 5 GB (ważny przez miesiąc od dnia aktywacji)

6. Połączenia głosowe, wiadomości SMS i MMS w ramach roamingu – na terenie UE (ważne przez okres wskazany każdorazowo przy aktywacji)

7. Dodatkowy pakiet transmisji danych – świat/międzynarodowy (poza UE) 2 GB (ważny przez miesiąc od dnia aktywacji)

10. Usługa masowej wysyłki wiadomości MMS dla potrzeb Zamawiającego, dla których to Wykonawca jako cenę jednostkową netto za jeden miesiąc świadczenia usługi wskazał 0,00 zł, zostały przez Wykonawcę uwzględnione przy realizacji przedmiotu zamówienia. Parafrazując, czy Wykonawca faktycznie ten zakres usług oferuje za 0,00 zł, czy może intencją Wykonawcy było wykazanie braku możliwości realizacji powyżej wskazanych usług.

Ponadto podano, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający zaznaczył, iż obowiązek wykazania, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”*. Dodatkowo, zgodnie
z treścią z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: *„Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”*.

Wezwany Wykonawca złożył wyjaśnienia zawierające część jawną i niejawną.

W części jawnej wyjaśniono, iż zaproponowana cena łączna oferty, jak i ceny jednostkowe nie mają charakteru rażąco niskiej. Są to ceny rynkowe, odpowiadające wartości świadczeń objętych zamówieniem. Oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ oraz obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. W szczególności podkreślono, że usługi zdefiniowane
w Rozdziale I, pkt 10 Załącznika nr 1 do SWZ – SOPZ o numerach 5, 6, 7 i 10, tj.:

5. Dodatkowy pakiet transmisji danych – na terenie UE 5 GB (ważny przez miesiąc od dnia aktywacji);

6. Połączenia głosowe, wiadomości SMS i MMS w ramach roamingu – na terenie UE (ważne przez okres wskazany każdorazowo przy aktywacji);

7. Dodatkowy pakiet transmisji danych – świat/międzynarodowy (poza UE) 2 GB (ważny przez miesiąc od dnia aktywacji);

10. Usługa masowej wysyłki wiadomości MMS dla potrzeb Zamawiającego,

dla których została zaoferowana cena jednostkowa 0,00 zł netto za jeden miesiąc świadczenia usługi, zostały uwzględnione przy realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie
z wymaganiami SWZ, tj. zostaną zrealizowane zgodnie z wszystkimi wymaganiami zamawiającego za cenę określoną w ofercie.

Podkreślono, że ceny obejmują pełny zakres merytoryczny przedmiotu zamówienia.
W cenie oferty, jak i w cenie abonamentu uwzględniono wszystkie koszty związane
z wykonywanymi usługami. Zawarte w ofercie ceny mają charakter rynkowy, (…). Biorąc pod uwagę wskazywane okoliczności, brak jest w ocenie Wykonawcy podstaw wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie cen.
Dalej podano, że punktem odniesienia do wartości zamówienia jest kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Już nawet pobieżna analiza wysokości ofert oraz wartości zamówienia wskazuje na to, iż nie tyle oferta Polkomtel jest rażąco niska, co wartość przedmiotu zamówienia jest zawyżona. W postępowaniu zostały złożone dwie zbliżone do siebie oferty, znacząco odbiegające od wartości zamówienia. Natomiast jedna ze złożonych

ofert zawiera cenę przewyższającą kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia i dwukrotnie wyższą niż cena oferty Polkomtel. Zatem brak jest przesłanek do porównywania ceny oferty z wartością zamówienia. Podobnie, brak jest podstaw do porównywania ceny oferty ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert.
Zauważono, że Zamawiający nie wyjaśnia dlaczego złożona oferta budzi jego wątpliwości. Zamawiający w wezwaniu odwołuje się wyłączenie do przesłanek ustawowych stanowiących podstawę wezwania. Nie przedstawia natomiast żadnych argumentów uprawdopodabniających, że Polkomtel nie jest wstanie wykonać zamówienia za cenę podaną w ofercie.

Część niejawną przedstawiono Zamawiającemu w odrębnym pliku. Polkomtel zaznaczył, że załączone wyjaśnienia (oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa) zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaprezentowane informacje posiadają wartość gospodarczą, gdyż ich rozpowszechnianie może zagrażać pozycji wykonawcy na rynku usług komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się:
I• informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
II• 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.

Charakter informacji.

Przekazywane informacje dotyczą one aspektów technicznych, technologicznych oraz przyjętych rozwiązań organizacyjnych przedsiębiorstwa w trakcie wykonywania zamówienia, tym samym informacje posiadają istotną wartość gospodarczą: odnoszą się do sposobu wykonania konkretnego zamówienia i podejścia do realizacji zamówień, w tym zamówień publicznych podobnego rodzaju. Z uwagi na funkcjonowanie Spółki na konkurencyjnym rynku ujawnienie informacji zastrzeżonych mogłoby wpłynąć niekorzystnie na naszą sytuację
w ubieganiu się o kolejne zamówienia o analogicznym lub zbliżonym przedmiotowo zakresie.

Przyjmuje się że zastrzegana technologia to metoda przygotowania i prowadzenia procesu wytworzenia lub przetwarzania jakiegoś dobra lub informacji. Informacje wskazane
w powyższych dokumentach mają dla nas charakter technologiczny, gdyż dotyczą procesu realizacji usług stosowanego przez nas, a także prowadzonych metod działania, posiadanego zaplecza. Informacją organizacyjną przedsiębiorstwa są natomiast informacje na temat wyposażenia i sprzętu, osób zaangażowanych w realizację zamówienia, kosztów pracy, zaplecza sprzętowego i organizacyjnego, a także zawartych porozumień z kontrahentami, wynegocjowanych cen, pozwalających na przygotowanie konkurencyjnej oferty i budowy przewagi nad konkurencją. Wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur stosowanych przy kalkulacji ceny ofertowej jak i realizacji zamówienia, wymagało poniesienia przez nas zaangażowania czasowego i finansowego, które jako wartość gospodarczą mamy prawo chronić. Dane kontrahentów jak i warunki na których wykonywane jest świadczenie (podwykonawstwo, dostawy, usługi) posiadają niewątpliwie wartość gospodarczą, jako odnoszące się wprost informacji o charakterze finansowym i handlowym i z tego względu winny być traktowane są jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ujawnienie zastrzeżonych poniżej informacji skutkowałoby bezpośrednim dostępem do nich ścisłych konkurentów wykonawcy, a uzyskane informacje mogliby oni wykorzystać przeciwko nam, czemu właśnie ma przeciwdziałać sama ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy wskazać, że znaczenie gospodarcze posiadają nie tylko pojedynczo przedstawione dane, ale także informacje łączne charakteryzujące prowadzoną przez nas działalność, czy przyjętą strategię finansową.

Brak informacji w przestrzeni publicznej.

Prezentowane informacje zostały zebrane na potrzeby tego konkretnego postępowania. Mają charakter dedykowany, nie są publicznie prezentowane. Tego rodzaju informacje nie są ujawniane na zewnątrz i są konsekwentnie zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa Spółki. W ocenie Spółki brak jest możliwości uzyskania informacji poufnych w zwykłym toku czynności. Tym samym nie stanowią one informacji ogólnie dostępnych, do których miałby dostęp każdy w toku zwykłych – nie wymagających szczegółowych działań - czynności.

Odwołując się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawiane informacje ze względu na ich stopień szczegółowości zasługują na zachowanie poufności, gdyż jako całość nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Wykonawca podjął wnikliwą analizę w zakresie tego, jakie informacje mają szczególne znaczenie z poszanowaniem zasady jawności postępowania

o udzielenie zamówienia (informacje jawne zostały przedstawione w części jawnej wyjaśnień).

Podjęte działania celem zachowania niejawności informacji.

Wykonawca podjął również działania w celu zachowania poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Przestrzegane są zarówno przez Spółkę, jak i jej pracowników zasady wykorzystywania takich informacji, w tym poprzez stosowanie klauzul zobowiązujących do zachowania poufności co do zakresu działalności Spółki jak i jej kontrahentów. W załączeniu przekazano wzór klauzuli umownej, która jest zamieszczona w umowach o pracę w Spółce stanowiący **załącznik nr 1**– wyciąg z umowy objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa.

Poza zabezpieczeniami o charakterze organizacyjnym, Spółka stosuje również rozwiązania techniczne ukierunkowane na zabezpieczenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki przed nieuprawnionym dostępem (zabezpieczenia fizyczne/zabezpieczenia informatyczne). W załączeniu przekazano uchwałę Zarządu oraz wyciąg z regulaminu pracy zawierający uregulowania dot. niektórych działań podejmowanych przez Spółkę w celu zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki, stanowiące **załącznik nr 2** – wyciąg z regulaminu pracy wraz z uchwałą Zarządu objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa.

W 2021 roku Polkomtel wdrożył System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji (SZBI) zgodny z normą PN-EN ISO/IEC 27001:2017-06, który wspomaga ochronę przetwarzanych przez nas danych. Wdrożone procedury zapewniają:

• nadzór nad zarządzaniem bezpieczeństwem informacji;
• zapewnienie że są spełnione wymogi prawne dotyczące ochrony przetwarzania informacji;
• szybka identyfikacja błędów i niezgodności z wymaganiami normy oraz nadążanie za ich aktualizacjami;
• zapewnienie wysokiej świadomości wśród pracowników odnośnie zachowania bezpieczeństwa informacji;
• zapewnienie bezpieczeństwa interesów w wyniku poprawnie funkcjonującego systemu.

Aby zapewnić zachowanie bezpieczeństwa informacji, każdy zatrudniony pracownik przechodzi cykliczne specjalistyczne szkolenia, a jego wiedza w tym zakresie musi zostać potwierdzona zaliczeniem testów. Władze Spółki kładą duży nacisk nie tylko na dobre funkcjonowanie SZBI i jego ciągłe doskonalenie, dlatego rozwiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji uwzględniamy w całym cyklu życia systemów i usług – od fazy projektowej po kolejne wdrożenia. Instytucją nadzoru przeprowadzającą audyt i wydanie dla Polkomtel Sp. z o.o. certyfikatów ISO jest firma DEKRA Certification. W załączeniu przekazano kopię certyfikatu ISO, który stanowi **załącznik nr 3**.

W podsumowaniu podkreślono, że w orzecznictwie KIO za jednolity uważany jest pogląd o dopuszczalności zastrzegania niejawności szczegółowego uzasadnienia wysokości oferowanej ceny (Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r. KIO 476/15;):*wyjaśnienia zawierają szczegółowe kalkulacje stawek jednostkowych oraz wskazują jakimi założeniami kierował się wykonawca konsorcjum firm Mott przy kalkulacji poszczególnych tych stawek jednostkowych, kalkulacje są z kolei konsekwencja dostępnego dla konsorcjum firm Mott kręgu kontrahentów i dostawców. (…) W tym stanie rzeczy w ocenie Izby konsorcjum firm Mott prawidłowo skorzystało z ustawowego wyjątku od zasady jawności, a zamawiający prawidłowo ocenił czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie dopuszczając się naruszenia przepisów ustawy".*

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany jest pogląd, iż „*wyjaśnienia, jak i dowody, o których mowa w art. 90 PZP, stanowią integralną cześć oferty, zatem mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust 3 PZP, jeżeli ich charakter spełnia wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Jak dodała Izba w wyroku z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 149/16: *W ocenie Izby, niewątpliwie informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą dla konsorcjum, w szczególności dotyczy to takich zagadnień jak: organizacja pracy, logistyka, koszty wykonywania usług, wysokość zysku, kontakty z kontrahentami, ceny uzyskane za podwykonawstwo, ceny materiałów, wielkość rabatów, źródła dostaw. Ponadto sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizacje zysków stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotna dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy, organizacje pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągniecie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny wypracowywane przez kilka lat, w oparciu o doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracy ze sprawdzonymi podwykonawcami posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą, mają wpływ na utrzymanie jego konkurencyjności na rynku. Źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarcza, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie*

ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie
i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia - wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić.

Także uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być oceniane indywidualnie, w odniesieniu do sytuacji konkretnego wykonawcy oraz konkretnego postępowania: *Może się bowiem okazać, że w jednym przypadku konieczne będzie powołanie licznych dowodów,*
w innym zaś przypadku wystarczyć może samo wyjaśnienie. Istotne jest, aby wykonawca sprostał dyspozycji omawianego przepisu, tj. wykazał, że zastrzeżenie jest zasadne.

Reasumując, Polkomtel zasadnie chroni zaprezentowane informacje dotyczące sposobu ukształtowania ceny oferty.

Biorąc powyższe ustalenia Izba uznała, że zarzut nr 1 zasługiwał na uwzględnienie.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych
z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, *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.*

W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „*Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art.*
8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika więc, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK w odniesieniu do określonych informacji.

Przywołany art. 11 ust. 2 UZNK definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako 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.

Na konieczność wymagania przez zamawiającego, aby podmiot zastrzegający informację jako poufną wykazał przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa wskazywał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 17 listopada 2022 r. wydanym w sprawie C-54/21 (Antea Polska S.A. przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie). W motywie 65 tego wyroku Trybunał zwrócił bowiem uwagę, że *W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 117).* Podobnie w motywie 117 wyroku z 7 września 2021 r. wydanego w sprawie

C-927/19 (Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras) Trybunał wskazał, że *Jednakże, jak zauważył w istocie rzecznik generalny w pkt 40 i 41 opinii, instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne. Wykonawca taki musi bowiem wykazać, że informacje, których ujawnieniu się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter, na przykład poprzez dowiedzenie, że obejmują one tajemnice techniczne lub handlowe, że ich treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji lub że ich ujawnienie mogłoby przynieść mu szkodę.*

Samo uznawanie w orzecznictwie, że pewnego rodzaju informacji za mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, nie oznacza, że Wykonawca nie jest w takim przypadku zobowiązany wyjaśnić podstaw zastrzeżenia. Zastrzeżenie to następuje w konkretnym przypadku, a informacje zastrzegane są charakterystyczne dla tego konkretnego podmiotu, czyli inaczej rodzaj informacji z góry nie przesądza o stanowieniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest tak, że określony rodzaj informacji *a priori* dla każdego podmiotu będzie stanowił tajemnicę przedsiębiorstwa. O skuteczności zastrzeżenia stanowi jego uzasadnienie a nie sam charakter danej informacji. Z orzecznictwa płynie wniosek, że pewne kategorie informacji, częściej niż inne (np. kalkulacja, źródło zbytu) mogą wpisywać się w przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa, właśnie o ile zostaną należycie wykazane i uzasadnione.

Wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać istnienie określonych okoliczności (a tym samym także w art. 11 ust. 2 UZNK) w odniesieniu do poszczególnych informacji, których dotyczy przedmiotowe zastrzeżenie, tj. musi wykazać, 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 ich w poufności,

a w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą" także posiadanie wartości gospodarczej przez tą informację.

Izba zauważa także, że badaniu podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez Wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie ocenia natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięciem Izby objęta jest odpowiedź na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie.

Rolą Zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca obowiązkowi wykazania sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sfomułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania", oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już

z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą" *(S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaj Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5)*.

W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu,

że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na

zaoszczędzenie określonych kosztów. Ponadto informacja musi mieć wartość gospodarczą w sposób obiektywny, nie wystarczy do tego oderwane od rzeczywistości, subiektywne przeświadczenie samego wykonawcy, że tak jest. Wreszcie wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.

Na konieczność omówienia i wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji, zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w swym wyroku z 11 grudnia 2024 r. wydanym w sprawie o sygn. akt II CSKP 1808/22. Sąd Najwyższy wskazał, 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 skutkuje obowiązkiem odtajnienia tych*
z informacji, które zostały przez wykonawcę pominięte w uzasadnieniu. Wykonawca winien więc nie tylko wyjaśnić, ale także wykazać ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, w wyroku tym Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał także, że obowiązkiem zamawiającego nie jest samodzielne poszukiwanie powodów utajnienia każdej z zastrzeganych informacji. Sąd ten uznał, że *Do Zamawiającego nie należy ocena czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie czy wykonawca, który tak twierdzi, wywiązał się*
z obowiązków przewidzianych w przepisach i powyższe wykazał.

W przypadku zastrzeżenia informacji w wyjaśnieniach Przystępującego w pierwszej kolejności zaznaczył on, że *„Przekazywane informacje dotyczą one aspektów technicznych, technologicznych oraz przyjętych rozwiązań organizacyjnych przedsiębiorstwa w trakcie wykonywania zamówienia, tym samym informacje posiadają istotną wartość gospodarczą: odnoszą się do sposobu wykonania konkretnego zamówienia i naszego podejścia do realizacji zamówień, w tym zamówień publicznych podobnego rodzaju. Z uwagi na funkcjonowanie Spółki na konkurencyjnym rynku ujawnienie informacji zastrzeżonych mogłoby wpłynąć niekorzystnie na naszą sytuację w ubieganiu się o kolejne zamówienia o analogicznym lub zbliżonym przedmiotowo zakresie. (….) Wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur stosowanych przy kalkulacji ceny ofertowej jak i realizacji zamówienia, wymagało poniesienia przez nas zaangażowania czasowego*
i finansowego, które jako wartość gospodarczą mamy prawo chronić. Dane kontrahentów jak i warunki na których wykonywane jest świadczenie (podwykonawstwo, dostawy, usługi) posiadają niewątpliwie wartość gospodarczą, jako odnoszące się wprost informacji
o charakterze finansowym i handlowy (…)”.

Zdaniem Izby Przystępujący upatruje swojej przewagi rynkowej we własnym doświadczeniu zdobytym na rynku zamówień publicznych i wprowadzonych rozwiązaniach organizacyjnych, co wiązać się ma z wartością gospodarczą danych informacji.

Zatem możliwość poznania sposobu kalkulacji ceny w ofercie przez konkurentów Przystępującego nie oznacza jeszcze, że utraci on tę przewagę w przyszłości. Przystępujący nie wyjaśnił także szczegółowo w jaki sposób jego know-how wypracowanych zasad organizacyjnych przekłada się na złożone Zamawiającemu wyjaśnienia. Z uzasadnienia zastrzeżenia nie wynika, że Przystępujący powołuje się na jakieś szczególne zasady, niedostępne dla innych wykonawców na danym rynku. Sam Zamawiający zaznaczył,
że z wyjaśnień Odwołującego i Przystępującego wynika przyjęcie odmiennej metodologii kalkulacji dla przedmiotu zamówienia. Pokazuje to, że na danym rynku funkcjonują podmioty w odmienny sposób prowadzące politykę handlową. Jednak takie działania nie mogą prowadzić do uniemożliwienia konkurencji zbadania prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Nie taki jest bowiem cel chronienia informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co do wyszukiwania i nawiązywania kontaktów handlowych także nie wytłumaczono
w jaki sposób ich poznanie przez innych Wykonawców może wpłynąć negatywnie na Przystępującego. Wielokrotnie w orzecznictwie podkreśla się, że jeżeli dany podmiot dysponuje takim zasobem kontaktów biznesowych, które dają mu przewagę, to poznanie źródeł tych kontaktów nie wpłynie negatywnie na pozycję danego wykonawcy. Skoro współpraca jest wynikiem wieloletnich wspólnych działań, nie ma możliwości by inny podmiot od razu uzyskał takie same lub lepsze warunki współpracy. Przystępujący ograniczył się do stwierdzenia, że *„uzyskane informacje mogliby oni wykorzystać przeciwko nam”.* Nie wyjaśnił jednak w jaki sposób, a użyte sformułowanie nie przywodzi raczej na myśl próby podjęcia współpracy z takim podmiotem trzecim, ale jakieś nielegalne lub naganne działania konkurencji.

Takie opisanie spełnienia posiadania przez informacje wartości gospodarczej dla Wykonawcy Izba uznaje za niewystarczające. Wartość gospodarcza to wartość informacji
w obrocie, pozwalająca wycenić informację i ująć ją w postaci danych o wymiarze finansowym, co nie zawsze należy utożsamiać z koniecznością podania określonej wartości liczbowej. Istotne jest, by Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wyjaśnił w jakich elementach składanych zamawiającemu wyjaśnień ją upatruje, do jakich wymiernych elementów należy tę wartość odnosić. Wartość ta winna mieć niewątpliwie wymiar obiektywny. Przejawem

tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Przystępujący nie wyjaśnił, na czym polega ani w jaki sposób wymierny na jego pozycję na danym rynku przekłada się wartość zastrzeżonej informacji.

Przypomnieć także należy, iż nie jest rolą Zamawiającego dochodzenie, które informacje z szeregu przedstawionych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca uważa za przedstawiające rzeczywistą wartość gospodarczą i jak należy identyfikować tę wartość. To na Wykonawcy spoczywał obowiązek, zgodnie z którym miał On w uzasadnieniu zastrzeżenia dokonać wykazania przesłanek umożliwiających z uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, by Zamawiający bez większych problemów mógł te dane zidentyfikować.

Izba zgadza się, że Przystępujący właściwie wyjaśnił, że zastrzeżone informacje nie są łatwo dostępne i nie funkcjonują w przestrzeni publicznej. Obowiązkiem podmiotu zastrzegającego informacje jest wykazanie, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Wykazanie tego elementu koniecznego do uznania informacji za poufne nie wynika z uzasadnienia Przystępującego. Przystępujący w uzasadnieniu wskazał, że podjął działania celem zachowania poufności informacji ale ich nie podał. Izba nie podziela stanowiska wynikającego z uzasadnienia zastrzeżenia, że załączniki potwierdzające takie działania podlegają ochronie.

W przypadku załącznika nr 1 Przystępujący jasno podaje, że załącznik zawiera jedynie wzór klauzuli umownej, która jest zamieszczana w umowach o pracę. Nie jest to więc dokument o zindywidualizowanym charakterze, a raczej przykład zapisów stosowanych przez Przystępującego. W ocenie Izby nie zawiera on informacji, które mogą negatywnie odbić się na pozycji Przystępującego. Treść stosowanych klauzul ma charakter uniwersalny, wywodzący się z przepisów prawa pracy czy prawa handlowego. Przystępujący nie wykazał, że, dokument ten zawiera informacje poufne.

Treść załącznika nr 2 obejmuje uchwałę Zarządu oraz wyciąg z regulaminu pracy zawierający uregulowania dot. niektórych działań podejmowanych przez Spółkę w celu zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki. Ponownie dostrzeżenia wymaga, iż Przystępujący nie złożył z uzasadnieniem całego regulaminu, ale wyciąg z niego, gdzie dodatkowo opisano tylko niektóre z podejmowanych działań. Co do zasady Izba uważa, że dokumenty, z których wynika jakie zabezpieczenia Wykonawca stosuje mogą być w pewnych przypadkach uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Może to dotyczyć specyficznych przypadków, kiedy rodzaj tych zabezpieczeń może mieć szczególne znaczenie dla bezpieczeństwa zasobów. W takim przypadku jednak dany podmiot powinien, przynajmniej skrótowo, opisać stosowane zabezpieczenia. W przedmiotowej sprawie Przystępujący ograniczył się do podania,
że stosuje zabezpieczenia i nie podał nawet przykładowych metod zabezpieczeń. W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia jest w tej mierze niewystarczające. Przy takim poziomie ogólności uzasadnienia za tym bardziej naganne należy uznać zastrzeganie treści załączników.

Dalej z uzasadnienia zastrzeżenia nie wynika w ogóle dlaczego nie może być ujawniona treść załączników nr 5 (zaświadczenie o warunkach zatrudnienia) i treść załącznika nr 7 (wewnętrzna korespondencja mailowa dot. Pracowniczych Planów Kapitałowych).

Dalsza część uzasadnienia zastrzeżenia to polega na przywołaniu orzecznictwa Izby w przedmiocie tajemnicy przedsiębiorstwa i krótkie podsumowanie stanowiska.

Reasumując, w ocenie Izby Przystępujący nie wyjaśnił i nie wykazał, że złożone wyjaśnienia cenowe wraz z załącznikami mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.
W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania zasługiwały na uwzględnienie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, w tym udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Polkomtel w następującym zakresie:

c)utajniona części wyjaśnień ceny wraz z załącznikami do utajnionej części;

d)załączniki nr 1,2,4,5,7 do wyjaśnień ceny;

<u>W pozostałym zakresie zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie i zostały oddalone jako niezasadne.</u>

<u>Zarzut nr 2 – nie potwierdził się</u>

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Jak wynika z orzecznictwa Izby, *„przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania”* (K. Różowicz, Wykluczenie wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, Komentarze praktyczne, LEX.). Istotą „błędu” jest więc próba wykreowania u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały/nie miały miejsca, podczas gdy w rzeczywistości tak

było/nie było. Do takiego stanu doprowadza swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości.

By można było stwierdzić, czy wystąpiła przesłanka uchybienia wynikająca z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne było ustalenie, czy:

1)Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego,

2)informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3)przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Izba uważa, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd. W wykazie usług należało wskazać datę zakończenia usługi oraz potwierdzić, że wykonywana była przez okres 24 miesięcy. Dodatkowo Przystępujący załączył do wykazu referencję, z której wynikało w jakiej dacie sporna usługa zaczęła być wykonywana. Zamawiający mógł skonfrontować oświadczenie Przystępującego z informacjami wynikającymi z referencji, co jak wynika z jego stanowiska pisemnego i przebiegu rozprawy, uczynił podczas badania i oceny ofert. Data zakończenia usługi nie była sporna, czy podana odmiennie niż wynika to z referencji. Zatem Zamawiający dysponując wszystkimi niezbędnymi elementami do oceny spełnienia warunku udziału przez danego wykonawcę, mógł samodzielnie ocenić, czy usługa referencyjna spełnia wymóg świadczenia jej przez 24 miesiące. Wobec powyższego pierwsza z przesłanek wynikająca z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nie miała miejsca. Przystępujący nie przedstawił informacji wprowadzających
w błąd, rzetelnie podał daty świadczenia usługi a Zamawiający mógł samodzielnie stwierdzić, czy warunek udziału został wykazany. Zdaniem Izby przedstawienie informacji w ramach usługi referencyjnej nie było także wynikiem działania lekkomyślnego lub niedbalstwa.

Można zgodzić się, że informacje zawarte w wykazie mogły mieć wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje, bowiem odnosiły się do warunków udziału
w postępowaniu, należałoby najpierw uznać, że mamy do czynienia z informacjami błędnymi. Jednakże dostrzeżenia wymaga, iż o takim wpływie nie można mówić w rozpatrywanym stanie faktycznym, bowiem ani nie przedstawiono informacji błędnych, ani Zamawiający nie był pozbawiony możliwości weryfikacji tych informacji. Wobec powyższego, zdaniem Izby nie zaistniała żadna z przesłanek określonych w regulacji prawnej będącej podstawą zarzutu.

Izba, opierając się na własnym doświadczeniu życiowym, oraz uznając, że mamy do czynienia z usługami o standardowym charakterze, wykonywanymi na podstawie regulaminów świadczenia usług (do których dostęp posiada każdy użytkownik usług) za wiarygodne uznała oświadczenia Przystępującego wyrażone w zgłoszeniu przystąpienia. Sposób świadczenia usług ciągłych polega na tym, że są one wykonywane z momentem zawarcia umowy (tego dnia) i są wykonywane do końca dnia, w którym umowa wygasa. Innymi słowy, obejmują dzień wygaśnięcia. W tym dniu usługa jest nadal świadczona.

Uznanie za bezzasadne zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt pkt 10 ustawy Pzp było jednoznaczne z oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Skoro Przystępujący nie podlegał zdaniem składu orzekającego Izby wykluczeniu, to nie ziściła się przesłanka zastosowania regulacji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Zarzut nr 3 (ewentualny) – nie potwierdził się

W ocenie składu orzekającego Izby w przypadku kolejnej ze wskazanych w Wykazie usług, Zamawiający dysponował pełną wiedzą co do przedmiotu umowy, jej wartości, czy należytego jej wykonania i w świetle przepisów ustawy Pzp był uprawniony oceniając spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego na tej wiedzy się oprzeć. Zamawiający posiadał także niewątpliwie wiedzę co do sposobu realizacji zamówienia przez Przystępującego, któremu udzielono tego zamówienia i nie podważał faktu, że usługi referencyjne realizował bezpośrednio Przystępujący. Była to umowa realizowana na rzecz tego Zamawiającego, jak wynika z zapisów Wykazu – niezakończona. Jedynym „uchybieniem", które można wskazać było powołanie się przez Przystępującego na art. 127 ustawy Pzp dopiero w przystąpienia a nie w toku postępowania odwoławczego. W obliczu nie potwierdzenia się zarzutu nr 2, ów brak powołania się na art. 127 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, sytuację Przystępującego w postępowaniu i możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie,
co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Pozostały zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574

oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz
§ 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów
z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w częściach 1/2 (2 zarzuty w odwołaniu,
z czego jeden zarzut został uwzględniony, jeden oddalony, przy czym zarzut 2 i 3 uznano za jeden zarzut skierowany wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7500 zł, oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy – w wysokości dopuszczonej Rozporządzenie, co łącznie dawało kwotę 11 100 zł.

Zamawiający wnioskował o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie złożonego rachunku.

Izba zniosła koszt zastępstwa procesowego wzajemnie między Odwołującym
i Zamawiającym, rozliczeniu stosunkowemu podlegały koszty wpisu.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości
7 500, 00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości ½ kwoty kosztów rozliczonych w postępowaniu odwoławczym, czyli kwoty 3 750,00 zł. Zamawiający innych kosztów poza zastępstwem nie zgłosił, winien natomiast ponieść koszty w wysokości ½ kwoty rozliczanej, czyli 3 750,00 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę między Stronami.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 750,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego
a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodnicząca:

…….....