

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Beata Konik
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **1 i 4 kwietnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **18 marca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. z siedzibą w Radomiu, THALES Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, THALES AVS France SAS z siedzibą w Mérignac (Francja)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa taktycznych systemów symulacji pola walki* (nr postępowania *IU/170/X-36/ZO/NZO/DOS/Z/2015*)

prowadzonym przez zamawiającego: **Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elbit Systems Ltd. z siedzibą w Hajfie (Izrael), Autocomp Management sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, RUAG Defence France SAS z siedzibą w Terssac (Francja)** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Inspektoratowi Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie udostępnienie informacji zawartych w załącznikach nr 3 i 4 do oferty złożonej przez Elbit Systems Ltd. z siedzibą w Hajfie (Izrael), Autocomp Management sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, RUAG Defence France SAS z siedzibą w Terssac (Francja) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego Elbit Systems Ltd. z siedzibą w Hajfie (Izrael), Autocomp Management sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, RUAG Defence France SAS z siedzibą w Terssac (Francja) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Polską Grupę Zbrojeniową S.A. z siedzibą w Radomiu, THALES Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, THALES AVS France SAS z siedzibą w Mérignac (Francja) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od przystępującego Elbit Systems Ltd. z siedzibą w Hajfie (Izrael), Autocomp Management sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, RUAG Defence France SAS z siedzibą w Terssac (Francja) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie negocjacji z ogłoszeniem nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Dostawa taktycznych systemów symulacji pola walki* (nr postępowania *IU/170/X-36/ZO/NZO/DOS/Z/2015*).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 19 grudnia 2015 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2015/S_246 pod poz. 447263.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 marca 2019 r. Zamawiający przesłał faksem wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu zawiadomienie o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia treści ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) {dalej w uzasadnieniu również: „uznk”}, wskazując w szczególności, że udostępnieniu podlega nieskutecznie zastrzeżone przez Elbit Systems Ltd. z siedzibą w Hajfie (Izrael), Autocomp Management sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, RUAG Defence France SAS z siedzibą w Terssac (Francja) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Kopnsorcjum Elbit”} uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do części złożonej oferty

18 marca 2019 r. Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. z siedzibą w Radomiu, THALES Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, THALES AVS France SAS z siedzibą w Mérignac (Francja) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum PGZ”} wnieśli w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od uznania przez Zamawiającego jako skutecznie zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa część treści oferty złożonej przez Konsorcjum Elbit i odmowy jej udostępnienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 131v pkt 1 pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 pzp – przez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Elbit w pkt 3 b) i 14 ppkt 1-2) formularza oferty oraz w załącznikach nr 3 i 4 do oferty, dotyczące zakresu prac wykonywanych przez podwykonawców i ich nazw oraz danych

dotyczących Stacji Roboczej SD oraz Stacji Graficznej SG, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy pzp środków ochrony prawnej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych przez Konsorcjum Elbit jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty zawierających informacje w pkt 3 b) i 14 ppkt 1-2) formularza oferty oraz w załącznikach nr 3 i 4 do oferty, dotyczące zakresu prac wykonywanych przez podwykonawców i ich nazw oraz danych dotyczących Stacji Roboczej SD oraz Stacji Graficznej SG. Odwołujący następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{wymagania SIWZ}

Przedmiotem postępowania jest dostawa, instalacja i uruchomienie taktycznych systemów symulacji pola walki, w skład których wchodzi: 1) jeden kompleksowy system symulacji pola walki do szkolenia batalionu (zwany dalej: „KSSPW”); 5) pięć symulatorów taktycznych współczesnego pola walki dla wojsk pancernych i zmechanizowanych (zwanych dalej: „STWPW”); 3) cztery zestawy laserowych symulatorów strzelań do uzbrojenia i sprzętu wojskowego znajdującego się na wyposażeniu wojsk pancernych i zmechanizowanych, (zwane dalej: „LSS”).

Pismem z 18.10.2018 r. Zamawiający zmienił SIWZ, wprowadzając m.in. nowy formularz ofertowy – załącznik nr 5 do SIWZ. Zgodnie z nim wykonawcy mieli w pkt 14 formularza ofertowego przedstawić dane dla Stacji Roboczej SD i Stacji Graficznej SG, tj. podać model, symbol, producenta, w tym dla wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w tabelach podzespołów (płyta główna, procesor, pamięć RAM, dysk twardy, karta graficzna, zasilacz, karta sieciowa, karta dźwiękowa) – podać nazwę handlową (oznaczenie, kod producenta).

Zgodnie z pkt 3.2. SIWZ (str. 1-2) „Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia” elementy wchodzące w jego skład, jego przeznaczenie oraz wymagania Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia (parametry taktyczno-techniczne, kompatybilność, niezawodność, technologiczność, wymagania konstrukcyjne, zasady bezpieczeństwa oraz pozostałe wymagania) zawarte są w niżej wymienionych załącznikach do SIWZ tj.:

Załącznik nr 1 – Wstępne Założenia Taktyczno-Techniczne (WZTT) dla „Kompleksowego systemu symulacji pola walki do szkolenia batalionu”,

Załącznik nr 2 – Wstępne Założenia Taktyczno-Techniczne (WZTT) dla „Symulatora taktycznego współczesnego pola walki dla wojsk pancernych i zmechanizowanych”,

Załącznik nr 3 – Wstępne Założenia Taktyczno-Techniczne (WZTT) dla „Zestawu laserowych symulatorów strzelań do uzbrojenia i sprzętu wojskowego znajdującego się na wyposażeniu wojsk pancernych i zmechanizowanych”,

Załącznik nr 4 – Istotne postanowienia umowy.

Zgodnie z pkt 3.11. SIWZ (str. 3):

Sprzęt informatyki i oprogramowanie stanowiące wyposażenie systemu musi spełniać minimalne wymagania określone w „Wykazie obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej” w wersji aktualnej w dniu składania ofert, zgodnie z Decyzją nr 207/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 czerwca 2009 r. (Dz. Urz. Ministra Obrony Narodowej Nr 13poz. 145). Wspomniany wykaz publikowany jest na stronie internetowej Inspektoratu Informatyki: <http://www.isi.wp.mil.pl> w zakładce: „Dokumenty do pobrania”.

W załączniku nr 2 do SIWZ – „Wstępnych założeniach taktyczno-technicznych dla symulatora taktycznego współczesnego pola walki dla wojsk pancernych i zmechanizowanych (tj. z 03.09.2018 r.), określanym w SIWZ i ofercie Konsorcjum Elbit jako „WZTT dla STWPW”, czytamy:

6.4. (str. 11 zał. nr 2 do SIWZ):

W związku z tym, że oprogramowanie symulacyjne zainstalowane będzie na sprzęcie komputerowym dostępnym komercyjnie (COTS – Commercial off-the shelf) specjalnych wymagań w tym zakresie nie formułuje się.

Sprzęt komputerowy (informatyki) oraz oprogramowanie systemowe powinny charakteryzować się parametrami nie gorszymi od tych, które są zawarte w obowiązującym w dniu złożenia oferty „Wykazie obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej” publikowanym na stronie internetowej Inspektoratu Informatyki MON.

Str. 15 Zał. Nr 2 do SIWZ:

6.12.5.4. Stacjonarne stanowisko komputerowe wraz z serwerem dla administratora systemu powinno składać się co najmniej z:

- stacji graficznej SG (aej)³ (jednostka centralna z myszką i klawiaturą),
- dwóch monitorów zgodnych ze specyfikacją M2³,
- nausznego przewodowego zestawu słuchawkowego wraz z mikrofonem,
- urządzenia wielofunkcyjnego wg specyfikacji UW-1³,
- serwerów typu „rack” zapewniających poprawne (płynne) działanie symulatora,
- szafy na serwery typu „rack”,
- sterownika 3D lub joysticka.

Uwaga (doi, pkt. 6.12.5.1 - 4). Dla stacji roboczych SD i SG wymagane jest w ofercie podanie modelu, symbolu oraz producenta, a także jawne wyspecyfikowanie wszystkich użytych podzespołów (płyty głównej, procesora, pamięci, dysków twardych, zasilaczy, kart sieciowych itp.) poprzez podanie typu oraz nazwy handlowej (oznaczenie i kod producenta).

Na wszystkich komputerach powinien być zainstalowany system operacyjny Windows 10 PL PRO, natomiast pakiet MS OFFICE na komputerach dla stanowisk wymienionych w ppkt. 6.12.5.3. i 6.12.5.4.

Przypis nr 3:

o parametrach zgodnych z obowiązującym w dniu złożenia oferty „Wykazem obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej” publikowanym na stronie internetowej inspektoratu Informatyki MON” (dalej jako „Wykaz MON”)

Na dzień składania ofert w tym postępowaniu obowiązywał „Wykaz MON” w wersji 9.00 z 10 stycznia 2018 r.

Przedmiotowy wykaz szczegółowo określa wymagania dla Stacji Roboczej SD i Stacji Graficznej SG objętej przedmiotem tego zamówienia. I tak, odwołując się do treści pkt 14 formularza ofertowego (numeracji i opisu oferowanych podzespołów) oraz zapisów „Wykazu MON”:

Lp.	Nazwa podzespołu	Wymagania techniczne wg „Wykazu MON”	
-----	------------------	--------------------------------------	--

1.	Płyta główna	Płyta główna z wbudowanymi: 1 niezajętym (złącze PCIe x16 może być zajęte wyłącznie przez opcjonalną kartę graficzną) złączem PCI Express x16 3 generacji, 1 niezajęte złącze PCI Express x4; 1 niezajętym złączem PCI Express x1; 1 niezajętym złączem PCI 32bit; 4 złącza DIMM z obsługą do 32 GB DDR4 pamięci RAM, nie mniej niż 4 złącza SATA w tym 3 szt. SATA 3.0, 1 złącze M.2 PCI- Express 3.0 x4; zintegrowany z płytą główną kontroler RAID 0 i RAID 1. Wymagana ilość i rozmieszczenie (na płycie głównej) wszystkich złącz nie może być osiągnięta w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek czy kart rozszerzeń itp. W każdym przypadku opis slotu dotyczy jego przepustowości, a nie tylko długości.	2.2.3. Stacja robocza SD Wymagania dodatkowe pkt 3 (str. 43)
2.	Procesor	Komputer powinien osiągać w teście wydajności SysMark2014 Overall performance wynik 1500 pkt. (oprogramowanie testujące musi być zainstalowane na dysku oferowanym lub identycznym z oferowanym, przy rozdzielczości 1920x1080 pikseli i włączonych wszystkich zainstalowanych urządzeniach).	2.2.3. Stacja robocza SD Procesor (str. 39)
3.	Pamięć RAM	16 GB (2x8192 MB) DDR4 możliwość rozbudowy do nie mniej niż 32 GB, dwa sloty wolne.	2.2.3. Stacja robocza SD Pamięć RAM pkt b) (str. 39)
4.	Dysk twardy	2 x 500 GB SSD SATA/M.2 - w tym jeden (SATA) w wyjmowanej kieszeni z zamknięciem.	2.2.3. Stacja robocza SD Dyski HDD pkt f) (str. 39)
5.	Karta graficzna	Grafika niezintegrowana, z własną pamięcią 2 GB DDR3, powinna umożliwiać pracę dwumonitorową ze wsparciem dla HDMI v1.4, ze sprzętowym wsparciem DirectX 12, o maksymalnej rozdzielczości 1920x1080 px @ 60 Hz (cyfrowo) na każdym podłączonym monitorze. Wymagane nie mniej niż 2 wyjścia cyfrowe - DisplayPort, DVI lub HDMI w dowolnej konfiguracji ilościowej pod warunkiem dostarczenia adapterów umożliwiających jednoczesne podłączenie nie mniej niż 2 monitorów w tym jednego ze złączem DVI.	2.2.3. Stacja robocza SD Karta graficzna pkt d) (str. 39)
6.	Zasilacz	Zasilacz o mocy (ciąglej) maksymalnie 250 W pracujący w sieci 230 V 50/60 Hz prądu zmiennego i sprawności nie mniej niż 92% przy 50% obciążeniu zasilacza.	2.2.3. Stacja robocza SD Obudowa (str. 39)
7.	Karta sieciowa	Karta sieciowa 10/100/1000 Ethernet RJ 45, zintegrowana z płytą główną, wspierająca obsługę WoL (funkcja włączana przez użytkownika), PXE.	2.2.3. Stacja robocza SD Wymagania dodatkowe pkt 2 (str. 43)
8.	Karta dźwiękowa	Karta dźwiękowa zintegrowana z płytą główną, zgodna z HD Audio. Oferowana karta audio ma w pełni obsługiwać porty audio in/ou wyprowadzone na zewnątrz (nie dopuszcza się aby przy podłączaniu na panelu przednim wyłączał się jeden z portów na tym i na odwrót. Wewnętrzny głośnik w obudowie komputera. Porty audio : na panelu przednim min. 1 port combo (słuchawki i mikrofon), na panelu tylnym min. audio out.	2.2.3. Stacja robocza SD Karta dźwiękowa (str. 39)

{oferta Elbit}

Konsorcjum Elbit zawarło w ofercie uzasadnienie z 6 listopada 2018 r. (udostępnionym Odwołującemu zgodnie z pismem Zamawiającego z 11.03.2019 r.) dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w pkt 3 b) i 14 ppkt. 1-2) formularza oferty oraz w załącznikach nr 3 i 4 do oferty, dotyczące zakresu prac wykonywanych przez podwykonawców i ich nazw oraz danych dotyczących Stacji Roboczej SD oraz Stacji Graficznej SG.

{l. jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako naczelną zasadą; przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie przepisów pzp}

Wychodząc od uwag natury ogólnej, Odwołujący stwierdził, że jedną z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 pzp). Wyjątek od tej zasady ustanawia art. 8 ust. 3 pzp, dający wykonawcy możliwość zastrzeżenia pewnych informacji zawartych w ofercie za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przywołany przepis odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w przepisach uznk, a dodatkowo ustanawia własne przesłanki dla odejścia od zasady jawności: (1) wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że informacje nie mogą być udostępniane; (2) wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 131v pkt 1 pzp art. 8 ust. 3 pzp stosuje się odpowiednio w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Na mocy tego przepisu Zamawiający może odmówić udzielenia informacji także z przyczyn opisanych w art. 131v pkt 1 pzp, jednak – jak wynika z pisma przesłanego 11.03.2019 r. – Zamawiający nie udostępnił przedmiotowej części oferty Elbit z powodu

uznania za skuteczne zastrzeżenie treści oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

Odwołujący podniósł, że art. 8 ust. 3 pzp jako wyjątek od zasady jawności powinien być stosowany tylko w wyjątkowych i uzasadnionych okolicznościach – zob. np. wyrok Izby z 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1535/14), gdzie Izba zwróciła uwagę, że możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, albowiem zasada jawności postępowania jest zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Odwołujący dodał, że ponadto Izba wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet wtedy, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co ewidentnie służyć ma wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji jego oferty (zob. m.in. wyrok Izby z 27 grudnia 2012 r. sygn. akt: KIO 2710/12). Dla Odwołującego oczywiste jest (co zostało potwierdzone m.in. w wyroku Izby z 22 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1384/14), że uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, a jego wyłącznym zadaniem jest zapewnienie im ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w ścisłych granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 4 uznk (Odwołujący zauważył, że choć obecnie definicja ta została przeniesiona do art. 11 ust. 2 uznk, niemniej jednak przywoływany w odwołaniu dorobek doktryny i orzecznictwa w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa zachowuje aktualność).

Odwołujący stwierdził, że Izba dobitnie wyraziła swój pogląd co do nadużywania wyjątku określonego w art. 8 ust. 3 pzp w wyroku z 9 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2633/17, w którym wskazała, że „(...) słuszny w swym założeniu przepis art. 8 ust. 3 Pzp jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ocen ich ofert, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów treści złożonej oferty. Podkreślić należy za dotychczasowym orzecznictwem KIO, że zasada jawności i zasada przejrzystości postępowania mają służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania czynności zamawiającego, podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z 23 listopada 2012 r. KIO 2468/12, KIO 2473/12, KIO 2493/12). Jawność postępowania jest zasadą, ma ona zatem zawsze pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest najbardziej poważnym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający muszą brać pod uwagę to, że uchybienie zasadzie jawności stanowi rażące naruszenie przepisów prawa o udzielenie zamówienia publicznego i może prowadzić do naruszenia prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty, i może skutkować poważną korektą przyznanych na realizację tego zamówienia środków publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że biorąc pod uwagę zakres informacji podlegających utajnieniu, jak również treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Elbit, naruszył w tym postępowaniu naczelną zasadę postępowania, jaką jest jawność.

{II. przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie uznk}

Odwołujący zwrócił uwagę, że 4 września 2018 r. weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1637), której przepisy dokonują transpozycji do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem. Skutkiem wejścia w życie tej nowelizacji były zmiany w uznk, dotyczące m.in. art. 11 odnoszącego się do tajemnicy przedsiębiorstwa. Przed nowelizacją tajemnica przedsiębiorstwa była zdefiniowana w art. 11 ust. 4 uznk. jako nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Obecnie definicję przeniesiono do art. 11 ust. 2 uznk oraz dokonano jej zmiany w taki sposób, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przy czym zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy nowelizującej uznk. zmienione przepisy w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa stosuje się do oceny stanów faktycznych zaistniałych po wejściu w życie ustawy nowelizującej. Innymi słowy, niezależnie od daty wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do zdarzeń powstałych po 3 września 2018 r. stosuje się znowelizowane przepisy uznk.

Odwołujący zauważył, że choć zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało sporządzone 6 listopada 2018 r., w treści uzasadnienia dla jego dokonania Konsorcjum Elbit konsekwentnie powołuje się na art. 11 ust. 4 uznk, który obecnie nie zawiera już definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto Elbit powołuje się na nieaktualne przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Według Odwołującego powyższa okoliczność świadczy o niewłaściwej ocenie przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Elbit tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż Zamawiający kwestii tej w ogóle nie dostrzega.

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z 10 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1185/15 {którego fragmenty uzasadnienia zacytował w odwołaniu} i stwierdził, że zastrzeżenie przez Konsorcjum Elbit w tym postępowaniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących zakresu prac wykonywanych przez podwykonawców i ich nazw oraz danych dotyczących Stacji Roboczej SD oraz Stacji Graficznej SG powinno być poddane przez Zamawiającego wnikliwej analizie co do jego skuteczności w świetle przepisów prawa skuteczne. Odwołujący podkreślił, że ogólnikowe wyjaśnienia i głosłowne twierdzenia, które opierają się na wskazaniu, że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawców, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i posiadają znaczną wartość gospodarczą, nieoparte przy tym adekwatnymi dowodami, nie zasługują na udzielenie ochrony, jaką jest zastrzeżenie ich poufności i utajnienie przed pozostałymi wykonawcami w tym postępowaniu.

{III. wartość gospodarcza zastrzeganych przez Elbit informacji}

Odwołujący podniósł, że wartość gospodarcza zastrzeganych informacji powinna być postrzegana obiektywnie. Subiektywne przekonanie wykonawcy o wartości gospodarczej zastrzeganych przez niego informacji nie jest wystarczające dla objęcia tych informacji ochroną. W orzecznictwie Izby przyjmuje się również, że informacja powinna mieć wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie, istotną dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku (por. wyrok Izby z 26 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2360/14).

Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). W przekonaniu Izby, doniosłym jest również to, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (wyrok Izby z 12 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2784/14).

W ocenie Odwołującego zastrzeżone przez Konsorcjum Elbit informacje nie posiadają wartości gospodarczej, jak również nie została ona wykazana w załączonym do oferty „Oświadczeniu o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa” z 6 listopada 2018 r.

{podwykonawcy}

Odwołujący zrelacjonował, że z treści uzasadnienia przedstawionego przez Konsorcjum Elbit wynika, że wartość gospodarcza informacji na temat podwykonawców i zakresu ich prac przejawia się w następujący sposób:

- informacje te obrazują aktywność rynkową Elbit, zawierają wiedzę na temat relacji biznesowych i kontraktowych tego wykonawcy w zakresie realizacji konkretnej części zamówienia, a pozyskanie tych informacji przez konkurencję doprowadziłoby do uzyskania nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej (inne podmioty mogłyby podjąć próby nawiązania współpracy z tymi dostawcami, a co za tym idzie, uzyskania podobnych cen, co w konsekwencji wpłynęłoby negatywnie na konkurencyjność),
- nazwy kooperantów, z którymi ten wykonawca współpracuje, stanowią istotne źródło wiedzy o działalności Elbit dla konkurencji.

Odwołujący dodał, że Elbit nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tych twierdzeń.

W ocenie Odwołującego takie uzasadnienie należy uznać za lakoniczne i ogólnikowe, gdyż równie dobrze mogłoby zostać przedstawione w postępowaniu na realizację robót budowlanych w zakresie dróg czy usług utrzymania czystości w szpitalach. Ponieważ przedmiot zamówienia obejmuje dostawę taktycznych systemów symulacji pola walki, jeżeli rzeczywiście dobór podwykonawców może mieć pewną wartość gospodarczą z uwagi na jakąś szczególną specyfikę, należało ją szczegółowo opisać, a swoje stanowisko uмотywować i poprzeć dowodami (np. że pozyskanie danego podwykonawcy akurat do tej sprawy wiązało się z pozyskaniem wyjątkowo korzystnej oferty albo, że jest to podwykonawca nowy na rynku zbrojeniowym i pozyskanie go wiązało się z poniesieniem określonych kosztów, czy poczynieniem określonego wysiłku organizacyjnego, albo że współpraca z tym podwykonawcą wiąże się z zaferowaniem jakiegoś innowacyjnego, nieznanego rozwiązania technologicznego lub technicznego, szczególnie obniżeniem kosztów produkcji etc.). Konsorcjum Elbit nie udowodniło, że jego podwykonawcy posiadają jakieś szczególne zasoby, umiejętności czy oferty, do których dostęp jest utrudniony i które powodują, że tylko Elbit może z tymi podwykonawcami współpracować. Nie udowodniono istnienia agresywnej sytuacji pozyskiwania podwykonawców na rynku, przykładowo, że podmioty te nie chcą nawiązywać współpracy z określonymi firmami bądź nie są jeszcze znane (por. wyrok Izby z 28 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1460/17). Konsorcjum Elbit nie wykazało, jakie będą materialne skutki ujawnienia zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na jakąś niesprecyzowaną, potencjalną i abstrakcyjną szkodę z tym związaną. W uzasadnieniu próżno szukać argumentacji, w jaki sposób znajomość podwykonawców Konsorcjum Elbit, jak i zakresu prac do wykonania, przekłada się na wzrost konkurencyjności tego wykonawcy (np. ze względu na niespotykane korzystne warunki współpracy, innowacyjną, niedostępną dla pozostałych wykonawców, technologię).

Konsorcjum Elbit powinno w sposób konkretny i szczegółowy wykazać i udowodnić, w jaki sposób jego konkurencji, po ujawnieniu jedynie nazw podwykonawców i zakresu ich prac, mogą powziąć wiedzę na temat działalności tego wykonawcy. Konsorcjum Elbit odnosi się przy tym do konkretnej części zamówienia, co oznacza, że wartość gospodarcza zastrzeganych informacji ma znaczenie tylko w tym postępowaniu. Powyższe dowodzi jedynie subiektywnego przekonania Konsorcjum Elbit o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie można zaś przyjąć, że została wykazana wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Warto również wskazać, że informacja o podwykonawcach przestaje być informacją nieujawnioną do wiadomości publicznej w trakcie wykonywania zamówienia publicznego, a więc trudno przyjąć, że Konsorcjum Elbit dokonało zastrzeżenia tej informacji w innym celu niż utrudnianie pozostałym wykonawcom dostępu do tego zamówienia i weryfikacji oferty. Nie stanowi to więc realizacji prawnej uzasadnionego interesu, jakim jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, a działanie wymierzone w zasadę uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp. Tym samym działanie to nie zasługuje na ochronę.

W innym miejscu Odwołujący stwierdził, że utajnione informacje muszą stanowić zbiór określonych danych, wykorzystywanych w związku z tym konkretnym postępowaniem, skoro zostały włączone przez Zamawiającego do dokumentacji postępowania, którego celem jest udzielenie zamówienia. Specyfika tego trybu udzielenia zamówienia wyklucza możliwość skorzystania z tych dokumentów w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

{Stacja Robocza SD oraz Stacja Graficzna SG}

Odwołujący przytoczył, że w odniesieniu do Stacji Roboczej SD i Stacji Graficznej SG Konsorcjum Elbit wskazał w uzasadnieniu, że na zastrzeżone informacje składają się (...) *szczegółowe informacje techniczne o sposobie konkretnej konfiguracji oferowanych przez Wykonawcę Stacji Roboczej oraz Graficznej w taki sposób, aby w całości stworzone zostało określone rozwiązanie techniczne, spełniające wymogi określone w tym zakresie przez Zamawiającego. Ponadto ich „(...)parametry i informacje wskazują na konkretną konfigurację, zastosowaną w oferowanych przez Wykonawcę komputerach, która została przygotowana i dobrana w sposób indywidualny dla Zamawiającego.*

Według Odwołującego oznacza to, że zastrzegane informacje mają znaczenie wyłącznie dla tego zamówienia, nie mają charakteru uniwersalnego, który pozwalałby chronić know-how Elbit zdobyty w ramach dotychczasowych dostaw i skutkujących jego przewagą konkurencyjną na przyszłość, która zostałaby roztrwoniona przez odtajnienie informacji.

Zdaniem Odwołującego zastrzegane informacje o Stacji Roboczej SD i Stacji Graficznej SG nie wykraczają tymczasem poza sferę „know-about” i tym samym trudno uznać, że posiadają wartość gospodarczą. Na szczególną uwagę w tym zakresie zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 września 2018 r. sygn. akt KIO 1797/18: *Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 czerwca 2018 r. (sygn. XXIII Ga 95/18, XXIII Ga 103/18) tajemnicą przedsiębiorstwa jest »know-how«, a nie »know about«. Tym samym, chroniona jest »wiedza jak«, a nie*

»wiedza o«. Sąd wskazał też na art. 39 ust 2 TRIPS – osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi, tak długo, jak takie informacje: a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są poufne; i c) poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności. Ujawnienie wskazanych informacji/dokumentów przez Konsorcjum ma na celu tylko utrudnienie weryfikacji prawdziwości ich przez konkurenta. Konsorcjum doskonale wie, że Odwołujący znając treść wyjaśnień, w prosty sposób by wykazał ich nieprawdziwość. Zamawiający, uniemożliwiając wgląd w treść wyjaśnień, uniemożliwia realizację praw Odwołującego. Wskazane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki muszą zająć łącznie, aby mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że zaproponowane rozwiązania stworzone zostały pod wymogi Zamawiającego, ściśle określone w SIWZ, co przynajmniej Konsorcjum Elbit. Według Odwołującego nie sposób uznać, że zastrzegane informacje posiadają jakąkolwiek wartość gospodarczą, skoro są to rozwiązania w postaci dysków twardych, procesorów, pamięci RAM, kart sieciowych czy graficznych, dostępnych standardowo na rynku komercyjnym. Zamawiający wymagał jedynie oznaczenia w formularzu ofertowym podzespołu i nazwy handlowej (oznaczenia producenta i kodu produktu), a więc informacji o znaczeniu podstawowym. Nie sposób zatem przyjąć, że ujawnione przez Konsorcjum Elbit części oferty stanowią know-how przedsiębiorstwa. Część oferty odnosząca się do Stacji Roboczej SD i Stacji Graficznej SG nie mogłaby bowiem tylko dobór sprzętu wytworzonego przez podmiot zewnętrzny, zawierający ogólnie dostępne dane handlowe tego sprzętu. Ujawniona przez Elbit część oferty nie prezentuje jakiegось unikalnego pomysłu na realizację zamówienia, co wyłącza możliwość objęcia jej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający sam z góry przesądził w WZTT dla STWPW (vide przywołany powyżej pkt 6.4. i 6.12.5.4. zał. nr 2 do SIWZ), że informacje z oferty dot. określonych danych dla Stacji Roboczej SD i Stacji Graficznej SG nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Według Odwołującego Konsorcjum Elbit nie podjęło przy tym nawet próby wykazania, na czym polegać ma ewentualna szkoda w przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji, lecz jedynie wskazał, że „strony umowy (konsorcjum - przyp. Odwołującego) ponoszą względem siebie odpowiedzialność za jej należyte wykonanie, a przejawem wartości gospodarczej może być także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (...). Tym samym trudno uznać, aby Konsorcjum Elbit wykazało choćby hipotetyczną szkodę majątkową, wynikającą z ujawnienia zastrzeżonych informacji, która realnie przekładałaby się na wartość gospodarczą tych informacji.

{IV. przesłanka informacji powszechnie znanych osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo łatwo dostępnych dla takich osób}

Odwołujący zastrzegł, że choć nie zna treści zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, niemniej z zapisów SIWZ i treści ofert innych wykonawców ubiegających się o to zamówienie wynika, że sprzęt użyty do skonfigurowania Stacji Roboczej SD i Stacji Graficznej SG to standardowe komputery dostępne publicznie w powszechnej sprzedaży i jako takie stanowią informacje powszechnie znane nie tylko osobom zajmującym się tym rodzajem informacji, ale przeciętnemu użytkownikowi. Przedmiotowy opis sprzętu, jak już wyżej wskazano, pochodzi z „Wykazu obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej”, co dodatkowo potwierdza fakt, że nie jest to rozwiązanie unikalne, produkowane pod konkretne postępowanie oraz zawierające rozwiązania, których ujawnienie narusza tajemnice przedsiębiorstwa.

Nie jest to też sprzęt o typowo wojskowym przeznaczeniu lub posiadający elementy, których ujawnienie stanowiłoby zagrożenie dla obronności kraju lub umożliwiłoby nieautoryzowany dostęp do danych. W powyższym „Wykazie obowiązujących standardów...” sprzęt ten znajduje się w sekcji „Stacje robocze”, a nie w sekcjach dotyczących urządzeń do przetwarzania informacji niejawnych, czyli urządzeń spełniających wymagania normy SDIP-27/1 Level A, B lub C przeznaczonych do ochrony informacji niejawnych.

Odwołujący stwierdził, że zadaniem wykonawcy był jedynie dobór odpowiedniego komputera znajdującego się na rynku wraz z doбором standardowych komponentów z ustandaryzowanymi parametrami technicznymi, będących w otwartej i publicznej sprzedaży.

Przykładowo:

- dla procesorów na rynku jest dwóch producentów konkurujących ze sobą, czyli Intel oraz AMD, podobnie rzecz się ma z kartami graficznymi, co prawda jest tu większa liczba producentów, lecz produkują oni tożsame karty graficzne w oparciu o dwóch producentów układów graficznych, czyli AMD i NVIDIA;
- dla stacji SD potwierdzeniem wydajności procesora jest test BABCO (wymaganie to znajduje się zarówno w wykazie IU jak i w tabelce w ofercie), a Ttsty dla oferowanego modelu stacji roboczej w oferowanej konfiguracji (stacja robocza/procesor) muszą być opublikowane i ogólnie dostępne na stronie
- dla stacji SD oraz SG wymagane jest spełnianie norm Energy Star 5.0 (wymaganie w wykazie IU) – wymagany jest wpis dotyczący oferowanego komputera w internetowym katalogu <http://www.eu-energystar.org> lub – dopuszcza się wydruk ze strony internetowej lub dołączony do oferty certyfikat potwierdzony przez producenta.

Odwołujący powtórzył, że jego zdaniem ujawniona przez Konsorcjum Elbit część oferty odnosząca się do sprzętu IT stanowi tylko dobór sprzętu wytworzonego przez podmiot zewnętrzny, zawierający ogólnie dostępne dane handlowe tego sprzętu, a tym samym nie prezentuje jakiegось unikalnego pomysłu na realizację zamówienia, co wyłącza możliwość objęcia jej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymaganiom SIWZ. Stanowisko to znajduje uzasadnienie w treści wyroku Izby z 8 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 879/16: *Dodatkowo podkreślić należy, że w treści załącznika wyszczególniono nazwy szaf oraz poszczególne ich składniki, co nie stanowi żadnej szczególnej, chronionej informacji. Wykonawca nie wykazał, że przedstawione rozwiązanie jest czymś, co stanowi rozwiązanie oryginalne i do czego dostęp mają nieliczni, a także że strona podjęła określone działania w celu zabezpieczenia przed nieuprawnionym dostępem do tych informacji. Oferowane urządzenia – informacje o nich są ogólnie dostępne, powszechnie publikowane, w szczególności w różnych specyfikacjach technicznych, ulotkach produktów lub na stronach internetowych. Twierdzenie Wykonawcy CPS System sp. z o.o., że „właściwy dobór odpowiednich komponentów technologicznych jest kluczową umiejętnością firmy, odpowiadającą za sukcesy lub porażki we współzawodnictwie z innymi podmiotami na bardzo konkurencyjnym rynku szczególnie w przypadku rozwiązań projektowanych i budowanych pod konkretne zamówienia w celu jego optymalizacji jakościowej i kosztowej” jest ogólnikowe, mógłby je przedstawić każdy wykonawca. Współzawodnictwo jest zupełnie naturalnym*

elementem w przetargu.

Trafnie zauważył Odwołujący, że nie są to poufne rozwiązania techniczne, skoro rozwiązania są funkcjonalnie jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i zostały narzucone w SIWZ. Nie mogą zostać zatem uznane za poufne, skoro znają je wszyscy wykonawcy i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Oferowane przez w/w wykonawcę produkty, mogą być dostępne na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a ich producenci powszechnie udostępniają opisy swoich rozwiązań i cenniki swoich produktów. Wykonawca CPD System sp. z o. o. zastrzegł w postępowaniu tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu sprzętu, którego nie jest producentem (twórcą). Jedynie nabywa określone produkty od producentów tych produktów. Samo wyszczególnienie typu/modelu, nazwy producenta, zestawienia elementów nie narusza know-how Wykonawcy CPD System sp. z o. o. Wykaz sprzętu oferowanego w postępowaniu nie świadczy o wiedzy technicznej i technologicznej oferenta, w szczególności, gdy wymagania zostały określone w treści SIWZ, a wykonawca miał jedynie w wyjaśnieniach potwierdzić spełnienie wymagań.

Według Odwołującego również w przypadku podwykonawców, biorąc pod uwagę specyfikę i ograniczoność rynku, muszą być to podmioty, o których uczestnicy rynku wiedzą i którzy na tym rynku działają. W związku z tym nie są to informacje o charakterze strategicznym, wymagającym utajnienia.

{V. przesłanka należytej staranności w celu utrzymania informacji w poufności}

Odwołujący zrelacjonował, że Konsorcjum Elbit jako dowody podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności przedstawił wyciąg z umów o zakazie konkurencji, umowy o zachowaniu poufności oraz wyciąg z umowy konsorcjum oraz wspominał o wewnętrznych regulacjach w ramach prowadzonej polityki bezpieczeństwa i poufności informacji oraz fizycznych i prawnych środkach ochrony.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przed nowelizacją uznk w celu skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wystarczyło podjęcie „niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności”. Obecnie ustawodawca ustanowił dużo bardziej rygorystyczny wymóg, ponieważ art. 11 ust. 2 uznk odnosi się do należytej staranności przy podejmowaniu działań w celu utrzymania informacji w poufności. O ile więc przed nowelizacją art. 11 ust. 4 uznk odnosił się do absolutnego minimum działań, które należało podjąć w celu ochrony informacji, o tyle po nowelizacji na podstawie art. 11 ust. 2 uzn. miernikiem ma być należyta staranność, o której mowa w art. 355 § 1 i 2 kc.

Zgodnie z art. 355 § 1 kc. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnego podmiotu, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02).

Według Odwołującego ponieważ zamówienie udzielane jest w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, a sam sektor obronny jest szczególnie wrażliwym sektorem pod względem poufności danych, również i wzorzec należytej staranności względem podmiotów z tego sektora, winien być ustalony na poziomie wyższym, niż w przypadku zamówień cywilnych.

W ocenie Odwołującego trudno uznać, aby Konsorcjum Elbit przykładło odpowiednią wagę do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro nie zwróciło nawet uwagi na istotną zmianę przepisów w tym zakresie, co świadczy również o braku należytej staranności w utrzymaniu określonych informacji w poufności, której zresztą (biorąc pod uwagę zarówno treść uzasadnienia, jak i wykaz załączników, które mają potwierdzać podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności) Elbit w ogóle nie wykazuje. Wykonawca ten poprzestaje na standardowych, podstawowych środkach ochrony informacji poufnych (umowy o zakazie konkurencji, umowy o zachowaniu poufności), jak również na, w większości gołosłownym i lakonicznym, uzasadnieniu zastrzeżenia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego wspomnienie o wewnętrznych regulacjach w ramach prowadzonej polityki bezpieczeństwa i poufności informacji oraz fizycznych i prawnych środkach ochrony jest enigmatyczne. Ponadto znamienne, że odnosi się to do jednego podmiotu, natomiast konsorcjum składa się z trzech. Wątpliwe więc, aby wszystkie podmioty tworzące konsorcjum działały w oparciu o jedną politykę bezpieczeństwa i te same procedury. Również w tym przypadku Elbit nie wykazał, na czym opierają się polityki bezpieczeństwa w przedsiębiorstwie (przedsiębiorstwach?), nie przedłożył ich do oceny Zamawiającemu ani nawet nie przywołał ich treści. Zamawiający nie mógł więc ocenić, czy prowadzona polityka bezpieczeństwa, jak również stosowane środki fizycznego i w ogóle jakieś są i prawne (poza klauzulami o zakazie konkurencji i umowach poufności) spełniają wymóg zachowania należytej staranności w celu utrzymania informacji w poufności.

W ocenie Odwołującego na podstawie przedstawionego uzasadnienia nie sposób uznać, aby Konsorcjum Elbit spełniło choćby minimum środków wymaganych w celu utrzymania informacji w poufności w przedsiębiorstwie działającym w branży zbrojeniowej, korzystającym i rozwijającym nowoczesne i innowacyjne technologie.

Odwołujący dodał, że co do informacji zastrzeganych już w samej ofercie ustawodawca przewidział w art. 8 ust. 3 pzp termin, do jakiego należy wykazać skuteczność zastrzeżenia. Stąd Konsorcjum Elbit nie może już więc konwalidować nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może więc wezwać tego wykonawcy do wyjaśnień czy uzupełnień w tym zakresie, lecz powinien zastrzeżone informacje odtajnić.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie udźwignął spoczywającego na nim obowiązku badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez Konsorcjum Elbit. Przy czym analiza w tym zakresie powinna być wszechstronna i odnosić się zarówno do treści zawartych w zastrzeżonych informacjach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 10 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1185/15, w którym czytamy: (...) Zamawiający, przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy (...) Wykonawca ten nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie, że wyjaśnienia były przygotowywane wyłącznie przez pracowników, nie złożył listy pracowników mających dostęp do wyjaśnień, nie przedłożył kopii umów o pracę czy umów o zachowanie poufności. Nie przedstawił kopii żadnych procedur wewnętrznych potwierdzających istnienie wewnętrznych regulacji w zakresie ochrony informacji wrażliwych.

Z kolei w wyroku z 4 sierpnia 2015 r. sygn. akt: KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/16 Izba wskazuje, że wykonawcy winni wykazać zamawiającemu, dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać

istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona (wyrok Izby z dnia 13 marca 2017 r., KIO 385/17). Odwołujący podsumował, że jak wynika z orzecznictwa Izby, użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej niż samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za takie wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk.

Na szczególną uwagę według Odwołującego zasługuje wyrok Izby z 27 marca 2018 r. sygn. akt KIO 410/18 dot. zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Izba w wyroku tym zwraca uwagę, że rolą Zamawiającego jest ustalenie, czy wykonawca sprostął obowiązkowi z art. 8 ust. 3 pzp, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (...) Zdaniem Izby, to na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia spoczywa obowiązek wykazania, iż dane informacje powinny zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący powołał się na obowiązek zachowania poufności wynikający z zawartej umowy o poufności z dostawcą uzbrojenia na rzecz, którego świadczone były usługi celno-spedycyjne. Jednak poza ogólnymi stwierdzeniami, iż ujawnienie zastrzeżonych informacji może podważyć zaufanie partnerów handlowych wykonawcy – uczestnika konsorcjum o możliwości zagrożenia reputacji jako wiarygodnego partnera handlowego, nie dołączył przywołanej umowy ani innych dokumentów stwierdzających potrzebę chronienia niniejszych danych ani nie przedstawił także dowodów na okoliczność tego, że podjął działania inne niż samo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zmierzające do zachowania poufności. W podobny sposób wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 17 maja 2017 r., sygn. akt KIO 864/17 KIO 872/17. W związku z powyższym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogło zostać uznane za skuteczne.

Natomiast w odniesieniu do zastrzeżenia informacji dot. podwykonawców za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 28 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1591/18 Odwołujący wskazał, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą być informacje dot. wskazania zakresu prac powierzonych podwykonawcy, nazwy podwykonawcy gdyż w ocenie Izby nie sposób uznać, że informacja taka posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Odwołujący dodał przy tym, że w jego ocenie nie doszło do wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 131v pkt 1 pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w zakresie udzielania informacji, przepisy art. 8 ust. 3, art. 51 ust. 1 a, art. 57 ust. 1, art. 60d ust. 1, art. 92 i art. 93 ust. 3 i 5 stosuje się odpowiednio, jednak zamawiający może odmówić udzielania informacji, jeżeli jej ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub mogłoby szkodzić zgodnie z prawem interesom handlowym wykonawców, lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. Świadczy o tym zarówno zakres, jak i charakter zastrzeżonych przez Elbit informacji, oraz fakt, że żaden z pozostałych wykonawców nie zastrzegł tego rodzaju informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Elbit.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 27 marca 2019 r. oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania.

Pismem z 1 kwietnia 2019 r. Konsorcjum Elbit zgłosiło sprzeciw co do powyższej czynności Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba uznała za niezasadny wniosek Przystępującego Konsorcjum Elbit o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp z uwagi na wniesienie odwołania po upływie terminu wynikającego z art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp.

Izba ustaliła, że jak to wskazano w odwołaniu i zrelacjonowano na wstępie uzasadnienia, Zamawiający dopiero pismem z 11 marca 2019 r. zawiadomił wszystkich wykonawców o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych ofertach. Natomiast uprzednio, pismem z 18 stycznia 2019 r., poinformował jedynie Konsorcjum Elbit, że dokonał oceny skuteczności dokonanego przez nie zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa i postanowił ją odtajnić w podanym przez siebie zakresie (zbieżnym z tym, o którym później poinformował również pozostałych wykonawców). Natomiast w toku udostępnienia ofert, które miało miejsce 13 listopada 2018 r. Zamawiający udostępniał oferty z wyłączeniem części ofert oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (vide „Protokół z udostępnienia dokumentacji” z tej daty). Ponadto Odwołujący zwracał się potem do Zamawiającego z pytaniem, kiedy zakończy badanie ofert pod względem skuteczności zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, na co Zamawiający nie udzielał pisemnej odpowiedzi.

Z tak ustalonego stanu faktycznego wynika, że Zamawiający w tym postępowaniu jeszcze długo po otwarciu ofert badał skuteczność poczynionych w nich zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa. Następnie o wyniku tego badania w pierwszej kolejności informował wyłącznie wykonawców, których oferty badał. Dopiero w drugiej kolejności, po upływie terminów na zaskarżenie przez tych wykonawców decyzji o odtajnieniu ich ofert, Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców o zakończeniu badania ofert pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Skoro Zamawiający przyjął taki etapowy sposób zawiadamiania o wyniku badania zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach, nie sposób przyjąć, że również dla innych wykonawców rozpoczął bieg terminu na wniesienie odwołania, gdyż stanowiłoby to rażące naruszenie równego traktowania wykonawców i przejrzystości, czyli podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zawiadomienie tylko jednego wykonawcy o podjętej decyzji, a w konsekwencji rozpoczęcie się dla niego biegu terminu na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, nie może jednocześnie oznaczać rozpoczęcie biegu terminu na wniesienie odwołania, tyle że z art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, w stosunku do wykonawców niezawiadomionych. Stawiałoby to w uprzywilejowanej sytuacji jednego wykonawcę, który nie musiałby wykazywać żadnej aktywności, kosztem innych wykonawców, wymagając od nich stałej aktywności w indagowaniu zamawiającego.

Stąd należy uznać, że w przypadku Odwołującego w odniesieniu do tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej przez

Konsorcjum Elbit termin na wniesienie odwołania określa art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, a jego bieg należy liczyć od przesłania przez Zamawiającego zawiadomienia z 11 marca 2019 r.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania, na skutek wniesionego sprzeciwu sprawa, stosownie do art. 186 ust. 4 pzp, została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie udostępnienia części oferty Przystępującego może uniemożliwić Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż nie może on skutecznie skarżyć ewentualnych uchybień Zamawiającego przy badaniu tej oferty.

Izba ustaliła, że okoliczności faktyczne zostały przywołane w odwołaniu zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, a zatem nie ma potrzeby ich powtarzania w całości.

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnicy 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.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.). Ponadto według art. 8 ust. 3 pzp wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub jeszcze innym dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Ponadto według art. 131v pkt 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w zakresie udzielania informacji, przepisy art. 8 ust. 3, art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1, art. 60d ust. 1, art. 92 i art. 93 ust. 3 i 5 stosuje się odpowiednio, jednak zamawiający może odmówić udzielania informacji, jeżeli jej ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu podstawą nieudostępnienia treści oferty Konsorcjum Elbit w zakresie podwykonawstwa oraz konfiguracji oferowanych komputerów przez Zamawiającego nie było skorzystanie z uprawnienia, o którym mowa w drugiej części przywołanego powyżej przepisu. O braku zaistnienia okoliczności tam opisanych świadczy również decyzja Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości. Również w uzasadnieniu załączonym do oferty Konsorcjum Elbit w żaden sposób nie nawiązało do tego przepisu.

Iżba zważyła, że Konsorcjum Elbit nie wykazało Zamawiającemu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co jest wystarczające dla stwierdzenia, że zarzuty odwołania należy uznać za zasadne. Przystępujący powinien bowiem sprecyzować i wykazać już w ramach uzasadnienia załączonego do oferty, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji osłabiłoby jego pozycję rynkową, czemu nie sprostął.

Zarówno w odniesieniu do specyfikacji technicznej oferowanych komputerów, jak i przewidywanych podwykonawców nie może być uznane za wystarczające uzasadnienie samo twierdzenie, że *mają charakter handlowy i organizacyjny dla Wykonawcy oraz prezentują wiedzę, która może pozwolić konkurentom zapoznać się z ważnymi aspektami działalności gospodarczej Wykonawcy*, gdyż nie wiadomo nawet, na czym polega rzekomo zarówno handlowy, jak i organizacyjny charakter tych informacji, nie wspominając o braku sprecyzowania nieznanych konkurencji istotnych aspektów działalności gospodarczej wykonawców wschodzących w skład Konsorcjum Elbit, które miałyby one ujawniać. W odniesieniu do podwykonawstwa dodanie, że *część zamówienia, którą Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy oraz nazwa podwykonawcy (...) obrazują aktywność rynkową Wykonawcy, a także nazwy kooperantów, z którymi współpracuje, które to informacje stanowią istotne źródło wiedzy o działalności Wykonawcy dla konkurencji (...)*, nie wnosi nic nowego w tym zakresie. Umknęło najwyraźniej uwadze Konsorcjum Elbit, że samo wzięcie udziału w tym szczególnym postępowaniu wskazuje na część rynku, którym zainteresowani są wykonawcy wchodzący w jego skład. Stąd nie wiadomo, jaką odrębną wartość gospodarczą miałyby utajnienie, w jakim zakresie i za pomocą jakich podwykonawców Konsorcjum Elbit przewiduje wykonanie przedmiotowego zamówienia. Innymi słowy, nie przedstawiono jakichkolwiek danych, które pozwalałyby na stwierdzenie, że informacje te ujawniają istotny obszar działalności tych wykonawców, który nie wynika z samego faktu wzięcia przez nich udziału w tym postępowaniu.

Wreszcie wskazanie, że *informacje dotyczące podwykonawstwa zawierają wiedzę na temat relacji biznesowych i kontraktowych Wykonawcy, wskazują na rynek zaopatrzenia Wykonawcy w zakresie realizacji konkretnej części zamówienia, a pozyskanie tych informacji przez konkurencję doprowadziłoby do uzyskania nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej, bowiem inne podmioty mogłyby podjąć próby nawiązania współpracy z tymi dostawcami, a co za tym idzie, uzyskania podobnych cen, co w konsekwencji wpłynęłoby negatywnie na konkurencyjność, a ujawnienie tych informacji może również spowodować, że konkurencyjne firmy postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić Wykonawcy wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów, zatem ujawnienie przedmiotowych informacji konkurencji Wykonawcy może przynieść mu bezpośrednią szkodę*, w rzeczywistości nie konkretyzuje żadnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji ani szkody, którą miałyby spowodować ich ujawnienie. Na podstawie tych ogólnikowych stwierdzeń można się jedynie domyślać, że według Konsorcjum Elbit w odniesieniu do części zamówienia objętych podwykonawstwem uzyskało wyjątkowo korzystne i niespotykane na rynku ceny od swoich podwykonawców, co jednak również powinno zostać jednoznacznie wysłowione i skonkretyzowane. Bez tego nie sposób zweryfikować, czy rzeczywiście oferty tych podwykonawców odbiegają istotnie na korzyść w stosunku do typowo dostępnych na rynku tego typu świadczeń. Ponadto należałoby również wykazać, że podmioty te nie są powszechnie znane na rynku jako działające w zakresie objętym podwykonawstwem, stąd ich pozyskanie przez konkurencyjnych wykonawców w zwykłej drodze nie byłoby możliwe. Co do zasady nie ma wartości gospodarczej wybranie jednego spośród funkcjonujących na danym rynku przedsiębiorców jako podwykonawcy. Z kolei nie może uzasadniać utajnienia danych podwykonawców subiektywna obawa o ich nieojalność, gdyż wykonawca działający z należytą starannością powinien być w stanie nawiązać z podwykonawcą stosowaną relację prawną, która zagwarantuje mu jego lojalność.

Według uzasadnienia załączonego do oferty szczegółowe informacje techniczne o konkretnej konfiguracji oferowanych Stacji Roboczej oraz Stacji Graficznej (informacje dotyczące nazw podzespołów, tj. płyta główna, procesor, pamięć RAM, dysk twardy, karta graficzna, zasilacz, karta sieciowa, karta dźwiękowa, jak również nazwy handlowe poszczególnych podzespołów, czyli oznaczenia i kody producenta), która została przygotowana i dobrana w sposób indywidualny dla Zamawiającego w taki sposób, aby w całości stworzone zostało określone rozwiązanie techniczne spełniające określone w tym zakresie przez niego wymogi. *Ponadto dobór parametrów technicznych oferowanych Stacji Roboczej i Graficznej jest również bezpośrednio powiązany z oferowanymi przez Wykonawcę systemami. Zaoferowana konfiguracja komputerów w całości zabezpiecza zarządzanie oprogramowaniem operacyjnym w oferowanych przez Wykonawcę systemach, a zatem ma wartość gospodarczą dla Wykonawcy.*

Umknęło uwadze Konsorcjum Elbit, że parametry techniczne Stacji Roboczej oraz Stacji Graficznej zostały określone przez Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poszczególnych podzespołów (płyty głównej, procesora, pamięci RAM, dysków twardych, karty graficznej, zasilacza, karty sieciowej i karty dźwiękowej) w taki sposób, że są to typowo dostępne na rynku konfiguracje komputerów osobistych tzw. PC (ang. personal computer), które od początku (IBM PC z 1981 r.) polegały na możliwości doboru konfiguracji z dostępnych podzespołów według potrzeb klienta. Oczywiście na rynku istnieje większa (płyta główna, pamięć RAM, dysk twardy, karta graficzna, zasilacz, karta sieciowa, karta dźwiękowa) lub mniejsza (procesor – Intel i AMD) producentów poszczególnych podzespołów, choć – jak trafnie wskazano w odwołaniu – gdy pod uwagę weźmie się producentów układów scalonych, na których bazują, jest ich już znacznie mniej (np. karty graficzne niezintegrowane z płytą główną – Nvidia i AMD), a w każdym razie ich krąg jest powszechnie znany, podobnie jak specyfikacja produkowanych przez nich układów. Nie dziwi zatem, że poza perswazyjnym stwierdzeniem o wartości gospodarczej przyporządkowania pod parametry określone w s.i.w.z. podzespołów danego producenta, Konsorcjum Elbit nie było w stanie zidentyfikować, na czym miałyby one polegać. Co więcej, pomimo twierdzeń o rzekomo indywidualnym doborze konfiguracji dla Zamawiającego, z utajnionej części oferty wynika, że zarówno jako Stację Roboczą, jak i Stację Graficzną Konsorcjum Elbit zaoferowało konkretne modele PC jednego z wiodących producentów na światowym rynku, co oznacza, że liczba możliwych konfiguracji jest ograniczona listą podzespołów stosowanych przez tego producenta na potrzeby tych modeli. W takim przypadku nie sposób racjonalnie wyobrazić sobie, na czym miałyby w tym przypadku polegać nie tylko wartość gospodarcza wskazania, która spośród dostępnych konfiguracji danego modelu została zaoferowana, ale gdzie tu w ogóle jest miejsce na tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy składającego ofertę w tym postępowaniu. Oczywiście jest również, że zaoferowanie konfiguracji sprzętowej zgodnej z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia niczego konkretnego nie zdradza w odniesieniu do oprogramowania oferowanego przez Konsorcjum Elbit.

W przedstawionym przez Konsorcjum Elbit uzasadnieniu utajnienia informacji dotyczących zarówno podwykonawców,

jaki i konfiguracji oferowanych PC brak jest w ogóle odniesienia do tego, że nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla tych osób, co zapewne wynika z faktu, że odnosi się ono ściśle do przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa według poprzedniego stanu prawnego, gdzie wymagane było jedynie, aby informacje były nieujawnione do wiadomości publicznej, czyli dla każdego. Już z tego powodu za niewystarczające należy uznać powołanie się właśnie na to, że informacje zastrzeżone w ofercie nie są dostępne publicznie, tj. nie można ich uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów, dokumentów itp., a ponadto dotyczą, jak to określono, „kooperantów niepublicznych”. Tym niemniej Konsorcjum Elbit nie przedstawiło również żadnych dowodów potwierdzających, że informacje o istnieniu i przedmiocie działalności jego podwykonawców, a także o konfiguracji oferowanego modelu komputera nie są powszechnie dostępne, choćby w Internecie (czyli np. że po wpisaniu firmy lub modelu komputera w wyszukiwarce nie uzyska się tych informacji).

Konsorcjum Elbit przy utajnianiu podwykonawców i konfiguracji oferowanych komputerów skupiło się przede wszystkim na ostatniej przesłance, czyli działaniach podjętych w celu utrzymania poufności zastrzeżonych informacji, gdyż uzasadnienie w tym zakresie jest najbardziej konkretne i poparte jakimiś dowodami. Nie ma to oczywiście znaczenia dla sprawy, skoro nie zostało wykazane spełnienie dwóch pozostałych przesłanek. Wydaje się, że Konsorcjum Elbit usiłowało przez zawarcie umów czy klauzul o poufności zarówno w stosunkach wewnętrznych, jak i na zewnątrz z podwykonawcami, nadać walor tajemnicy przedsiębiorstwa jak najszerzszemu zakresowi informacji. Jednakże w ocenie Izby z klauzuli w brzmieniu (§ 2 umów o poufności zawartych z podwykonawcami): *Strony ustalają, że dla potrzeb niniejszej umowy pojęcie „Informacje Poufne” obejmuje wszelkie dokumenty oraz informacje uzyskane przez jedną ze Stron w sposób zamierzony lub przypadkowy od drugiej Strony w formie ustnej, pisemnej lub elektronicznej w sytuacjach opisanych w § 1 tj. w toku negocjacji zmierzających do zawarcia umowy oraz informacji uzyskanych w czasie wykonywania wszelkich umów zawartych między Stronami oraz po ich wykonaniu lub rozwiązaniu, które nie są powszechnie dostępne dla osób trzecich, uzyskane po dacie podpisania niniejszej umowy w formie ustnej, pisemnej lub utrwalonej w inny sposób (wszelkie rodzaje, w tym elektroniczny, chmurowy, sieciowy, przenośny pamięć typu flash, dysk CD lub DVD, twardy dysk itp.), a których ujawnienie mogłoby narazić drugą stronę na szkodę* – jednoznacznie wynika, że utajnieniu podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie mogłoby narazić drugą Stronę na szkodę. Problem w tym, że Konsorcjum Elbit nie było w stanie przekonująco nawet wskazać, na czym miałyby polegać poniesiona przez nie szkoda w razie ujawnienia informacji dotyczących podwykonawstwa czy zaoferowanych modeli komputerów.

Na marginesie Izba zauważa, że zakup komputerów u innego przedsiębiorcy na potrzeby realizacji tego zamówienia nie kwalifikuje się jako podwykonawstwo.

Ponadto Izba uznaje przywołane w odwołaniu wypowiedzi z dotychczasowego orzecznictwa Izby w kwestii nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za adekwatne również w tej sprawie.

Dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie Izba uznała za bez znaczenia dla tej sprawy, której przedmiotem było rozstrzygnięcie o zasadności utajnienia części treści oferty Konsorcjum Elbit, a nie analiza porównawcza uzasadnień przedstawianych przez wykonawców w innych postępowaniach lub na poprzednim etapie tego postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 131v pkt 1 pzp ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż bezprawnie uniemożliwiło Odwołującemu zweryfikowanie treści oferty Konsorcjum Elbit z treścią specyfikacji, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponadto stosowanie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b kosztami postępowania odwoławczego obciążono Przystępującego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.