Sygn. akt: KIO 2781/20

WYROK
z dnia 20 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 r. przez odwołującego Orange Polska S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostradprzy udziale wykonawcy Netia S.A. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w formularzu cenowym przystępującego Netia S.A. w Warszawie dotyczących danych zaproponowanego routera typu CE i CPE i udostępnienie ich odwołującemu,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcę Netia S.A. w Warszawie i:

3.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Orange Polska S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od przystępującego Netia S.A. w Warszawie na rzez odwołującegoOrange Polska S.A. w Warszawie rzecz kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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.

Przewodniczący:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 20 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt: 2781/20

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci rozległej WAN”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 17 sierpnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 158-386025, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 26 października 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (dalej zwany jako „odwołujący”).

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnej treści oferty złożonej przez Wykonawcę Netia S.A., tj. pełnej treści formularza cenowego zawierającego: proponowany przez Wykonawcę router typu CE (Nazwa wraz z podaniem danych i cech umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez Zamawiającego – P/N produktu, licencje itp.) oraz proponowany przez Wykonawcę router typu CPE (Nazwa wraz z podaniem danych i cech umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez Zamawiającego – P/N produktu, licencje itp.), a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą jawności i przejrzystości;

2.art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez uznanie, że informacje zawarte we wskazanym w pkt 1 formularzu cenowym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Netia S.A., pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą jawności i przejrzystości.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez Netia S.A. informacji dot. oferowanych routerów typu CE i CPE oraz odtajnienia i udostępnienia odwołującemu w całości treści oferty Netia S.A., tj. pełnej treści formularza cenowego zawierającego: proponowany przez wykonawcę router typu CE (nazwa wraz z podaniem danych i cech umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez zamawiającego - P/N produktu, licencje itp.) oraz proponowany przez wykonawcę router typu CPE (nazwa wraz z podaniem danych i cech umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez zamawiającego - P/N produktu, licencje itp.).

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje.

W dniu 30 września 2020 r. zamawiający, na wniosek odwołującego, udostępnił mu ofertę złożoną przez wykonawcę Netia S.A. z wyłączeniem części oferty, tj. formularza cenowego w części zawierającej proponowany przez wykonawcę router typu CE (nazwa wraz z podaniem danych i cech umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez zamawiającego – P/N produktu, licencje itp.) oraz proponowany przez wykonawcę router typu CPE (nazwa wraz z podaniem danych i cech umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez zamawiającego - P/N produktu,

licencje itp.). W dniu 14 października 2020 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie mu nieudostępnionych części oferty w wyniku czego otrzymał, w dniu 15 października 2020 r., odpowiedź, iż są to informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Netia S.A., więc pełna treść formularza cenowego nie zostanie udostępniona. W ocenie odwołującego czynność zamawiającego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący wskazał, że jawność postępowania, wyrażona w art. 8 ust. 1 p.z.p, jest naczelną zasadą, na której opiera się całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Realizuje konstytucyjną zasadę jawności działań podmiotów publicznych i nakazuje zamawiającemu zapewnić powszechny dostęp do informacji o zamówieniu. Zamówienia publiczne, jako instrument wydatkowania publicznych środków, nie mogą być pozostawione poza możliwością ujawniania informacji. Tym bardziej, że jawność przesądza o skuteczności weryfikacji działań zamawiającego, sformułowanie jednoznacznie brzmiącej zasady stało się niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Wyd. 15 Legalis 2019), a zatem jest ona niezbędnym elementem kontroli, także przez społeczeństwo, sposobu wydatkowania pieniędzy publicznych.

Ograniczenie dostępu wykonawców do informacji związanych z postępowaniem zostało przewidziane w art. 8 ust. 3 p.z.p., który stanowi wyjątek od zasady jawności, zatem możliwość jego stosowania powinna podlegać ścisłej wykładni tak, by zastrzeganie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie było przez wykonawców nadużywane. Stąd orzecznictwo, zarówno krajowe, jak i Trybunału Sprawiedliwości UE, kładzie nacisk na zbilansowanie interesu wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji z koniecznością zapewnienia ochrony prawnej innym wykonawcom.

Dalej odwołujący podkreślił, że z legalnej definicji pojęcia "tajemnica przedsiębiorstwa" (art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.) wynika, iż podstawą faktyczną uznania danych informacji za podlegające ochronie jest ich charakter, okoliczność, że nie są one powszechnie znane albo łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji oraz podjęte przez wykonawcę czynności zmierzające do ich ochrony i zachowania poufnego charakteru. Aby wykonawca mógł określone informacje skutecznie zastrzec tajemnicą przedsiębiorstwa, wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji muszą być spełnione łącznie. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności. Przy tym nie jest wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek, konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w konkretnych okolicznościach. Powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia określone okoliczności muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, a także powinny być – stosownie do możliwości i potrzeb – poparte dowodami.

Zdaniem odwołującego art. 8 ust. 3 p.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek "wykazania", iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak stwierdziła Izba w wyroku z 17 grudnia 2019 r. (KIO 2440/19) „(…) użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do "wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek "dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter (…) Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji".

Informacje zawarte w kolumnach formularza cenowego pn. „Proponowany router typu CE (Nazwa wraz z podaniem danych i cech umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez Zamawiającego - P/N produktu, licencje itp.)" oraz „Proponowany router typu CPE (Nazwa wraz z podaniem danych i cech umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez Zamawiającego - P/N produktu, licencje itp.)" nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie należą do rodzaju informacji mogących w ogóle stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stąd niezależnie od tego, czy są one znane innym podmiotom, czy wykonawca Netia S.A. podjął z należytą starannością kroki zmierzające do zachowania ich w tajemnicy, nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje z formularza cenowego nie są opisem stanu technicznego – jak określa to wykonawca Netia S.A. w uzasadnieniu zastrzeżenia niejawności, a jedynie określeniem nazwy routerów wraz z podaniem danych i cech umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez zamawiającego. Urządzenia te nie są także wytwarzane przez wykonawcę, stąd nie można stwierdzić, że stanowią dla tego wykonawcy informację o charakterze technicznym, czy technologicznym w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przeciwnie, należy stwierdzić, że dane dotyczące wytwarzania tych urządzeń, oraz doświadczeniach i wiadomościach przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa w zakresie wytwarzania tego rodzaju urządzeń stanowią ewentualnie tajemnicę przedsiębiorstwa producenta tych urządzeń. Informacje te nie stanowią także informacji organizacyjnych w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. przede wszystkim wiadomości wskazujących na posiadany krąg kontrahentów, cen, za jakie wykonawca może uzyskać dane urządzenia lub usługi, oraz udzielonych rabatów. Ponadto, informacje te nie mają również wartości gospodarczej, tj. nie stanowią stałego waloru wykonawcy, dającego się wykorzystać więcej niż raz.

Nie jest przy tym wystarczające przekonanie wykonawcy, że daną informację warto chronić, wartość powinna wynikać z faktu posiadania informacji, do której dostępu nie mają inni. W opinii odwołującego, w formularzu cenowym, nie ma żadnych informacji, które mają wartość wynikającą z tego, że nie mają do niej dostępu inni wykonawcy. Wskazano tam jedynie modele urządzeń powszechnie dostępnych na rynku, a zatem wartość tej informacji nie może wynikać stąd, że nie mają jej inni wykonawcy, gdyż inni wykonawcy również mają dostęp do oznaczeń modeli routerów.

Antycypując kontrargument, że w tabeli tej uwzględniono indywidualne rozwiązanie przygotowane specjalnie na potrzeby zamawiającego, które stanowi *know-how* wykonawcy, należy stwierdzić, że w tym konkretnym postępowaniu taka argumentacja jest nieuzasadniona. Zamawiający wymagał urządzeń standardowych, typu router wykorzystywanych do budowania infrastruktury transportowej w np. sieci WAN. Zamawiający nie wymagał ani stworzenia nowych urządzeń na potrzeby przedmiotowego postępowania, ani modyfikacji dostępnych i oferowanych na rynku urządzeń. Oznacza to, że nazwa routera CPE, ani typ routera CPE, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Netia S.A. Nazwa routera jest już w domenie publicznej, a dane techniczne i oznaczenie danego urządzenia nie jest tajne, lecz

zostało ujawnione do wiadomości publicznej (informacje na temat oferowanych routerów są dostępne np. na stronach internetowych). Nawet gdyby nazwa ta stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, nie byłaby to tajemnica przedsiębiorstwa Netia S.A., lecz tajemnica producenta urządzeń. Innymi słowy, wykonawca nie może zastrzec informacji nienależących do jego przedsiębiorstwa, które w dodatku zostały ujawnione do informacji publicznej.

W ocenie odwołującego podkreślenia wymaga również fakt, iż zamawiający w SIWZ (w formularzu cenowym) w sposób przemyślany i uzasadniony żądał od wykonawców opisania zastosowanego rozwiązania. Istnieje bowiem prawdopodobieństwo, iż brak dostatecznej wiedzy w przedmiocie zamówienia mógłby narazić zamawiającego na podpisanie umowy z wykonawcą, który nie spełniłby wymagań wynikających SIWZ, a wiedza o tym błędzie ujawniłaby się dopiero na etapie wdrożenia usług (przełączania poszczególnych lokalizacji). Zamawiający jest instytucją publiczną, która nie może sobie pozwolić po pierwsze na błędy, po drugie na przerwy w ciągłości świadczonych usług, po trzecie na straty spowodowane przedmiotowym zdarzeniem. W związku z powyższym, weryfikacja zaproponowanego doboru urządzeń przez wykonawców na wstępnym etapie wyboru ofert jest tak istotna.

Kluczowym dla zrozumienia intencji zamawiającego jest niezaprzeczalny fakt, iż w zakresie zamawianej usługi, jak i części rozwiązania, którym zamawiający będzie sam zarządzał, wyspecyfikował on bardzo dokładnie wszystkie cechy funkcjonalne, które spełnia wyłącznie rozwiązanie firmy Cisco. Należy zauważyć, że przedstawienie w ofercie użytych urządzeń firmy Cisco nie jest żadną tajemną wiedzą dostępną tylko jednemu wykonawcy. To elementarna wiedza dostępna każdemu, kto do podobnych rozwiązań, używając urządzeń firmy Cisco, współpracuje z tym producentem i na co dzień funkcjonuje w tym środowisku. Nie jest to technologia niszowa, a zastosowane rozwiązanie nie jest unikatowe. Jak wspomnieliśmy powyżej, zamawiający sam jasno i dokładnie określił jakie wymagania ma spełniać użyta technologia, a przyporządkowanie do niej urządzeń to znajomość oferty sprzętowej firmy Cisco oraz uzyskanie odpowiednich rabatów celem złożenia najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nakazując wskazanie użytych urządzeń w formularzu cenowym zrobił to celem zweryfikowania, czy wykonawcy zrozumieli potrzebę zamawiającego i nie popełnili w tym błędu.

Odwołujący dalej zauważył, że wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie są producentami technologicznymi urządzeń używanych do rozwiązania, zatem nie jest to ich *know-how*, czy też inne informacje technologiczne. Nadto, wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie tworzyli ze swojej strony indywidualnego unikatowego rozwiązania projektowego, który mógłby stanowić tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawcy mieli jedynie znaleźć w ogólnodostępnym portfolio rozwiązań firmy Cisco urządzenia, które wyspecyfikował - wskazując ich funkcjonalności, sam zamawiający. Dla celów porównawczych podobne sytuacje mają miejsce w przypadku przetargów na telefonię komórkową, w których zamawiający, nie wskazując konkretnie oznaczeń handlowych modeli telefonów mobilnych jakie chcieli by nabyć wraz z zamówieniem, specyfikują elementy składowe telefonu. Wykonawcy mają jedynie odnaleźć zdefiniowany produkt w dostępnym dla wszystkich portfolio rozwiązań producenckich. Nikt w takich przypadkach nie utajnia ostatecznie dokonanego wyboru, bowiem odbywa się on na bazie wskazanych przez zamawiającego elementach składowych. Oczywiście, tak i w tym przypadku, może dojść do pomyłki w doborze, nieznajomości portfolio producentów lub niezweryfikowania tych informacji u źródła, a tym samym nieodpowiednim doborze finalnym. To jednak powoduje, że oferta jest obarczona błędem, który powinien dyskwalifikować ofertę danego wykonawcy.

Kluczowym może być fakt, iż zgodnie z informacjami dostępnymi na oficjalnych stronach Cisco Orange Polska posiada, jako jedna z wielu firm, najwyższy status partnerstwa zwany gold. Z drugiej strony, jak wynika z informacji na stronach Cisco, firma Netia S.A. nie jest firmą o najwyższym stopniu partnerstwa. Zachodzi podejrzenie, iż działanie wykonawcy Netia S.A. w zakresie utajnienia wykorzystywanych urządzeń ma na celu ukrycie przed ewentualną weryfikacją tych założeń przed innymi wykonawcami, którzy mogliby dokładnie zweryfikować, czy propozycja wykonawcy jest prawidłowa, a co za tym idzie czy spełnia wymagania SIWZ. Pomimo niewątpliwie dużej wiedzy, jaką zamawiający posiada w kwestii ewentualnej weryfikacji zgodności zastosowanego przez Netię S.A. rozwiązania, odwołujący realizuje, bądź realizował, zdecydowanie większą ilość podobnych rozwiązań, jak również inżynierowie wykonawcy współpracujący na co dzień z producentem Cisco odbywają częste i złożone szkolenia, aby poszerzać swoją wiedze w tym zakresie na bieżąco. Odwołujący mając tę świadomość nie utajnił elementów, których tajemnicą przedsiębiorstwa nie można nazwać, bowiem byłoby to niezgodne z prawdą i stanem faktycznym. Jak też, patrząc przez pryzmat zaproponowanych cen przez obu wykonawców i najwyższej polityce rabatowej jaką daje partnerstwo gold, odwołujący domniemywa i pragnie zweryfikować, czy rozwiązanie przedstawione przez firmę Netia S.A. w pełni spełnia wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Ostateczna informacja nie tylko leży w interesie odwołującego, ale jest równie istotna z punktu widzenia samego zamawiającego.

Według odwołującego wykonawca Netia S.A. nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, w szczególności nie wykazał jakie szkody może ponieść w wyniku ujawnienia zaoferowanych aparatów telefonicznych, a ponadto związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Jak stwierdziła Izba w wyroku z dn. 17 grudnia 2019 r. (KIO 2440/19) „(…) użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy p.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do "wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek "dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter (…) Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji”.

W kontekście obowiązku wykazania spełniania tych przesłanek podkreślenia wymaga, że nie jest wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek, konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w konkretnych okolicznościach. Powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia określone okoliczności muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, a także powinny być - stosownie do możliwości i potrzeb - poparte dowodami. Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka "posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji "innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się "wartością gospodarczą". Tym samym wymóg posiadania wartości gospodarczej przez zastrzeżone jako tajemnica informacje, postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko,

Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86).Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza samo stwierdzenie bez wykazania, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Powyższe w uzasadnieniu potrzeby objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa winno być jednoznacznie wykazane (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26.02.2019 r. sygn. KIO 260/19). Wykonawca winien wykazać również istnienie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą oraz co najmniej uprawdopodobnić możliwość poniesienia tej szkody (wyrok KIO z dnia 4.08.2015 r. sygn. KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15). Zaś wskazane zasady i obowiązki nie zostały zrealizowane przez wykonawcę Netia S.A. w oświadczeniu zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, udostępnionym odwołującemu w dniu 15 października 2020 r.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględnia środek zaskarżenia w całości.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (dalej zwanego jako „przystępujący"), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania i przedstawił swoje stanowisko procesowe ustnie do protokołu.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła dalej, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Jak również, w ocenie składu orzekającego, odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego. Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały sprawę do rozstrzygnięcia, czy w sposób skuteczny zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa elementy formularza cenowego dotyczącego proponowanego przez przystępującego typu routera, tj. w kolumnach formularza cenowego pt. proponowany router typu CE i CPE (nazwa wraz z podaniem danych i cech umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez zamawiającego - P/N produktu, licencje itp.). Odwołujący podniósł, że zachowanie w poufności wskazanych informacji jest niezgodne z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 p.z.p. oraz art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 poz. 1913), dalej zwanej jako „z.n.k.", a także zasadami naczelnymi p.z.p., określonymi w art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia SIWZ i złożone oferty, w tym formularz cenowy i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione. W konsekwencji powyższego skład orzekający nakazał zamawiającemu odtajnienie nieskutecznie zastrzeżonych danych w formularzu cenowym przystępującego i przekazanie ich odwołującemu.

Skład rozpoznający spór ustalił, iż przystępujący objął tajemnicą gospodarczą dane z dwóch kolumn formularza cenowego, dotyczące informacji w zakresie routerów typu CE i CPE, kolumna 11 i 12 formularza cenowego stanowiącego jednocześnie wykaz lokalizacji dla sieci WAN, utajniono – w zakresie każdego z rodzajów routerów – nazwę wraz z danymi i cechami umożliwiających weryfikację wymagań stawianych przez zamawiającego - P/N produktu, licencje itp. dla każdej z lokalizacji. Izba ustaliła także, iż uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy stanowi załączone do oferty pismo z dnia 27 września 2020 r., do którego nie dołączono żadnych dowodów.

Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego, który nie przekazał odwołującemu wyżej wymienionych danych z formularza cenowego przystępującego, skutkowała stwierdzeniem, że czynność ta jest nieprawidłowa, ponieważ zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane nieskutecznie.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż doszło do naruszenia zasady jawności postępowania (art. 8 ust. 1 p.z.p.), ponieważ brak udostępnienia rzeczonych danych jest bezprawny. Wyjątkiem od przedmiotowej zasady jest utajnienie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 p.z.p.). Tym niemniej wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą zostać rzeczowo uzasadnione i udowodnione. Jak każdy wyjątek, zastrzeżenie danych, nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też wykonawca nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej, subiektywnej oceny. Tajemnica przedsiębiorcy powinna być bowiem oceniana w sposób obiektywny, czyli w oderwaniu od woli przedsiębiorcy. Inaczej poufne pozostałoby wszystko to, co arbitralnie wykonawca uzna on za zastrzeżone, kiedy informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z jego perspektywy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla jego pozycji rynkowej. Jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny, co podziela skład orzekający, tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (por. wyroki NSA z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt: I OSK 2563/14 i z dnia 14 września 2017 r. sygn. akt: I OSK 2740/15).

Izba stwierdziła, że utajnienie informacji przez przystępującego nie spełnia przesłanek art. 8 ust. 3 p.z.p., zatem nie ma podstaw, aby nie zostały one przekazane odwołującemu. Zgodnie z tą normą 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. Przepis ten nakłada więc na wykonawcę nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że stanowią one tajemnicę gospodarczą. Ustawodawca jednoznacznie określił rozkład ciężaru dowodu, obciążając stronę, która jest przekonana, że jej informacje stanowią poufne dane, koniecznością wykazania określonych okoliczności. Powyższe koreluje z koniecznością zobiektywizowanego badania prawidłowości wystąpienia wyjątku od zasady jawności, bowiem to poprzez rzeczowe i przekonujące uzasadnienie tajemnicy, poparte dowodami, zamawiający ocenia, czy zastrzeżenie informacji pozwala na odejście od naczelnej zasady jawnego postępowania. Trudno zatem byłoby przyjąć, że obowiązek wykazania, o którym mowa w omawianej normie, powinien sprowadzać się do oświadczenia strony, bez złożenia jakichkolwiek dowodów na jego potwierdzenie. Co prawda, nie można *a priori* wykluczyć, że w wyjątkowych przypadkach – w związku z charakterem utajnianych informacji i sposobem ich ochrony, wskazanych w logicznym i wiarygodnym wyjaśnieniu wraz z całokształtem danych okoliczności, uwzględniając notoria – samo oświadczenie wykonawcy mogłoby zostać uznane za wystarczające. Tym niemniej, w okolicznościach faktycznych rozpoznawanego sporu, gołosłowne oświadczenie przystępującego jest niewystarczające. Przystępujący nie złożył żadnych dowodów w tym zakresie. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy ogranicza się do jego argumentacji z pisma z dnia 27 września 2020 r., gdzie faktyczne odniesienie się do konkretnych informacji, które są zastrzegane i czynności, jakie podejmowane są w tym zakresie, wskazano na dwóch ostatnich stronach. Pozostała treść to omówienie poglądów orzecznictwa i doktryny.

Obowiązek przedkładania dowodów dotyczy wykazania przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k. Zgodnie z legalną definicją tajemnicy gospodarczej, zawartą w tej normie, skuteczne objęcie ochroną wymaga spełnienia przesłanek odnoszących się do określonego charakteru informacji (tj. charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą) i ujęcia ich jako całości, lub w szczególnym zbiorze, gdzie nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga od wykonawcy także wykazania spełnienia przesłanki formalnej, czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Nie mogą to być jakiekolwiek działania, a jedynie zachowanie kwalifikowane przez pryzmat działania przy zachowaniu należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych.

W istocie nie wydaje się uzasadnionym wymaganie od wykonawcy wykazania dowodami oddzielnie każdej z wyżej wymienionych przesłanek. W szczególności, że w przypadku przesłanki dotyczącej rodzaju informacji oraz przesłanki ujęcia danych w całości lub w unikalnym zbiorze, obiektywnej oceny ich spełnienia zazwyczaj można dokonać poprzez weryfikację rzeczowego i wiarygodnego oświadczenia wykonawcy – szczegółowo odnoszącego się do charakteru informacji, w korelacji z samą informacją i sposobem jej przedstawienia. Tym niemniej w omawianej normie zawarto wymagania, które przedsiębiorca winien podjąć dla zachowania tajemnicy handlowej, które – jak pokazuje praktyka – są prawidłowo udowadniane przez wykonawców.

W ustalonym stanie rzeczy skład orzekający stwierdził, że z materiału procesowego wynika, że w zastrzeżeniu tajemnicy gospodarczej przystępujący opisał szereg czynności, które podejmuje, aby chronić swoje informacje. Wykonawca oświadczył, że dostęp do zastrzeżonych danych posiadają jedynie osoby zobligowane do zachowania poufności, które podpisały właściwe oświadczenie, zaś spółka posiada wdrożone odpowiednie procedury zmierzające do zachowania w tajemnicy tych informacji, które wskazano. Opisano też sposób zabezpieczenia systemu informatycznego przed nieuprawnionym dostępem, zabezpieczenia w postaci monitoringu, ochrony i weryfikacji osób mających dostęp do budynku (*vide* str. 3 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Przystępujący dodał, że utajnione dane to wynik wieloletnich badań i testów.

Okoliczności, o których mowa powyżej, jak wskazał sam przystępujący są udokumentowane, np. oświadczenie o zachowaniu poufności, które składają pracownicy przedsiębiorcy. Istnieją więc dowody, których dysponentem i autorem jest przystępujący, który nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu. Poza tym, na takie trudności wykonawca nie wskazywał ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, ani przed Izbą. Przystępujący zdecydował się na pozostawienie utajnienia tajemnicy gospodarczej w postaci pisma z dnia 27 września 2020 r., z którego treści wynika, że dysponuje on właściwymi środkami dowodowymi na wykazanie, że zastrzegane dane mogą spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorcy, ale dowodów tych nie złożono, pomimo takiego obowiązku nałożonego na wykonawcę przez ustawodawcę. Przy tym – co istotne dla oceny zachowania przystępującego – działanie wykonawcy w przetargu winno być oceniane przez pryzmat podwyższonego miernika staranności, który na przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych nałożył ustawodawca (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p.). Zatem wykonanie obowiązków przez przystępującego należy oceniać przy uwzględnieniu, że co do zasady prowadzi on swoją działalność zawodowo, jako profesjonalista, więc poziom wymaganej od przedsiębiorcy staranności jest wyższy, niż przeciętny poziom przyjęty w obrocie gospodarczym. Z tego sformułowania wynikają także wytyczne, w jaki sposób dokonywać zobiektywizowanej oceny działania wykonawcy – profesjonalny wzorzec należytej staranności uwzględnia zwiększone, czyli surowsze wymagania, z uwagi na zawodowy charakter podmiotu, którego profesjonalna, prowadzona w sposób ciągły działalność, oparta jest na jego szczególnych umiejętnościach.

Zatem Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Rację ma odwołujący, że przystępujący nie udźwignął ciężaru udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nawet nie podjął próby w tym zakresie – jego stanowisko pozostało subiektywnym przekonaniem opierającym się na gołosłownych twierdzeniach. Brak złożenia dowodów, w postaci chociażby dokumentów, których autorem jest przystępujący, powoduje, że stanowisko wykonawcy nie jest wiarygodne. Skoro bowiem przystępujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu i Izbie jakichkolwiek dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że rzeczone dokumenty nie zawierają treści wskazanych w uzasadnieniu tajemnicy. Ponadto, skoro wykonawca nie wykazał, aby podejmował jakiekolwiek działania chroniące zastrzegane informacje, z góry narażono się na uznanie, że utajnione dane zostaną ujawnione.

W konsekwencji powyższego analiza, czy zastrzeżone dane routerów spełniają przesłanki materialne, dotyczące charakteru informacji, ujęcia ich we wskazany sposób i przełożenia na wartość gospodarczą wykonawcy, nie była w sprawie konieczna. Pozostawienie zastrzeżenia jako własnego przekonania strony i rezygnacja z wypełnienia obowiązku wykazania wymaganych przesłanek tajemnicy handlowej (art. 8 ust. 3 p.z.p.), powoduje, że odwołanie należało

uwzględnić. Jeżeli wykonawca – pomimo że twierdzi, że istnieją dowody pozwalające na dokonanie obiektywnej weryfikacji prawidłowości utajnienia danych – podejmuje decyzję, że dowodów tych nie złoży, pozbawia zamawiającego i Izbę możliwości uznania, że tajemnica została prawidłowo i skutecznie zastrzeżona, co powoduje, że dane te należy odtajnić.

Jedynie na marginesie należy zaznaczyć, iż przystępujący uznał, że informacje dotyczące oferowanych urządzeń mają charakter technologiczny i techniczny – z tym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Przystępujący zrównał zastrzeżenie nazw urządzeń, z własnym *know-how,* które pozwala mu na przygotowanie rozwiązania technicznego, czyli właściwy dobór sprzętu, który będzie efektywnie spełniał wymagania zamawiającego. Zatem zrównano wynik procesu wybierania urządzeń z samym procesem ich doboru. Natomiast nigdzie w uzasadnieniu tajemnicy nie wskazano, że poprzez poznanie danych routerów konkurencja pozyska informacje w jaki sposób je wyselekcjonowano. Innymi słowy, umknęło uwadze przystępującego, że czym innym jest wiedza i doświadczenie, które stanowią o umiejętności zaoferowania danego rozwiązania technicznego, a czym innym jest wynik tego procesu, czyli wybrane urządzenie. Jeżeli wykonawca uważał, że kiedy odwołujący pozna nazwę routera, to pozna jego *know-how* i inne istotne elementy obejmujące cały proces przygotowania oferty, to należało to wskazać, a także uzasadnić, dlaczego tak by się stało – przy zaoferowaniu przekonujących i rzeczowych okoliczności, że ujawnienie zastrzeżonej nazwy urządzenia oznacza *de facto* ujawnienie okoliczności pozwalających konkurencji na poznanie sposobu wyboru określonego rozwiązania.

Trudno też uznać, że nazwa routera, w postępowaniu, gdzie zamawiane są standardowe rozwiązania dostępne z tzw. „półki", a zamawiający określił wszystkie parametry, pozostawiając wykonawcom odpowiedni dobór sprzętu, stanowi techniczne rozwiązanie przedsiębiorcy, który nie jest producentem sprzętu. Należy się zgodzić z odwołującym, że zamawiający nie wymagał ani stworzenia nowych urządzeń, ani modyfikacji urządzeń dostępnych na rynku. W przetargu, kiedy zamawiane są powszechne na rynku rozwiązania, jednostki zamawiającego dokonują wyspecyfikowania swoich potrzeb, zazwyczaj poprzez opis funkcjonalny, czyli wskazanie cech i parametrów urządzeń, jakie ma zaoferować wykonawca, a przy tym nie można automatycznie uznać, że każde dopasowanie sprzętu stanowi autorskie rozwiązanie wykonawcy zasługujące na ochronę prawną. Nazwa routera i jego model umożliwiają weryfikację wymagań określonych przez zamawiającego, zaś przystępujący myli rozwiązanie techniczne, o którym mowa w art. 11 ust. 2 z.n.k., z wyborem urządzeń spełniających wymagania przedmiotu zamówienia.

Nie wykazano także wartości gospodarczej utajnionych informacji, w zastrzeżeniu tajemnicy przystępujący wskazał, że ujawnienie nazwy i danych routera narazi go na niepowetowaną szkodę (*vide* str. 3 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), bez dookreślenia tejże szkody, czy przybliżenia zasadności tego stwierdzenia, bez dającego się uchwycić związku przyczynowo – skutkowego zastrzeganych informacji i tezy o rzekomej szkodzie. Ponadto wskazano, iż umiejętność odpowiedniego dobrania rozwiązań minimalizuje koszty (*vide* str. 4 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), co, zgodnie z wcześniejszym wywodem Izby, nie jest zastrzegane. Utajniono bowiem wynik doboru sprzętu, bazujący na tejże umiejętności. Nie może zatem stanowić to o wartości handlowej utajnionej informacji, ponieważ to nie cecha podmiotowa efektywnego doboru urządzeń, czy sam *modus operandi* wybierania sprzętu, został zastrzeżony. Dalej przystępujący argumentował, że wartość gospodarczą opisu technicznego potwierdza fakt, że wskazane w nim rozwiązania przekładają się na wymierne korzyści finansowe, a ujawnienie ich zmniejszyłoby poziom konkurencyjności usług, po raz kolejny pozostając przy ogólnej, niepowiązanej z konkretnymi, zastrzeganymi danymi tezie, której nie da się zweryfikować. Podnoszono też argument, że ujawnienie danych dostarczy konkurencji cennych informacji o współpracy z producentami oraz o posiadanych przez przystępującego cenach, dalej nie łącząc tego ze źródłem zysków czy zaoszczędzeniem konkretnych kosztów, czy to przez przystępującego, czy przez konkurencję, która pozna nazwy routera zaoferowane dla jednostki zamawiającej. Kiedy rzekomą szkodę, powiązaną z ujawnieniem danych informacji, należałoby chociaż spróbować dookreślić, czy co najmniej uprawdopodobnić. W szczególności, że w utajnionym formularzu cenowym nie ma oddzielnej kolumny wskazującej na cenę urządzenia, widnieje cena za miesiąc świadczenia usługi w danej lokalizacji. Zatem w ocenie składu orzekającego, nie wykazano także, iż zastrzegane dane posiadają wartość handlową, czyli posiadają chociażby potencjalną, określoną wartość ekonomiczną, a ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę mogłoby zaoszczędzić mu wydatków lub zwiększyć jego zyski w relacjach z innymi uczestnikami obrotu.

Natomiast podnoszone na rozprawie przez przystępującego argumenty, które nie znalazły się w treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, należy uznać za spóźnione. Oceny czynności zamawiającego dokonuje się w oparciu o te dane, które jednostka zamawiająca posiadała podejmując zaskarżoną decyzję o nieujawnieniu całości formularza cenowego. Dodatkowo również należy zaznaczyć, że ustawodawca w art. 8 ust. 3 p.z.p. jednoznacznie określił moment, w którym należy wykazać wszystkie przesłanki art. 11 ust. 2 z.n.k. i jest to w tym wypadku moment złożenia oferty w przetargu, a nie postępowanie odwoławcze.

Rekapitulując, skład orzekający stwierdził, że przystępujący nie wykazał, że zastrzegane dane stanowią jego tajemnicę gospodarczą – do utajnienia nie przedłożono dowodów, potwierdzających zawarte tam stanowisko, czyli nie wykazano, że zastrzegane informacje posiadają charakter kwalifikujący je jako poufne na kanwie art. 11 ust. 2 z.n.k. Nie wykazano także odpowiedniego charakteru zastrzeganych informacji i ich wartości gospodarczej, co powoduje, że zastrzeżenie ich, jako tajemnicy handlowej, należy uznać za bezskuteczne. Tym samym potwierdziły się zarzuty postawione w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iżw przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ brak ujawnienia bezskutecznie zastrzeżonych danych uniemożliwia odwołującemu kontrolę prawidłowości oferty konkurencji, co ma wpływ na jego prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, które mogą mieć wpływ na losy tej oferty w postępowaniu, a tym samym na jego wynik. Jak również nieujawnienie wadliwie utajnionych informacji jest sprzeczne z zasadą jawności postępowania, co zobowiązuje zamawiającego do ujawnienia tych informacji (por. uchwała SN z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt: III CZP 74/05),

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania. Przegrywającym jest przystępujący po stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Zgodnie zatem z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) Izba obciążyła przystępującego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT (zmniejszone do kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww.

rozporządzenia).

Skład orzekający nie zasądził od przystępującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony. Zgodnie bowiem z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu (art. 192 ust. 10 p.z.p.) strona przyczyniająca się do wszczęcia procesu, czyli zamawiający, który kapituluje – składając oświadczenie procesowe zmierzające do rezygnacji ze sporu i uznania żądania – nie może skutecznie domagać się na swoją rzecz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, które swoim działaniem wywołał, rezygnując jednocześnie z obrony swojego stanowiska.

Warto zwrócić uwagę, że w sytuacji analogicznej procesowo, również w oparciu o zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, z uwzględnieniem braku na gruncie postępowania przed Izbą regulacji art. 101 k.p.c., Sąd Najwyższy wyjaśnił już wielokrotnie, że strona bierna, która w toku procesu zaspokoiła lub uznała roszczenie, jest w rozumieniu przepisów o kosztach procesu stroną przegrywającą. Według orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 1951 r. sygn. akt: C 593/51, zaspokojenie przez pozwanego roszczenia po wytoczeniu powództwa jest równoznaczne z przegraniem sprawy w rozumieniu art. 100 k.p.c. Podobnie zagadnienie to rozstrzyga orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 1954 r. sygn. akt: II C 1514/53 i z dnia 4 lipca 1952 r. sygn. akt: C 1080/52.

Przenosząc te myśli natury systemowej na grunt przywołanych przepisów, regulujących reguły zwrotu kosztów na gruncie postępowania przed Izbą, należy ocenić, że zamawiający uznając odwołanie za uzasadnione – a więc przyznając, że dokonał czynności z naruszeniem prawa – nie może żądać zwrotu kosztów, ponieważ dał asumpt do wniesienia odwołania, a następnie uległ w postępowaniu odwoławczym. Jakikolwiek inny wniosek prowadziłby nie tylko do załamania zasady odpowiedzialności za wynik procesu, ale powodowałby procesowe preferowanie absurdalnych decyzji, czyniąc opłacalnym naruszenie prawa, wywołanie konieczności wniesienia odwołania, a następnie uznania go za uzasadnione.

Przewodniczący:

……