Sygn. akt: KIO 1649/19

WYROK

z dnia 12 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26.08.2019 r. przez wykonawcę SoftHard S.A., ul. Graniczna 27, 09-407 Płock w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Gdańskie Nieruchomości Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Partyzantów 74, 80-254 Gdańsk w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego oraz świadczenie usług serwisu (utrzymanie, rozwój, wsparcie techniczne) dla potrzeb Gdańskich Nieruchomości" (Numer referencyjny 28/19/A)

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze na podstawie 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutów mających za podstawę faktyczną informacje zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 26.07.2019 r. ze względu na wycofanie tego zarzutu;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania w wysokości 18 635 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści pięć złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - SoftHard S.A., ul. Graniczna 27, 09-407 Płock i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SoftHard S.A., ul. Graniczna 27, 09-407 Płock tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od wykonawcy SoftHard S.A., ul. Graniczna 27, 09-407 Płock na rzecz zamawiającego - Gdańskie Nieruchomości Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Partyzantów 74, 80-254 Gdańsk kwotę w wysokości 3 635 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści pięć złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą oraz dojazdu na posiedzenie.

4. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

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

do wyroku z dnia 12 września 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1649/19

Zamawiający - Gdańskie Nieruchomości Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Partyzantów 74, 80-254 Gdańsk prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego oraz świadczenie usług serwisu (utrzymanie, rozwój, wsparcie techniczne) dla potrzeb Gdańskich Nieruchomości (Numer referencyjny 28/19/A)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot

określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 04.06.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz.

U. UE pod numerem 2019/S 106 - 258973.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26.08.2019 r. przez wykonawcę SoftHard S.A., ul. Graniczna 27, 09-407 Płock.

We wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 21 ust. 1

Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L.2014.94.65) w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy, poprzez nieuzasadnione odtajnienie informacji, zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnicę jego przedsiębiorstwa, w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty Wykonawcy udzielonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 i 23 lipca br.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uchylenie decyzji o odtajnieniu wyjaśnień Odwołującego.

Wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w zakresie wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Następnie w odwołaniu zostało wskazane, że ponieważ informacja o odtajnieniu została przekazana w dniu 14 sierpnia br., termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1

ustawy.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy przesłana Zamawiającemu, na dowód czego składam potwierdzenie jej przesłania.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy, ponieważ odtajnienie dotyczy informacji o charakterze technicznym i technologicznym, w tym informacje o metodzie realizacji zamówienia, a tym samym know-how Wykonawcy. Są to więc informacje niewątpliwie posiadające wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie zostały ujawnione publicznie, pozostają w dyspozycji ograniczonego kręgu pracowników Wykonawcy, a w związku ze środkami technicznymi i organizacyjnymi zastosowanymi przez Wykonawcę w celu zapewnienia poufności informacji, ich poufność od strony formalnej jest chroniona stosownymi klauzulami. Tym samym nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Przy czym należy podkreślić, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest ograniczone w czasie i nie dotyczy wyłącznie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca udzielając, na żądanie Zamawiającego, wyjaśnień zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i przedsiębiorcy, mając na uwadze konieczność ich ochrony, przede wszystkim przed podmiotami konkurującymi z Wykonawcą w tym segmencie rynku IT (również tymi będącymi zainteresowanymi przedmiotowym postępowaniem), zastrzegł te informacje i wykazał ich poufny charakter. Co prawda wyjaśnienia powstały na potrzeby niniejszego postępowania o zamówienie publiczne, to jednak mają charakter specyficzny, indywidualny i ze wskazanych w nich rozwiązań Wykonawca korzysta jako stały uczestnik rynku zamówień publicznych. Zatem wyjaśnienia zawierające informacje poufne mają rzeczywistą i wymierną wartość gospodarczą w zakresie wykraczającym poza ramy niniejszego postępowania.

Przyjęte, stosowane i rozwijane przez Wykonawcę innowacyjne rozwiązania techniczne i technologiczne pozwoliły mu na wypracowanie i utrzymywanie od wielu lat przewagi konkurencyjnej, co ma swoje odzwierciedlenie w cenach oferowanego ZSI. Każdy z wymienionych elementów handlowych (składników) stanowi kierunkowskaz do zbioru wielu informacji technicznych i technologicznych o wykorzystywanych przez nas rozwiązaniach. Ich wkomponowanie w ZSI Papirus SQL pozwala nam na uzyskiwanie przewagi rynkowej. Wykonawca nigdy nie ujawniał osobom trzecim informacji o tych komponentach składowych ZSI Papirus SQL oraz zobowiązał, z zachowaniem formy pisemnej, wszystkich pracowników mających dostęp do takich informacji do zachowania poufności. Ujawnienie konkurencji informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa narazi Wykonawcę na nieuprawnione i niedozwolone wykorzystanie, a w konsekwencji pozbawi go wskazanej powyżej pozycji na rynku IT i narazi na straty finansowe.

Jak wskazał odwołujący należy zauważyć, że przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest „wdrożenie" ZSI Wykonawcy, zawierające dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania systemowego w dość specyficznym układzie, tj. niespotykanym zazwyczaj w podobnych zamówieniach dla podmiotów podobnych do Zamawiającego, wraz z ZSI Wykonawcy. Odwołujący nie spotkał się w swojej dotychczasowej praktyce z zamówieniem o tak wysoko postawionych wymaganiach. Zamówienia jest wyjątkowe na rynku podmiotów zajmujących się zarządzaniem nieruchomościami, do których zaliczamy Zamawiającego. W związku z tym także dobór elementów składowych zamówienia (podanych w załączniku nr 4 SIWZ), w tym sprzętu komputerowego (serwerów, klastra macierzy) i oprogramowania systemowego firm obcych ponieważ zostało wyspecyfikowane przez Zamawiającego w opisie przedmioty zamówienia w sposób dość ogólny (koncepcyjno-funkcjonalny). Dobór konkretnych elementów spełniających wymagania koncepcji Zamawiającego w powiązaniu z naszym ZSI to niewątpliwie element naszej pracy twórczej, której efekty chronimy. Wymaga posiadania i korzystania z ponadstandardowego potencjału.

Zamawiający wzywając do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty Wykonawcy, poprzez zawarte w nich dodatkowe pytania wymusił na Wykonawcy podanie wielu szczegółów, w tym nieupublicznianych przez SoftHard S.A. składowych oferowanego ZSI, w sposób wykraczający, poza opisany przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, sposób prezentacji przedmiotu oferty.

Odtajnienie zastrzeżonej części wyjaśnień stanowiłoby znakomity materiał do analiz dla naszych głównych konkurentów, tj. firm: UNISOFT Sp. z o.o. oraz SACER s.c. z Gdyni. Te firmy także korzystają z środowiska Delphi W naszej ocenie korzystają oni jednak w stosunku do SoftHard z gorszych komponentów m.in. do wizualizacji danych. Podkreślamy, że SoftHard wnosił o zastrzeżenie właśnie do dokumentów zawierających m.in. nazwy komponentów do wizualizacji danych, które naszym zdaniem stanowią m.in. o naszej przewadze konkurencyjnej. Optymalny dobór komponentów, spośród wielu oferowanych na rynku, to wynik naszych wielu analiz i optymalizacji w współdziałaniu z naszym ZSI, a co za tym idzie, związanych z tym nakładów. Związane z tym nasze know-how daje nam przewagę

konkurencyjną a zatem pozbawienie nas tej przewagi powodować będzie starty w postaci utraty kontraktów na rzecz konkurencji.

Na marginesie Odwołujący podnosi, że żadna z ww. firm nie złożyła oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie mniej zapewne były zainteresowane tym zamówieniem, skoro uczestniczyły w dialogu technicznym. Co więcej jedna z nich obecnie serwisuje użytkowany przez Zamawiającego system informatyczny.

Zamawiający, któremu Wykonawca przekazuje i powierza informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest zobligowany do utrzymania poufnego charakteru tych informacji, zarówno na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp, jak również na podstawie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, a także implementującej jej przepisy ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw.

Na zakończenie Odwołujący wskazał, że szerszą argumentację odnośnie postawionych zarzutów przedstawi w piśmie procesowym oraz lub na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Następnie Izba wskazuje, że mając na uwadze treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest zobligowana do oceny istnienia, po stronie podmiotu korzystającego ze środków ochrony prawnej, legitymacji czynnej w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody na skutek bezprawnych działań podmiotu zamawiającego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu nie przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż nie wypełniono materialnoprawnej przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Pomimo użycia przez ustawodawcę, w zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia w regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, słowa „lub", wskazać należy, iż ujęta w tym przepisie alternatywa ma na celu możliwość reakcji w ramach rozpoznania środka ochrony prawnej na dynamicznie zmieniającą się sytuację podmiotową wnoszącego odwołanie w ramach prowadzonego postępowania. Użyty tam zwrot „(...) jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia (...)" nadaje tej instytucji bardziej elastyczny charakter umożliwiający przeciwdziałanie, z jednej strony nadużyciom podmiotu zamawiającego nakierowanym na pozbawienie wykonawcy prawa do drogi odwoławczej na skutek ingerencji tego pierwszego w tok postępowania, z drugiej strony umożliwia reakcję na zaniechania podmiotu odwołującego, które mogą go pozbawić interesu w uzyskaniu zamówienia (cofnięcie poszczególnych zarzutów, upływ terminu związania ofertą itp.). Otóż ocena istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia, choć jest dokonywana na etapie merytorycznego rozpoznania, ma miejsce na moment wniesienia odwołania. To na tę chwilę wykonawca winien wykazać się istnieniem tego interesu, którego to przymiotu może nie posiadać, zarówno na skutek jego sytuacji podmiotowej w postępowaniu (własnych zaniechań związanych np. z brakiem przedłużenia terminu związania oferta, czy też ważności wadium), na skutek niewłaściwego postawienia zarzutów odwołania, czy wreszcie błędnego sformułowania jego żądań. Jednakże zmiana sytuacji w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, spowodowana np. działaniami podmiotu zamawiającego, może, lecz nie musi, spowodować utratę legitymacji czynnej, jeżeli Izba w ramach merytorycznego rozpoznania uzna, że wnoszący odwołanie taki interes posiadał na moment wniesienia odwołania, lecz utracił go z przyczyn od niego niezależnych i niezawinionych. Stąd też konstrukcja instytucji

uregulowanej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest elastyczna umożliwiając właściwe reagowanie na zmieniającą się w postępowaniu sytuację.

W niniejszym wypadku Izba uznała zaś, że Odwołujący interesu w uzyskaniu zamówienia nie posiadał już w momencie wniesienia środka ochrony prawnej na skutek nieobjęcia zaskarżeniem i żądaniami żadnych innych czynności poza zamiarem ujawnienia przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w związku z odpowiedzią na pytanie nr 5 zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 17.07.2019 r.

Izba wskazuje, że do poszukiwania ochrony informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przed ich nieuzasadnionym ujawnieniem przez podmiot zamawiający nie jest konieczne skorzystanie z drogi odwoławczej. Ochrona ta następuje na drodze karnej lub

cywilnej. Po pierwsze ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji penalizuje tego typu zachowania w ramach regulacji karnych (art. 23 ust. 1), gdzie zostało wskazane, że: Kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę

przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Dodatkowo przedsiębiorca może poszukiwać ochrony odszkodowawczej w ramach postępowania karnego lub w ramach odrębnego postępowania cywilnego.

Sam zarzut związany z realizacją przez podmiot zamawiający zasady jawności postępowania i podjęcie przez niego decyzji o nie respektowaniu zastrzeżenia nie stanowi drogi otwierającej wykonawcy możliwość uzyskania zamówienia (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), jak również pozostaje bez wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

W niniejszym wypadku zachodzi analogiczna sytuacja, jak w przypadku dochodzenia wadium zatrzymanego przez podmiot zamawiający. Otóż roszczenie to ma charakter wyłącznie cywilny i podniesienie w odwołaniu tylko i wyłącznie zarzutu związanego z zatrzymaniem wadium powoduje, że wykonawca nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy stanowi podstawę do wystąpienia z roszczeniem cywilnoprawnym, choć jak wyżej wskazano, takie działanie jest również penalizowane pod względem karnoprawnym, a zasadniczą szkodą jest tu szkoda w wymiarze finansowym.

Zgodnie bowiem z aktualnym i ugruntowanym orzecznictwem sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej drogą do dochodzenia zatrzymanego przez Zamawiającego wadium, jak również roszczeń dochodzonych w związku z brakiem respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa jest powództwo cywilnoprawne. O ile sam zarzut związany np. z zatrzymaniem wadium może być przedmiotem rozpoznania, co potwierdza postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt V CSK 456/09), o tyle uwzględnieniu takiego odwołania stoją na przeszkodzie w zasadzie dwie procesowe regulacje, tj. art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Nie mamy bowiem do czynienia z brakiem kognicji Izby w tym zakresie, gdyż zarzut zatrzymania wadium w postępowaniu lub odnoszący się do tajemnicy przedsiębiorstwa, skorelowany z innymi zaskarżonymi czynnościami, na skutek uwzględnienia odwołania w zakresie umożliwiającym wykonawcy uzyskanie zamówienia, może być przedmiotem rozstrzygnięcia jako zarzut wynikowy i powiązany z tymi zarzutami.

Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r. sygn. akt II CSK 491/11 (LEX nr 1238084), w ramach którego zostało wskazane, że: Nie można nie zauważyć, że w każdej z tych spraw różnie kształtowałby się interes majątkowy wykonawcy oraz że wykonawca nie kwestionujący wykluczenia bądź odrzucenia oferty może być zainteresowany tylko odzyskaniem wadium, co jest realne przy wykazaniu "nie leżących po jego stronie" przyczyn uchybień, które legły u podstaw nie złożenia właściwych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Zatrzymanie wadium mogło ponadto nastąpić w toku postępowania o zamówienie, bądź po zawarciu umowy w następstwie wyboru innej oferty, a w tym drugim wypadku jej wzruszenie byłoby niemożliwe. Przeważa zapatrywanie, że zatrzymanie wadium, jakkolwiek związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jest czynnością o samodzielnym charakterze i wynikające stąd roszczenia mogą być dochodzone w drodze sądowej. Stanowisko opowiadające się za dopuszczalnością tej drogi zawarto w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, nie publ. (wydanym na skutek wniesienia powództwa po oddaleniu protestu odnoszącego się tylko do zatrzymania wadium).

W powyższym orzeczeniu Sąd Najwyższy nie odmawia Izbie kognicji w rozstrzyganiu takich zarzutów, wskazując, że ze względu na skoncentrowanie się podmiotu wnoszącego środek ochrony prawnej jedynie na interesie materialnym związanym z zatrzymaniem wadium (w niniejszy wypadku związany z zastrzeżeniem informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa), bez kwestionowania czynności eliminujących go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Sąd Najwyższy uznał, że właściwa jest droga sądowa bez potrzeby korzystania z drogi odwoławczej.

Wynika to z faktu, iż zaskarżenie samej czynności zatrzymania wadium i postawienie,

skorelowanego z nim żądania jego zwrotu, nie ma wpływu na wynik postępowania - w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, którego wypełnienie stanowi warunek sine qua non uwzględnienia odwołania i jednocześnie powoduje brak legitymacji czynnej po stronie wnoszącego odwołanie w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Analogiczna sytuacja występuje w odniesieniu do zarzutu obejmującego czynność nie uznania za dopuszczalne zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tym samym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r. sygn. akt II CSK 491/11 (LEX nr 1238084) zostało wskazane, że: Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym przedstawioną skargę, odwołując się do przytoczonych argumentów i podzielając je uznaje, że w relewantnym stanie prawnym dopuszczalna była droga sądowa o zwrot zatrzymanego wadium wprost, bez potrzeby wykorzystywania środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. Środki te stanowią jeden z rodzajów postępowań przedsądowych, ale w sprawach o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego świadczenia - fakultatywnym. Konsekwentnie ich niewyczerpanie nie może być kwalifikowane jako bezwzględna ujemna przesłanka procesowa i zarzuty naruszenia art. 386 art. 3 k.p.c. w zw. z art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. są bezzasadne. - co oznacza, że dla Odwołującego nie istniało żadne ryzyko związane z zaniechaniem skorzystania z drogi odwoławczej w przypadku dochodzenia kwoty wadium w postępowaniu cywilnoprawnym, co należy odnieść w ramach analogii do poszukiwania ochrony w przypadku naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W wyżej cytowanym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził ponadto, że: Zgodnie z art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Relacja powyższa odpowiada stosunkowi lex generalis - lex specialis. Za stosowaniem przepisów kodeksu cywilnego (art. 704 § 2 zd. 3 k.c. co do zapłaty podwójnego wadium na skutek uchylenia się zamawiającego od zawarcia umowy) opowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r., V CSK 321/09, nie publ. Z kolei w wyroku z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10, nie publ. stwierdzono, że między zamawiającym a składającym ofertę zawiązuje się porozumienie, stanowiące szczególnego rodzaju stosunek prawny, który można określić jako umowę przetargową, a skoro p.z.p. jest ustawą szczególną wobec kodeksu cywilnego podstawą prawną roszczeń dotyczących wadium (tu: w sprawie z powództwa zamawiającego) mogą być przepisy k.c. Właściwą podstawą prawną roszczenia o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego przez zamawiającego wadium jest przepis art. 410 § 2 k.c. regulujący kwestię zwrotu nienależnego świadczenia - tu takiego, którego podstawa prawna nie została urzeczywistniona (kondykcja ob causa datorum). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, nie publ. wyraził pogląd, że roszczenie o zwrot zatrzymanego wadium wynika z art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c.

Powyższe tezy można bez żadnego ryzyka odnieść do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ochrona materialnych interesów wykonawcy wobec czynności podmiotu zamawiającego, godzących w te interesy, upoważnia wykonawcę do dochodzenia ich w drodze powództwa przed sądem powszechnym.

Co do kwestii szkody na której poniesienie, lub możliwość poniesienia, Odwołujący powoływał się na rozprawie wskazać należy, że istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz kwestia szkody oceniane są na moment wniesienia odwołania. Jednakże, jak słusznie zauważył Odwołujący, w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie szkody Ustawodawca posłużył się alternatywą, co pozwala na uznanie, że przesłanka ta odnosi się nie tylko do szkody istniejącej w momencie wniesienia odwołania, lecz również tej która może powstać w przyszłości. Norma ta bowiem obejmuje swoją hipotezą różne sytuacje będące wynikiem możliwości wystąpienia odmiennych przedmiotów zaskarżenia. W zasadzie w przypadku zaskarżenia treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień SIWZ uniemożliwiających wykonawcy udział w postępowaniu możemy mówić tylko o szkodzie przyszłej. Tym samym w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa możemy mówić, nie tylko o szkodzie mającej miejsce w chwili wniesienia odwołania, która nie zaistniała jeszcze w tym wypadku, gdyż jak oświadczył na rozprawie Zamawiający zastrzeżone informacje nie zostały jeszcze udostępnione, lecz może ona dopiero wystąpić w przyszłości. Zatem ten element warunkujący prawo do skorzystania z drogi odwoławczej został przez Odwołującego spełniony.

Nie została zaś spełniona przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż Odwołujący złożył w postępowaniu jedyną ofertę, która nie została przez Zamawiającego wyeliminowana z postępowania. Sama odmowa respektowania przez Zamawiającego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia - co oznacza, że Odwołujący nie posiadał legitymacji czynnej w skorzystaniu z prawa do wniesienia środka ochrony prawnej.

Powyższe powoduje, iż zaistnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, należy oceniać każdorazowo w sposób samodzielny i niezależny. O ile obie one, podlegając ocenie na etapie merytorycznego rozpoznania odwołania, muszą zostać spełnione łącznie aby mogło dojść do uwzględnienia odwołania, to pełnią zasadniczo odrębne role i są oceniane na zupełnie innym poziomie. Jednocześnie brak spełnienia którejkolwiek z nich skutkuje oddaleniem odwołania. Jak wyżej wskazano, art. 179 ust. 1 ustawy Pzp reguluje instytucję legitymacji czynnej uprawniającej do skorzystania z drogi odwoławczej, i winien być oceniony w pierwszej kolejności, przed merytorycznym rozpoznaniem zarzutów, to przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp może stanowić przeszkodę dla uwzględnienia odwołania po rozpoznaniu zarzutów i wpłynąć na oddalenie środka ochrony prawnej w całości mimo ich częściowego lub pełnego uwzględnienia.

Mając na uwadze powyższe wywody wskazać należy, iż w ramach prowadzonego postępowania Odwołujący jako jedyny złożył ofertę, wobec której Zamawiający nie zastosował sankcji odrzucenia, nie wykluczył również samego Odwołującego. Oznacza to, ze brak jest czynności stojących na przeszkodzie uzyskaniu zamówienia przez wnoszącego odwołanie. Przepisy zaś takiemu wykonawcy nie dają ochrony w drodze środków ochrony prawnej - a więc każde takie odwołanie powinno podlegać oddaleniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej , w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w postaci:

1. opisu stanowiska pracy analityka, projektanta i programisty;

2. oświadczenie o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co do dokumentu w postaci opinii prawnej z dnia 5 września 2019 r., złożonej przez Odwołującego, Izba uznała ten dokument za stanowisko własne Strony. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej dowód z opinii biegłego może zostać uznany za pełnoprawny dowód jedynie wówczas, gdy biegły sporządzający opinię zostanie ustanowiony (powołany) przez organ rozpoznający odwołanie wśród biegłych wpisanych na listę Prezesa Sądu Okręgowego. Funkcję biegłego może również pełnić instytut naukowo - badawczy lub inna jednostka naukowa.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie musi wskazywać m.in. okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania. Wskazana podstawa faktyczna odwołania wyznacza granice zarzutów odwołania. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości rozszerzenia granic (zarzutów) odwołania, o nowe okoliczności, których strona nie mogła powołać w terminie na wniesienie odwołania. Jednocześnie, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skoro zakres zarzutu determinują okoliczności faktyczne wskazane w jego podstawie to orzekanie o nowych okolicznościach, wcześniej nie podniesionych w terminie wniesienia odwołania, stanowiłoby wykroczenie poza granice odwołania.

Tym samym Izba jest zobligowana dokonać rozpoznania środka ochrony prawnej w granicach zarzutów, które nie obejmowały sposobu prowadzenia dokumentacji postępowania, w tym dokumentowania czynności w protokole. Stąd też Izba podjęła decyzję o oddaleniu wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego w przedmiocie przesłuchania jako świadka pełnomocnika Zamawiającego na okoliczność sposobu prowadzenia protokołu. Izba nie może bowiem prowadzić postępowania dowodowego wykraczającego swoim zakresem, co do dowodzonych faktów, poza zakres zaskarżenia (vide art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W związku z zastrzeżeniem przez Odwołującego nazw własnych komponentów, na skutek odpowiedzi na pytanie nr 5 zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 17.07.2019 r., informacje te nie zostaną przedstawione w uzasadnieniu odwołania.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następnie, że przedmiotem zamówienia jest wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego oraz świadczenie usług serwisu (utrzymanie, rozwój, wsparcie techniczne) dla potrzeb Gdańskich Nieruchomości.

Izba ustaliła, że Zamawiający w projekcie umowy w § 27 zatytułowanym „Poufność" zawarł następujące postanowienia:

1. Wykonawca zobowiązany jest do zachowania w tajemnicy informacji poufnych, uzyskanych w trakcie realizacji niniejszej Umowy. Wykonawca w szczególności zobowiązuje się:

a) nie ujawniać informacji poufnych osobom trzecim bez zgody Zamawiającego udzielonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności,

b) nie powielać informacji poufnych w zakresie szerszym niż jest to niezbędne dla realizacji zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy,

c) wykorzystywać informacje poufne wyłącznie w celu realizacji zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy,

d) stosować odpowiednie środki bezpieczeństwa w celu zabezpieczenia informacji poufnych przed dostępem osób trzecich.

2. Za informacje poufne uważa się wszelkie informacje, niezależnie od formy ich utrwalenia lub przekazania, które nie zostały podane do wiadomości publicznej, a zostały Wykonawcy przekazane/udostępnione w związku z realizacją zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy.

3. Za informacje poufne uważa się również informacje przekazane / udostępnione Wykonawcy w toku postępowania poprzedzającego zawarcie niniejszej Umowy.

4. Informacjami poufnymi są w szczególności dane osobowe, dane finansowe oraz informacje o charakterze wewnętrznym (w tym techniczne) Zamawiającego.

5. Za informacje poufne nie są uważane informacje, które Zamawiający jest zobowiązany ujawnić na mocy obowiązujących przepisów, w tym Prawa zamówień publicznych.

6. Wykonawca uprawniony jest do udostępnienia informacji poufnych pracownikom lub doradcom Wykonawcy, w zakresie, w jakim jest to konieczne do realizacji zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy. Wykonawca zobowiąże te osoby do zachowania informacji poufnych w poufności. Wykonawca odpowiada za naruszenia spowodowane przez te osoby, jak za działania własne.

7. Wykonawca zobowiązany jest do zwrotu w terminie 7 dni od dnia rozwiązania / wygaśnięcia niniejszej Umowy, wszelkich posiadanych materiałów zawierających informacje poufne oraz do usunięcia ze swoich zasobów oraz nośników elektronicznych informacje poufne zapisane i przechowywane w wersji elektronicznej. Na pisemne żądanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego zniszczenia wszelkich

posiadanych materiałów zawierających informacje poufne. Po wykonaniu zobowiązania, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym Wykonawca powiadomi Zamawiającego pisemnie o usunięciu informacji poufnych.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył jedyną ofertę.

Przy wykorzystaniu załącznika nr 4 do SIWZ Odwołujący w ofercie zaprezentował infrastrukturę techniczną, jaka zamierza dostarczyć Zamawiającemu w ramach dostawy, zaś w jego dalszej części wskazał oprogramowanie jakie zamierza wykorzystać w ramach realizacji części wdrożeniowej przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że w aktach postępowania znajduje się pismo Sacer s.c. z dnia 16.07.2019 r. zawierające wniosek o udostępnienie oferty złożonej w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 17.07.2019 r. działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. W ramach pytania oznaczonego numerem 5 zwrócił się o wyjaśnienie „Czy do wykonywania analizy OLAP, raportów z wizualizacją danych tabelarycznych i geograficznych, oraz tworzenia interaktywnych raportów jest wykorzystane dodatkowe oprogramowanie lub komponenty pochodzące od zewnętrznych dostawców? Jeżeli tak, to prosimy o podanie, jakie".

W odpowiedzi na powyższe pismo Odwołujący pismem z dnia 20.07.2019 r. wyjaśnienia zastrzegając w zakresie pytania nr 5 odpowiedź jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W załączniku nr 1 do powyższego pisma Odwołujący zawarł następującą argumentację na okoliczność uzasadnienia złożonego zastrzeżenia:

Wykonawca, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, w związku z art 11 ust, 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte poniżej informacje dotyczące technicznych i technologicznych elementów oferty, w tym stanowiących przedmiot niniejszych wyjaśnień jej treści.

Zastrzegając te informacje Wykonawca wskazuje, iż są to informacje o charakterze technicznym i technologicznym, w tym informacje o metodzie realizacji zamówienia, a tym samym know-how Wykonawcy, Są to więc informacje posiadające wartość gospodarczą dla Wykonawcy, dla niego indywidualizowaną. Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do informacji publicznej, pozostają w dyspozycji ograniczonego kręgu pracowników Wykonawcy, w związku ze środkami technicznymi i organizacyjnymi zastosowanymi przez Wykonawcę w celu zapewnienia poufności informacji, a ich poufność od strony formalnej jest chroniona stosownymi klauzulami. Tym samym nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji,

Wykonawca zastrzega przekazane Zamawiającemu informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż jako zawarte w wyjaśnieniach udzielonych przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i przedsiębiorcy, i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, przede wszystkim konkurującym z Wykonawcą w tym segmencie rynku IT, również tymi będącymi zainteresowanymi przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, Informacje te choć powstają na potrzeby niniejszego postępowania o zamówienie publiczne, to jednak mają charakter specyficzny, indywidualny i ze wskazanych rozwiązań Wykonawca korzysta jako stały uczestnik rynku zamówień publicznych. Wyjaśnienia mają rzeczywistą i wymierną wartość gospodarczą.

Przyjęte, stosowane i rozwijane przez Wykonawcę innowacyjne rozwiązania techniczne i technologiczne pozwoliły mu na wypracowanie i utrzymywanie od wielu lat przewagi konkurencyjnej, co ma swoje odzwierciedlenie w cenach oferowanego ZSI. Każdy z wymienionych elementów handlowych (składników) stanowi kierunkowskaz do zbioru wielu informacji technicznych i technologicznych o wykorzystywanych przez nas rozwiązaniach. Ich

wkomponowanie w ..... pozwala nam na uzyskiwanie przewagi rynkowej.

Wykonawca nigdy nie ujawniał osobom trzecim informacji o tych komponentach składowych

..... oraz zobowiązał, z zachowaniem formy pisemnej, wszystkich

pracowników mających dostęp do takich informacji do zachowania poufności. Ujawnienie konkurencji informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa narazi Wykonawcę na nieuprawnione i niedozwolone wykorzystanie, a w konsekwencji pozbawi go wskazanej powyżej pozycji na rynku IT i narazi na straty finansowe,

Zamawiający, któremu Wykonawca przekazuje i powierza informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest zobligowany do utrzymania poufnego charakteru tych informacji, zarówno na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp, jak również na podstawie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, a także implementującej jej przepisy ustawą z dnia 5 lipca 2018 r, o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw.

Powyższe zastrzeżenie oraz jego uzasadnienie Wykonawca opiera na ugruntowanej judykaturze, w tym na:

• wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 listopada 2015 r. (sygn. akt KIO 2301/15, 2302/15) - Przy wykorzystaniu wiedzy fachowej, na podstawie uzyskanych informacji można odszyfrować przyjęty model wdrożenia systemu. I choć wykonawcy w przeważającej mierze nie są producentami danego rozwiązania (infrastruktury), to zestaw konfiguracji elementów systemu zależał od każdego wykonawcy i stanowił pochodną przyjętej koncepcji wdrożenia, która w każdej z ofert ukształtowała się w sposób odmienny. Przyjęte założenia były odzwierciedleniem dokonanych analiz oraz wynikają z dotychczasowego doświadczenia wykonawcy. Izba dokonując analizy złożonych dokumentów i wyjaśnień, uznała, iż dokumenty te będące zbiorem informacji o sposobie realizacji zamówienia mogą mieć wartość gospodarczą O ile niektóre informacje, wyrwane z kontekstu całego dokumentu 'zawierają informacje jawne, o tyle cały zbiór informacji zawartych w poszczególnych wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny, stanowi także pracę koncepcyjną, twórczą, przeprowadzoną na potrzeby konkretnego Zamawiającego. C. . I

• wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 22 lutego 2018 r. (sygn. akt II SA/Op 4/18) - C. na tajemnicę przedsiębiorstwa składają się należące do tego podmiotu takie informacje, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Warunkiem respektowania tej tajemnicy jest uprzednie złożenie w odniesieniu do konkretnych informacji zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępnione (...).

a także ratio legis rządowego projekt ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy 2549).

Zamawiający pismem z dnia 14.08.2019 r. poinformował Odwołującego o braku respektowania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W jego uzasadnieniu wskazał, że:

1. Zamawiający wezwał Wykonawcę w dniu 17.07.2019 r. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty.

Wykonawca w dniu 20.07.2019 r. zaznaczył, że część wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Tajemnica dotyczyła odpowiedzi na pytanie nr 5: « Czy do wykonywania analiz OLAP, raportów z wizualizacją danych tabelarycznych i geograficznych, oraz tworzenia interaktywnych raportów jest wykorzystane dodatkowe oprogramowanie lub komponenty pochodzące od zewnętrznych dostawców? Jeżeli tak, to prosimy o podanie, jakie.” Odpowiedź Wykonawcy „Tak, do wykonania wykonywania analiz OLAP, raportów z wizualizacją danych tabelarycznych i geograficznych oraz tworzenia interaktywnych raportów wykorzystywanie będzie oprogramowanie naszej firmy wykorzystujące biblioteki (komponenty) zewnętrznych dostawców. Ponieważ informacja o dostawcy bibliotek (komponentów) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, dlatego podajemy ją w załączniku nr 1 do niniejszego pisma.”

W załączniku nr 1 Wykonawca udzielił niejawnej części odpowiedzi na pytanie 5: „Użytkownicy sporządzający analizy na serwerze analitycznym OLAP będą korzystali z autorskich rozwiązań naszej firmy wykorzystujących biblioteki (komponenty)

..... W przypadku konieczności wizualizacji danych geograficznych

wykorzystywane będą komponenty .....

Wykonawca wskazał, że są to informacje o charakterze technicznym i technologicznym, posiadające wartość gospodarczą, które nie zostały ujawnione do informacji publicznej. Pozostają w dyspozycji ograniczonego kręgu pracowników, w związku ze środkami technicznymi i organizacyjnymi zastosowanymi przez Wykonawcę w celu zapewnienia poufności informacji a ich poufność od strony formalnej jest chroniona stosownymi klauzulami.

Środowisko.....jest ogólnodostępnym i bardzo popularnym środowiskiem. Natomiast

biblioteki (komponenty) ..... oraz komponenty.....są jednymi

z popularniejszych komponentów wykorzystywanych w tym środowisku. Wykonawca nie wykazał żadnych elementów, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, np. poprzez wykazanie, że komponenty zostały zindywidualizowane, stworzone na potrzeby Wykonawcy, stanowią unikalną jego koncepcję itp. Dodatkowo wskazał, że będzie korzystał z zewnętrznych dostawców bibliotek (komponentów) nie wskazując ich nazw, co czyni przekazaną informację bardzo ogólną.

Tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu, oprogramowania (dobranie określonych produktów, powiązanych ze sobą systemów informatycznych) odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego (tak chociażby KIO w wyroku z 5 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2652/17). Wyjątek w ochronie przed ujawnieniem takiego zbioru informacji (poszczególnych jego części) może stanowić wykazanie przez wykonawcę, że zbiór ten przedstawia jego autorską, unikalną koncepcję realizacji zamówienia (nie ma możliwości wykorzystania tej koncepcji, np. w innym projekcie ze względu na jej specyficzny charakter), czy wymagające ochrony know-how wykonawcy, a tego Wykonawca nie uczynił. Ciężar udowodnienia określonych przesłanek, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał.

Skuteczne zobowiązanie Zamawiającego do nieujawniania określonych informacji wymaga nie tylko zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępniane, lecz także jednoczesnego wykazania przez Wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawiając wiarygodne dokumenty, jak np. wewnętrze procedury obowiązujące w przedsiębiorstwie, przykłady kaluzul potwierdzające ochronę poufności, czy wykazanie unikalnej koncepcji oprogramowania komputerowego itp.

2. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę w dniu 23.07.2019 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wraz z udzielonymi wyjaśnieniami na pytanie 4. Wykonawca wyjaśnił treść jednocześnie zastrzegł te wyjaśnienia, jako tajemnicę przedsiębiorstwa z uzasadnieniem tożsamym dołączonym do wyjaśnień z dnia 20.07.2019r. (załącznik nr 1).

Ponieważ część niejawna wyjaśnień Wykonawcy - tajemnica przedsiębiorstwa z dnia 20.07.2019r. dotyczyła odpowiedzi na pytanie nr 5 a ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło pytania nr 4, zastrzeżenie tej odpowiedzi, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający uznaje za bezzasadne. Dodatkowo Wykonawca w odpowiedzi wskazał, że rolę Systemu Raportowego będzie pełnił moduł Kontroling, przy jednoczesnym

zaimplementowaniu w ..... kilku sposobów raportowania, a także, że

niektóre z wymagań- zawarte w punktach od 3 do 12 oraz 14 Opisu Przedmiotu Zamówienia-

Wykonawca może odwzorować w kilku modułach ....., dlatego udzielnie

ostatecznej odpowiedzi będzie możliwe po przeprowadzeniu analizy przedwdrożeniowej. Z tego powodu nie ma możliwości zastrzec czegoś, co Wykonawca określił bardzo ogólnie, a co za tym idzie powyższy opis nie ma charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych określającym, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca składając ofertę powinien udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia, czego nie uczynił.

Zasadność zastrzeżenia oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga przede wszystkim ustalenia na podstawie przekazanych przez wykonawcę dowodów, czy i w jakim stopniu z jednostkowych informacji na temat oferowanego rozwiązania pozostali uczestnicy postępowania mogą wywieść, jaki rodzaj zastrzeganego rozwiązania technicznego jest oferowany, przy założeniu, że samo rozwiązanie kwalifikuje się do uznania go za know-how wykonawcy- a tego przede wszystkim Wykonawca nie wskazał oraz nie załączył żadnych dowodów.

W związku z powyższym, zastrzeżenie informacji jest nieskuteczne, co powoduje ich odtajnienie przez Zamawiającego.

Dodatkowe wyjaśnienia i argumentację, co do podstaw zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący ujął w pismach z dnia 21 i 28 sierpnia 2019 r.

Na czynność, która została zawarta w piśmie Zamawiającego z dnia 14.08.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, jednakże w związku z art. 179 ust. 1 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania podniesionych w odwołaniu zarzutów, tj. art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie

zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L.2014.94.65) w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że przedmiotem oceny jest czynność podmiotu zamawiającego dokonana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd też Izba w pierwszej kolejności, po przedstawieniu ogólnych argumentów związanych z zasadą jawności postępowania, odniesie się do decyzji Zamawiającego wyrażonej w piśmie z dnia 14.07.2019 r.

Zamawiający, jako gospodarz postępowania, stoi na straży jawności tego postępowania, z czego wynikają dla niego określone obowiązki, w tym podjęcie decyzji, czy zastrzeżenie informacji nie narusza tej zasady. Warto odnotować, że w niniejszej sprawie Zamawiający tuż przed podjęciem decyzji o braku respektowania zastrzeżenia kilkukrotnie zwracał się do Odwołującego o doprecyzowanie kwestii zastrzeżenia. Już sam fakt wystosowania takiej prośby może świadczyć o tym, że Zamawiający miał jednak wątpliwości, co do zasadności tego zastrzeżenia. W innym przypadku Zamawiający poprzestał by na wcześniej uzyskanych wyjaśnieniach w tym zakresie. Wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi liczyć się z faktem, że postępowaniem tym rządzi zasada jawności, a tym samym, że określone dokumenty, przez niego uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa, mogą zostać odmiennie ocenione przez zamawiającego, będącego gospodarzem tego postępowania.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (teks jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1010) w aktualnym jego brzmieniu: 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.

Jak wynika z powyższego przepisu przesłanka, że jakaś informacja jest ogólnodostępna i bardzo popularna (vide stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 14.08.2019 r.) pozostaje bez znaczenia, jeżeli Ustawodawca definicję tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi do

znajomości tej informacji przez „osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji". Dodatkowo aktualna definicja tajemnicy przedsiębiorstwa referuje do „szczególnego zestawienia i zbioru elementów", co wprost wpisuje się w stan faktyczny niniejszej sprawy.

Przedmiotem zastrzeżenia Odwołujący uczynił odpowiedź na pytanie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 17.07.2019 r. (pytanie nr 5).

W ramach odpowiedzi zostały przez Odwołującego wskazane nazwy własne komponentów służące do uzyskania funkcjonalności, o którą pytał Zamawiający.

W ocenie Izby informacje te nie mają charakteru informacji powszechnie dostępnych, nie stanowią one również oczywistej odpowiedzi na tak zadane pytanie. Gdyby tak było Zamawiający nie musiałby podejmować działań celem pozyskania tych informacji. Dodatkowo, gdyby zestawienie tych komponentów w jedną całość i ich wzajemna integracja nie była zadaniem skomplikowanym, nie wymagała szeregu testów i prób wdrożeniowych Zamawiający mógłby dokonać zakupu tych komponentów jako gotowych produktów (oprogramowania „Z półki") tzw. COTS (stanowiące akronim od angielskiego pojęcia Commercial Off The Shelf Software) i dokonać ich integracji przy wykorzystaniu własnych służb informatycznych. Tak się jednak nie stało, gdyż przedmiotem niniejszego zamówienia jest operacja obejmująca następujące poziomy (Rozdział 1 pkt 1 SIWZ - opis przedmiotu zamówienia):

Przedmiotem zamówienia jest:

a) wdrożenie w siedzibie Zamawiającego - Samorządowym Zakładzie Budżetowym Gdańskie Nieruchomości oraz w siedzibie jednostek organizacyjnych Zamawiającego Zintegrowanego

Systemu Informatycznego (zwanego dalej: ZSI),

b) świadczenie usług serwisu (utrzymanie, rozwój i wsparcie techniczne) po wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego, przez okres 48 miesięcy (4 lat),

c) zakup licencji wieczystych z prawem do modyfikacji na programy ZSI,

2. Przedmiot zamówienia obejmuje, w szczególności:

a) dostawę Infrastruktury Technicznej (sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem) szczegółowo określonej w Załączniku nr 2 do SIWZ wraz z niezbędnym oprogramowaniem

operacyjnym i aplikacjami,

b) wdrożenie ZSI w siedzibie Zamawiającego oraz siedzibach jednostek organizacyjnych Samorządowego Zakładu Budżetowego Gdańskie Nieruchomości,

c) świadczenie usług serwisu i rozwoju zarówno w siedzibie Zamawiającego oraz siedzibach jednostek organizacyjnych Samorządowego Zakładu Budżetowego Gdańskie Nieruchomości.

Mając na uwadze stanowisko Zamawiającego wyrażone w decyzji z dnia 14.08.2019 r. nasuwa się wątpliwość, jaki jest ekonomiczny cel wydatkowania środków publicznych w ramach przedmiotowego postępowania. Z analizy opis przedmiotu zamówienia wynika obraz, że to na wykonawców przerzucono ciężar wdrożenia i utrzymania systemu mimo faktu, że zdaniem Zamawiającego, sam dobór komponentów oprogramowania jest oczywisty i opiera się na powszechnie występujących w obrocie produktach. Dodatkowo odnosząc się do stanowiska Zamawiającego w zakresie ogólnodostępności i popularności środowiska oraz komponentów wskazanych przez Odwołującego nasuwa się wątpliwość, czy decyzja o odtajnieniu informacji została podjęta w oparciu o obowiązujące przepisy.

Odnosząc się do aktualnego brzmienia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa należy zauważyć, że w kontekście rezygnacji przez Ustawodawcę z jednego elementów konstytutywnych tajemnicy przedsiębiorstwa, jakim była kwestia publicznej dostępności informacji, i

zredukowanie tej przesłanki jedynie do osób „(...) zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji (...)" można założyć, że dalsza części hipotezy normy prawnej ujętej w treści art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosi się do działań zmierzających do utrzymania ich poufności - lecz jedynie wobec osób, które mogą być zainteresowane ich

pozyskaniem (a więc wobec podmiotów konkurencyjnych).

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że takie działania zostały podjęte wskazując w treści wyjaśnień (załącznik nr 1 do pisma z dnia 20.07.2019 r.), że informacje zastrzeżone w wyniku wyjaśnień zostały utajnione „(.) przed innymi podmiotami, przede wszystkim konkurującymi z Wykonawcą w tym segmencie rynku IT, również tymi będącymi zainteresowanymi przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego." O fakcie zainteresowania innych uczestników rynku ofertą Odwołującego Zamawiający posiadał te informacje niejako z urzędu, gdyż jak Izba ustaliła, w aktach postępowania znajdują się pisma podmiotu Sacer s.c. (z dnia 16.07.2019 r. oraz z dna 21.08.2019 r.). Pierwsze z nich zawiera wniosek tego podmiotu o udostepnienie oferty złożonej w postępowaniu, drugie zaś zawiera wniosek o udostępnienie podmiotowi Sacer s.c. korespondencji prowadzonej w ramach postępowania oraz sformułowane zastrzeżenia wobec oferty Odwołującego (w przedmiocie osiągnięcia dla systemu bazodanowego Firebird wersja 2.5.7. statusu „end-of-life"). Tym samym Zamawiający już na podstawie tych informacji powinien dojść do jedynego wniosku, że konkurencyjny podmiot w postaci Sacer s.c. nie dysponuje tymi informacjami, co wpisuje się w przesłankę uregulowaną w treści art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Rynek tego typu usługodawców jest, lub winien być, Zamawiającemu znany - choćby ze względu na poprzedzenie postępowania dialogiem, którą to informację Zamawiający potwierdził w toku rozprawy wskazując, że Sacer s.c. nie wziął udziału w postępowaniu ze względu na brak wyrażenia zgody na udostępnienie kodów źródłowych. A zatem Zamawiający ma świadomość tego, że zastrzeżone informacje nie znajdują się w posiadaniu wykonawcy Sacer s.c. Gdyby sytuacja prezentowała się inaczej podmiot ten nie wnioskowałoby o udostępnienie dokumentacji postępowania lub jawność tych danych Zamawiający byłby w stanie wykazać w oparciu o informacje pozyskane w toku prowadzonego wcześniej dialogu.

Krajowa Izba odwoławcza w niniejszym składzie w całości podzieliła stanowisko Izby wyrażone w przywołanym przez Odwołującego w piśmie z dnia 20.07.2019 r. (załącznik nr 1 - zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2301/15 i 2302/15. W orzeczeniu tym zostało wskazane, że Przy wykorzystaniu wiedzy fachowej, na podstawie uzyskanych informacji można odszyfrować przyjęty model wdrożenia systemu. I choć wykonawcy w przeważającej mierze nie są producentami danego rozwiązania (infrastruktury), to zestaw konfiguracji elementów systemu zależał od każdego wykonawcy i stanowił pochodną przyjętej koncepcji wdrożenia, która w każdej z ofert ukształtowała się w sposób odmienny. Przyjęte założenia były odzwierciedleniem dokonanych analiz oraz wynikają z dotychczasowego doświadczenia wykonawcy. Izba dokonując analizy złożonych dokumentów i wyjaśnień, uznała, iż dokumenty te będące zbiorem informacji o sposobie realizacji zamówienia mogą mieć wartość gospodarczą. O ile niektóre informacje, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne, o tyle cały zbiór informacji zawartych w poszczególnych wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny, stanowi także pracę koncepcyjną, twórczą, przeprowadzoną na potrzeby konkretnego Zamawiającego.

W odniesieniu do powyższego stanowiska Zamawiający w piśmie z dnia 14.08.2019 r. przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2652/17 wskazując, że: Tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu, oprogramowania (dobranie określonych produktów, powiązanych ze sobą systemów informatycznych) odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego. W powyższym orzeczeniu mieliśmy jednak do czynienia z odmiennym

stanem faktycznym. Przedmiotem zamówienia w ramach postępowania objętego postępowaniem odwoławczym była dostawa, instalacja oraz konfiguracja sprzętu komputerowego o parametrach ściśle określonych przez podmiot zamawiający. W takim wypadku wykonawcy nie mają tak znacznej swobody w uzyskaniu pożądanych cech

przedmiotu, jak ma to miejsce w przypadku budowy skomplikowanego systemu

informatycznego, który nierzadko powstaje na ścisłe zamówienie jego nabywcy.

W powyższym wyroku Izba przywołał tezę innego orzeczenia, której ścisłe przytoczenie

pozwala na zobrazowanie różnic pomiędzy dostawa sprzętu a wdrożeniem systemu informatycznego. W przywołanym przez Zamawiającego orzeczeniu KIO 2652/17 zostało wskazane, że: „Izba podziela pogląd wyrażony w orzeczeniu Izby z dnia 7 czerwca 2013 r. o sygn. akt: KIO 1239/13, następnie wielokrotnie przytaczany przez Izbę, iż „w ocenie Izby nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa informacje wskazujące na producenta oraz model oferowanego sprzętu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie pozostawił wykonawcom dowolności w zakresie skomponowania infrastruktury sprzętowo-systemowej co mogłoby by być uznane za know-how danego wykonawcy. Zdaniem Izby tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego." A zatem w przedmiotowym postępowaniu, należało nakazać ujawnienie nazw i modeli (nr katalogowych) oferowanych produktów".

Jak wskazywał Odwołujący takie zestawienie komponentów oprogramowania celem stworzenia bardziej rozbudowanej struktury o określonych i pożądanych cechach, które dają Odwołującemu możliwość uzyskania przewagi konkurencyjnej, jest wynikiem 3 - letnich prac kilkunastoosobowego zespołu programistów, co pozwoliło mu na uzyskanie finalnego produktu pozwalającego na spełnienie wysokich wymagań podmiotów zamawiających, uprościło jego strukturę i ułatwiło jego wykorzystanie przez użytkownika końcowego dzięki czemu, jego produkt jest tańszy we wdrożeniu, choćby ze względu na zredukowanie czasu koniecznego na przeprowadzenie szkoleń. Trudno jest podważyć stanowisko Odwołującego jeżeli oferowany przez niego produkt funkcjonuje od kilku lat na rynku, i co wynika pośrednio ze stanowiska Zamawiającego, spełnia postawione przez niego wymagania.

Odnosząc się do kwestii doboru komponentów programowych w ramach budowy lub też utrzymania określonego środowiska programistycznego, scalenia określonych środowisk informatycznych, ich przetestowania i wdrożenia jako gotowego produktu o bardziej złożonych cechach należy uznać, że tego rodzaju wiedza może stanowić wartość gospodarczą podlegającą ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ogólnodostępność określonych aplikacji na rynku nie oznacza, że wiedza o ich zastosowaniu do określonych celów w powiązaniu z innymi komponentami oraz ich powiązanie w jeden jednorodny system

nie odbiera takim informacjom cech technicznych lub technologicznych posiadających wartość gospodarczą. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że informacje takie mogą posiadać cechy wpisujące się w hipotezę normy prawnej ujętej w treści art. 11

ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Co do pozostałych przesłanek wynikających z powyższego przepisu Izba wskazuje, że kwestia wykazania posiadania lub nie posiadania tej wiedzy przez „(...) osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji" może przysparzać trudności dowodowe. Mielibyśmy w tym wypadku do czynienia z klasycznym przykładem konieczności wykazania braku istnienia określonych faktów, która to okoliczność (przy obecnej strukturze przepływu informacji, w szczególności przy wykorzystaniu Internetu) byłaby niemożliwa do udowodnienia. Stąd też jeżeli Zamawiający nie był w stanie wykazać, że taka informacja jest znana podmiotom z rynku właściwego (a więc konkurentom Odwołującego), należy przyjąć, że została ona uprawdopodobniona przez Odwołującego.

Wyjaśnienia Odwołującego złożone na rozprawie odnoszące się do roli jaką w jego działalności pełni specyficzny dobór komponentów programistycznych, w tym jakie cechy dzięki temu działaniu posiada oferowany przez niego produkt finalny powodują, że informacje te posiadają wymierną wartość gospodarczą. Izba dała wiarę tym wyjaśnieniom. Jak wskazywał Odwołujący dzięki prostocie obsługi finalnego produktu wymaga on mniejszych nakładów szkoleniowych w celu jego wdrożenia u użytkownika końcowego. Jego przewagę stanowi również to, że jest on produktem rozwijanym od niemal 10 lat stanowiąc know how Odwołującego. W tym zakresie Izba stwierdza, że spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji można wywieść z samej istoty zastrzeżonych informacji.

Wobec powyższego doszło do spełnienia trzech z czterech przesłanek ujętych w przywołanym wyżej art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Co do kwestii podjęcia przez Odwołującego „niezbędnych działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji" Izba działania te oceniła w kontekście czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, odnosząc się do treści normy prawnej wyrażonej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazać należy, że jej hipotezę odnieść należy do tych informacji, które winny znajdować się w ofercie w oparciu o wymogi ujęte w pierwotnej dokumentacji przetargowej. Zgodnie z treścią zdanie pierwszego ww. przepisu 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. Moment ten zatem należy odnieść do momentu „zaprezentowania" podmiotowi zamawiającemu określonych informacji. Jeżeli zaś konieczność ich przedstawienia, w ocenie podmiotu zamawiającego, nastąpiła po otwarciu ofert, jak miało to miejsce w niniejszym wypadku, to takie zastrzeżenia powinno zostać dokonane w momencie ich złożenia - co też Odwołujący uczynił.

W dalszej kolejności, odnosząc się do stanowiska Odwołującego prezentowanego na rozprawie, Izba poddała ocenie mającą miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymianę argumentów pomiędzy jego uczestnikami. Zamawiający bowiem, jak słusznie wskazywał Odwołujący, odmowę uznania odpowiedzi na pytanie nr 5 zawarte w piśmie z dnia 14.07.2019 r. oparł na tezie o powszechnej dostępności tych informacji, a ściślej na fakcie, że wskazane tam komponenty znajdują się w powszechnym obrocie handlowym. W ocenie Izby okoliczność ta nie może sama przez się stanowić przesłanki do odmowy uznania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak zostało wskazane wyżej to sam dobór komponentów do określonego wykorzystania i ich kompilacja mogą przybrać postać informacji o charakterze technologicznym, a więc stanowiących dla wykonawcy wartość gospodarczą. Dodatkowo, przy obecnym brzmieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji fakt powszechnej dostępności tego rodzaju oprogramowania na rynku pozostaje bez znaczenia dla kwestii oceny zasadności zastrzeżenia. Przedmiotem zastrzeżenia jest bowiem zbiór informacji, a więc nazw własnych komponentów wykorzystanych przez Odwołującego do budowy całego systemu. Fakt ten Izba uznała za wykazany na podstawie całokształtu materiału dowodowego, w tym korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Sacer s.c.

Co znamienne w ramach ocenianego przez Izbę stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu ofertę złożył tylko jeden wykonawca, a zatem trudno jest w tym wypadku stwierdzić, że zastrzeżenie tych informacji może utrudnić innym wykonawcom weryfikację oferty Odwołującego. Zasada jawności postępowania, choć ma nie tylko charakter wewnętrzny (oceniony z punktu widzenia jego uczestników), lecz również charakter zewnętrzny (mogący stanowić podstawę kontroli społecznej w oparciu o przepisy o dostępie do informacji publicznej) nie stanowi zasady samej w sobie, lecz winna służyć określonym celom. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu szczegółowe informacje o zastosowanych przez siebie rozwiązaniach, choć jak wynika z dokumentacji postępowania takie informacje nie były wymagane przez Zamawiającego. W zasadzie trudno jest ustalić czym kierował się Zamawiający odmawiając uznania zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W pełni aktualny w realiach tej sprawy pozostaje pogląd Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony w przywołanym przez Odwołującego wyroku z dnia 14 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 183/11, w którym wskazano, że: „Izba, uznając podniesiony zarzut za zasady, uwzględniła odwołanie, stwierdzając, że podstawą do uwzględniania odwołania było niezasadne utajnienie części oferty Przystępującego, co może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie może akceptować coraz częstszych praktyk, że wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanym w siwz, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, który przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust. 4 ustawy o z.n.k.".

W niniejszym wypadku nie mamy jednak do czynienia z taką sytuacją. Brak jest bowiem innych wykonawców, którzy mogliby mieć interes w weryfikacji oferty Odwołującego. Stąd też Izba uznała to zastrzeżenie za skuteczne w kontekście powyższych okoliczności. Objęcie tajemnicą (zastrzeżeniem) tych informacji w postępowaniu, gdzie poza Odwołującym żaden inny podmiot nie złożył oferty, winno zostać zupełnie inaczej ocenione w odniesieniu do zasady jawności postępowania. Zasadę tę należałoby w tym wypadku badać w aspekcie zewnętrznym. Zamawiający zaś nie uwzględnił poczynionego przez Odwołującego

zastrzeżenia mimo faktu, że zastrzeżenie to nie narusza interesu żadnego uczestnika postępowania. W tym zakresie na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że sam Zamawiający w projekcie umowy wprowadził cały rozdział zatytułowany „Poufność" - vide § 27 projektu umowy.

Co do terminu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała, że czynność ta została wykonana przez Odwołującego w odpowiednim momencie. Takie zastrzeżenie należało złożyć na moment przedstawienia tych informacji Zamawiającemu.

W tym zakresie Izba podziela argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.01.2019 r. sygn. akt KIO 2519/18, gdzie zostało wskazane, że: W przypadku składania wyjaśnień po upływie terminu składania ofert właściwym momentem do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest chwila składania wyjaśnień. Nie można bowiem żądać od wykonawców, aby do dnia złożenia ofert przewidywali fakt wezwania do złożenia wyjaśnień na etapie oceny ofert, przedmiot wezwania, czy oczekiwania zamawiającego. W przeciwnym wypadku byliby oni zmuszeni do - z ostrożności - zastrzegania treści ewentualnych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób także pominąć, że obowiązkiem wykonawcy zastrzegającego informacje jest wykazanie, że rzeczywiście informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie byłoby oczywiście niemożliwe skoro wykonawca nie wie, przed terminem składania ofert, udzielenie jakich informacji będzie konieczne, aby sprostać wezwaniu zamawiającego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej podmiot zamawiający w ramach postępowania stanowi emanację Państwa. Jak zaś wynika z wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 31.01.2017 r. (sygn. akt II GSK 842/16) Stosownie do treści art. 18 ust. 1 i art. 23 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503

ze zm.) za ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa organ administracji może ponieść odpowiedzialność, a takie działanie organu może zostać uznane za czyn naruszający zasadę zaufania obywateli do państwa.

Odnosząc się w ramach nowego brzmienia przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do poglądów doktryny wskazać należy, że dnia 08.06.2016 r. przez Parlament Europejski i Radę Unii Europejskiej została przyjęta dyrektywa 2016/943 w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem. Zgodnie z art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, tajemnica przedsiębiorstwa oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

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

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

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

W podsumowaniu opracowania autorstwa Klaudii Ostrowskiej oraz Adama Stępnia zatytułowanego „Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa według dyrektywy 2016/943 i jej implementacja do krajowych porządków prawnych na przykładzie Niemiec i Polski (MOP 2019 nr 12, Legalis C.H. BECK) zostało wskazane, że:

Podsumowując powyższe, inkorporacja, na grunt polskiego prawodawstwa, przepisów dyrektywy 2016/943 dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa nie zmieniła dotychczasowego zakresu przedmiotowego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nowelizacja doprecyzowała jednak, że dotyczy ona takich informacji, 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.

(...) Jedną z ważniejszych zmian, naszym zdaniem, jest zastąpienie obowiązku podjęcia przez właściciela informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności poprzez nałożenie obowiązku działania z zachowaniem należytej staranności, która to definicja nie została dotychczasowo szczegółowo wyjaśniona na gruncie polskiego ustawodawstwa.

Powyższe wskazuje, że wprost w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostało wskazane, że dotyczy to zbiorów informacji. Zmianie uległa również ocena działań podmiotu chcącego chronić zastrzeżone informacje. Stąd też Izba zastrzeżenie poczynione przez Odwołującego w niniejszym przypadku uznała za skuteczne.

Tym samym uznać należy, że zarzut ten potwierdził się, choć odwołanie ze względu na treść art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, podlegało oddaleniu.

Odnosząc się do kwestii relacji pomiędzy art. 179 ust.1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp, Izba wskazuje za orzecznictwem; „Może też zaistnieć sytuacja, że - niezależnie od posiadania przez Odwołującego interesu z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i uznania zarzutów za zasadne - odwołanie zostanie oddalone, a to na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: Izba bowiem uwzględnia odwołanie tylko w wypadku, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. (...) Ustawodawca wprowadzając przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych musiał założyć możliwość zaistnienia sytuacji, że odwołanie może okazać się słuszne i zasadne, jednak jeżeli jego uwzględnienie pozostaje bez korelacji z wynikiem postępowania, należy je oddalić - priorytetem jest szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych pozostaje bez związku z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc istnieniem bądź nie interesu w uzyskaniu zamówienia (czy złożenia odwołania). Reasumując, ani spełnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ani zasadność zarzutów nie przesądzają jeszcze o uwzględnieniu odwołania; taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym.”(za wyrokiem KIO z dnia 27.04.2011 r., sygn. akt: KIO 776/11).

Mimo uwzględnienia zarzutu z art. 21 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp brak jest podstaw prawnych do uwzględnienia odwołania jako takiego. Na przeszkodzie temu stoją normy ujęte w treści art. 179 ust. 1 oraz w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O ile sam zarzut związany z odmową respektowania zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa może być przedmiotem rozpoznania, co potwierdza również postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt V CSK 456/09), o tyle uwzględnieniu takiego odwołania stoją na przeszkodzie w zasadzie dwie procesowe regulacje, tj. art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Nie mamy bowiem do czynienia z brakiem kognicji Izby w tym zakresie, gdyż zarzut z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, skorelowany z innymi zaskarżonymi czynnościami, na skutek uwzględnienia odwołania w zakresie umożliwiającym wykonawcy uzyskanie zamówienia, może być przedmiotem rozstrzygnięcia jako zarzut wynikowy i powiązany z tymi zarzutami.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak wpływu na wynik postępowania uwzględnionych zarzutów powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: