Sygn. akt: KIO 125/21

WYROK
z dnia 19 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Marek Koleśnikow
Beata Konik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lutego 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 stycznia 2021 r.** przez wykonawcę **Nekken Spółka z ograniczona odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Juliusza Kossaka 3, 01-576 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie:

A. **S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Abakus Systemy Teleinformatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. **Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Euvic Solutions Spółka Akcyjna, Softiq Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Euvic Solutions Spółka Akcyjna, Softiq Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, udostępnienie zainteresowanym wykonawcom w całości Formularza ofertowego oraz dokumentu potwierdzającego certyfikację dla oferowanego systemu bezpieczeństwa Firewall oraz wyniku testów dla oferowanego rozwiązania Firewall Aplikacyjny WAF, złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Euvic Solutions Spółka Akcyjna, Softiq Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice,**
2. **oddala odwołanie w pozostałym zakresie**,
3. kosztami postępowania obciąża: **Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa** w 1/2 części oraz wykonawcę **Nekken Spółka z ograniczona odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Juliusza Kossaka 3, 01-576 Warszawa** w 1/2 części i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Nekken Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Juliusza Kossaka 3, 01-576 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

3.2. zasądza od **Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Nekken Spółka z ograniczona odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Juliusza Kossaka 3, 01-576 Warszawa** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejdo Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …….
Członkowie: …….
…….

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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, budowę i wdrożenie Systemu Rejestracji Broni (SRB)" przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający") wykonawca Nekken Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec rozstrzygnięcia postępowania oraz wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"] w zw. z art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk"), poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Euvic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Euvic Solutions Spółka Akcyjna, Softiq Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej „konsorcjum"), które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś konsorcjum to nie wykazało, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez odwołującego z przysługujących mu środków ochrony prawnej,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy złożenie przez konsorcjum oferty z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w tak dużym zakresie i bez uzasadnienia faktycznego i prawnego miało służyć wyłącznie utrudnieniu innym wykonawcom skorzystania ze środków ochrony prawnej, a więc było nakierowane na naruszenie konkurencji w postępowaniu,

3.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

2.udostępnienie odwołującemu następujących dokumentów załączonych do oferty konsorcjum:

a)Formularza ofertowego w części obejmującej oświadczenie odnośnie do wykazu oferowanych urządzeń oraz oprogramowania standardowego,

b)Formularza ofertowego w części obejmującej oświadczenie odnośnie do cen oferowanych urządzeń oraz oprogramowania standardowego,

c)Dokumentu potwierdzającego certyfikację dla oferowanego systemu bezpieczeństwa Firewall przez niezależne organizacje,

d)Wyniku testów niezależnych organizacji dla oferowanego rozwiązania Firewall Aplikacyjny WAF,

3.ponowienie czynności badania i oceny ofert,

4.odrzucenia oferty konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 uznk winny być spełnione łącznie, tj. informacja ta musi:

1.mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2.nie być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie być łatwo dostępna dla takich osób,

3.w stosunku do niej muszą zostać podjęte działania w celu zachowania poufności.

Wskazał także, odnośnie do warunku drugiego, że przyjmuje się, że jest to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem; informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Wskazał nadto, odnośnie do warunku trzeciego, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Odwołujący podniósł, że zamawiający, prowadząc postępowanie każdorazowo ma obowiązek zweryfikowania czy dane informacje, oznaczone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają stawiane jej w art. 11 ust. 2 uznk przesłanki, a w przypadku, gdy stwierdzi, że nie posiadają one takiego charakteru wówczas podlegają one ujawnieniu.

Za uchwałą SN z dnia 21 października 2005 roku (sygn. Ili CZP 74/05) podał:„*W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji*."

Stwierdził, że konsorcjum jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło m.in. informacje zawarte w wykazie oferowanych urządzeń oraz oprogramowania standardowego, a także informację o oferowanej cenie tych urządzeń i oprogramowania oraz informacje o posiadanych przez system bezpieczeństwa Firewall certyfikatach oraz o wynikach testów tego systemu wykonanych przez niezależnie instytucje, nie wykazując przy tym, że ww. informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego zważywszy na istotę zastrzeżonych przez konsorcjum informacji, informacje te tajemnicy przedsiębiorstwa obiektywnie stanowić nie mogą.

Podkreślił, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje, jednak konsorcjum nie udowodniło, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, ponieważ swoje twierdzenia pozostawiło gołosłownymi.

Zdaniem odwołującego konsorcjum przedstawiło jedynie syntetyczne uzasadnienie dotyczące specyfikacji zaoferowanego sprzętu i oprogramowania standardowego, a zastrzeżenie tajemnicy cen zaoferowanych produktów oraz dotyczących ich raportów stanowiło już tylko konsekwencję zamiaru objęcia tajemnicą specyfikacji zaoferowanych produktów (specyfikacja cenowa oraz certyfikaty i testy ujawniałyby bowiem zaoferowaną konfigurację), stąd – uznał odwołujący – uzasadnienie w zakresie objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa jest jeszcze bardziej lakoniczne.

Stwierdził, że wyjaśnienia konsorcjum sprowadzają się do ogólnikowych stwierdzeń, brak w nich rzeczywistego wykazania istnienia przesłanek objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa oraz dowodów na poparcie przedstawianych twierdzeń.

Odwołujący stanął na stanowisku, że twierdzenia konsorcjum (w uzasadnieniu zastrzeżenia) są nieprawdzie oraz, że zastrzeżenie nastąpiło tylko i wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikację spełniania przez zaoferowane przez konsorcjum rozwiązanie wymagań zamawiającego.

Odwołujący przyznał, że określone wymagania zamawiającego wymagają wiedzy fachowej, jednak nie stanowią szczególnego, dostępnego wyłącznie konsorcjum know-how, ponieważ każdy podmiot profesjonalnie działający na rynku, posiadający wymagane przez zamawiającego doświadczenie jest w stanie w oparciu o przedstawiony zestaw wymagań oraz w oparciu o jawne (publikowane przez producentów dane) dobrać odpowiednie elementy infrastruktury, czego najlepszym dowodem jest fakt złożenia ofert w postępowaniu przez jedenastu wykonawców, z czego tylko dwóch zostało wyeliminowanych z powodu złożenia oferty niezgodnej z wymaganiami zamawiającego.

Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, że nie można mówić w tym przypadku o rozwiązaniu autorskim, opierającym się unikalnych założeniach konfiguracyjnych, a jedynie o rozwiązaniu profesjonalnym, dostępnym dla każdego wykonawcy posiadającego odpowiednie doświadczenie.

Uzupełnił, że kluczowe założenia, jakie muszą być uwzględnione i spełnione w ofercie przez każdego wykonawcę są jawne i sformułowane przez samego zamawiającego.

Stwierdził, że podobnie jawne są specyfikacje sprzętu i oprogramowania standardowego wykorzystywanego przez wykonawców przy formułowaniu ofert.

Podkreślił, że konsorcjum nie jest producentem tego sprzętu ani oprogramowania, nie jest więc zdolne posiadać żadnych informacji dotyczących tych produktów, które nie byłyby dostępne kwalifikowanemu personelowi pozostałych uczestników postępowania, w tym personelowi odwołującego.

Oświadczył, że celem zapoznania się z treścią złożonej przez konsorcjum oferty przez konkurencyjnych dlań wykonawców jest, podobnie jak celem samego zamawiającego, jedynie weryfikacja, czy oferta konsorcjum założenia i wymagania określone w SIWZ rzeczywiście spełniła.

Uznał, że nie jest tajemnicą, że optymalizacja konfiguracji zmierzająca do obniżenia ceny nierzadko prowadzi do pominięcia niektórych wymagań, co bywa czasem czytelne jedynie dla osób zawodowo zajmujących się daną problematyką wobec czego właśnie weryfikacji z udziałem innych wykonawców służy jawność ofert, która może być ograniczona jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Podkreślił, że zamawiający wymagał dostarczenia sprzętu i oprogramowania o ściśle oznaczonych parametrach i funkcjonalnościach, w tym tak prostych jak szafa serwerowa czy przełączniki Ethernet toteż wybór odpowiedniego sprzętu i oprogramowania był ograniczony wymaganiami zamawiającego, a dobór sprowadzał się do optymalizacji oferty cenowej obejmującej sprzęt i oprogramowanie spełniające te wymagania.

Wskazał, że od każdego z wykonawców ubiegającego się o udzielenie zamówienia wymaga się posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w doborze oferowanych produktów, co gwarantuje prawidłową realizację zamówienia; owa wiedza i doświadczenia umożliwia wykonawcom odpowiednie przygotowanie oferty spełniającej wymagania zamawiającego i ewentualną realizację zamówienia, nie jest to jednak wiedza niedostępna dla innych wykonawców, a dobór konfiguracji nie ma charakteru autorskiego, unikalnego czy niemożliwego do odtworzenia przez innego wykonawcę opierającego się na analogicznej, powszechnie dostępnej wiedzy na temat możliwych do wykorzystania komponentów.

W ocenie odwołującego różnice pomiędzy ofertami niepodlegającymi odrzuceniu wynikają nie ze różnicowania przez wykonawców walorów funkcjonalnych oferowanego rozwiązania (te bowiem w minimalnym wymaganym zakresie określa sam zamawiający, a żadne dodatkowe funkcjonalności nie wpływają na ostateczną ocenę oferty), lecz z doboru możliwych do wykorzystania komponentów pod kątem uzyskania możliwie najwyższej oceny oparciu o kryteria określone w SIWZ.

Stwierdził, że wykonawcy w toku postępowania oferowali sprzęt gotowy, zakupiony u producentów, oferowane rozwiązania są typowe i powszechnie dostępne w związku z czym nie można mówić o ziszczeniu się przesłanki, zgodnie z którą informacje na temat zaoferowanego sprzętu miałyby wartość gospodarczą. Uzupełnił, że konsorcjum nie mogło skutecznie zastrzegać informacji dotyczących producenta sprzętu, modelu i wersji, ponieważ dysponentem takich informacji są producenci sprzętu, nie zaś wykonawca. Skoro zaś producent nie obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o typie/modelu, nazwie czy wersji oferowanych urządzeń, to – wywodził odwołujący – wykonawca, powołując się na tajemnicę własnego przedsiębiorstwa, nie ma podstaw do zastrzegania jako takich powyższych informacji, zwłaszcza mając na uwadze zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uznał, że analogicznie sytuacja wygląda, jeżeli chodzi o oprogramowanie standardowe, będące przedmiotem zamówienia; jest to oprogramowanie, którego wykonawcy nie są twórcą.

Wyjaśnił, że oprogramowania standardowe kupuje się w wersji „pudełkowej" od producentów oprogramowania, wykonawcy nie przedstawiali autorskich rozwiązań. Wskazał, że specyfikacje oprogramowania standardowego są powszechnie dostępne do wiadomości publicznej na stronach internetowych producentów i w publikacjach producentów.

Odnośnie do zastrzeżenia tajemnicą cen jednostkowych zaoferowanych produktów, podał, że zastrzeżenie to związane jest z zastrzeżeniem samej specyfikacji; w sytuacji zatem, gdy specyfikacja oferowanego sprzętu i oprogramowania nie jest tajemnicą, potrzeba ochrony ceń jednostkowych odpada.

Uzupełniająco stwierdził, że zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie można zastrzec informacji dotyczących ceny – poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu nie mogą zostać utajnione; cena w postępowaniu jest kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia i nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie naraziłoby wykonawcę na szkodę.

W ocenie odwołującego cena ta dotyczy bowiem tylko danego postępowania i nie ujawnia uzyskiwanych przez wykonawców warunków handlowych, gdyż zawiera marżę handlową pokrywającą koszty i zysk wykonawcy; stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, nie jest zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww.
pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny łącznej oferty.

Odwołujący podniósł, że z treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ogólnikowego uzasadnienia, braku dowodów na podjęcie jakichkolwiek działań zmierzających do ochrony tajemnicy, a także lakonicznych, a wręcz obcesowych, dodatkowych wyjaśnień konsorcjum wynika, że jedynym celem zastrzeżenia informacji było pozbawienie innych wykonawców możliwości powzięcia wiedzy jakie rozwiązania oferuje konsorcjum, a w konsekwencji uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji oferty konsorcjum.

Zauważył, że praktykę polegającą na wykorzystywaniu instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym uczestnikom postępowania skorzystania ze zweryfikowania poprawności wyboru dokonanego przez zamawiającego należy uznać za niedopuszczalną i wysoce naganną.

Stwierdził, że w orzecznictwie KIO ugruntowany jest pogląd w świetle, którego zastrzeżenie pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców poprawności tego, co przedstawia w toku postępowania wykonawca zastrzegający tę informację.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2015 r. o sygn.KIO 1483/15, zgodnie z którym wykonawca nie powinien nadużywać tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. zastrzegać informacji w celu uniemożliwienia innym wykonawcom zapoznania się z treścią dokumentów.

Podkreślił, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Uzupełnił, że fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza w licznych rozstrzygnięciach uznała, że zamawiający, który stwierdzi

oczywisty brak zasadności zastrzeżenia w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa winien rozważyć możliwość odrzucenia takiej oferty, do czego obliguje go wprost treść art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, natomiast w przypadku, gdy z analizy podstaw zastrzeżenia możliwe będzie wywiedzenie, iż zastrzeżenie było niezasadne i miało na celu uniemożliwienie innym wykonawców weryfikacji danej oferty to zamawiający powinien dokonać jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uznając iż dokonane zastrzeżenia stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji (wskazał wyrok z dnia 9 stycznia 2018 r. o sygn. KIO 2633/17).

Wskazał, że czynem nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, interesem zaś innego przedsiębiorcy – wykonawcy jest uzyskanie zamówienia, interesem klienta – zamawiającego jest uzyskanie w wyniku realizacji zamówienia produktu spełniającego ustalone w SIWZ wymagania.

Stwierdził, że nieuzasadnione objęcie klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które takiej tajemnicy nie stanowią narusza przepisy ustawy Pzp, a ponadto, jeśli dokonane jest w celu ograniczenia możliwości weryfikacji zgodności złożonej oferty z wymaganiami SIWZ stanowi intencjonalne utrudnianie uczciwej konkurencji.

Wskazał, że dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

Podniósł, że nieuzasadnione ograniczenie przez konsorcjum dostępu do informacji o złożonej ofercie stawia pozostałych wykonawców, w tym odwołującego, w gorszej sytuacji, nie mają bowiem możliwości skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej w przypadku zaistnienia niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznych nośnikach danych (2 płyty CD) przy piśmie z dnia 1 lutego 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 12 lutego 2021 r., Pisma procesowego Euvic Sp. z o.o., Euvic Solutions S.A.,Softiq Sp. z o.o. z dnia 14 lutego 2021 r., Pisma procesowego odwołującego z dnia 15 lutego 2021 r., stanowiska przystępującego S&T Services Polska Sp. z o.o., Abakus Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. z dnia 12 lutego 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępujących, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 528 nowej ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp". Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej jako „nowa ustawa Pzp".

Zarzut pierwszy – zaniechania odtajnienia i udostępnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez konsorcjum, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś konsorcjum to nie wykazało, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez odwołującego z przysługujących mu środków ochrony prawnej, czym zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W załączniku nr 1 do SIWZ – *„Instrukcja korzystania z Platformy przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego"* w pkt. 3 – *„Instrukcja składania oferty"* ppkt 9 i 10 zamawiający podał: *„Jeżeli Wykonawca zastrzega w ofercie lub JEDZ informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest on, w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązany wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym celu Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa"* oraz *„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 – art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.). Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.„*

Zamawiający opracował, jako załącznik nr 2 do SIWZ, wzór *„Formularza ofertowego – oświadczenia*" (dalej „Formularz ofertowy"), w którym oczekiwał podania przez wykonawców ceny brutto za wykonanie zamówienia podstawowego w złotych polskich z rozbiciem na:

1. cenę brutto za wykonanie Fazy I,
2. cenę brutto za wykonanie Fazy II,
3. cenę brutto za wykonanie Fazy III, w tym cenę szkoleń,
4. cenę brutto za wykonanie Fazy IV,
5. cenę brutto za wykonanie Fazy V,
6. cenę brutto za wykonanie Fazy VI,
7. cenę brutto z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy w ramach Odbioru Końcowego Systemu,
8. cenę brutto za wykonanie Usług Rekonfiguracyjnych i Deweloperskich.

W pkt. 2 Formularza ofertowego wykonawcy mieli złożyć, według opracowanej przez zamawiającego tabeli, oświadczenie co do oferowanych w ramach Fazy II oraz w ramach prawa opcji urządzeń oraz oprogramowania standardowego.

Tabela ujmowała kolumny:

1. Liczba porządkowa (od 1-14) – kolumna wypełniona przez zamawiającego we wszystkich pozycjach,
2. Element infrastruktury (minimalne wymagania zamawiającego) – kolumna wypełniona przez zamawiającego we wszystkich pozycjach (1-14),
3. Cena jednostkowa brutto w złotych – kolumna pozostawiona do wypełnienia przez wykonawcę,
4. Liczba sztuk – kolumna wypełniona przez zamawiającego we pozycjach 1-13 oraz pozostawiona do wypełnienia przez wykonawcę w pozycji 14 dotyczącej oprogramowania standardowego; w odniesieniu do

pozycji 14 zamawiający zawarł dodatkowy opis: „*Ilości Oprogramowania standardowego Wykonawca winien zaoferować i wycenić w zależności od rodzaju oferowanego sprzętu.”,*

5.Łączna wartość brutto jako iloczyn kolumny 2 i 3,

6.Producent/firma i nazwa/model – kolumna pozostawiona do wypełnienia przez wykonawcę.

Termin składania ofert upłynął 9 października o godz. 10.00 (pkt 11 ppkt 1 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP-PN) [dalej „Protokół”].

Oferty złożyło 11 wykonawców (pkt 12 ppkt 1 Protokołu) w tym pięciu (konsorcjum, Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z Warszawy, konsorcjum, którego liderem jest Atos Polska S.A. z Warszawy, Transition Technologies S.A. z Warszawy) zastrzegło pkt 4 Formularza ofertowego (tabelę) jako tajemnice przedsiębiorstwa, piąty wykonawca (Wasco S.A. z Gliwic) zastrzegł kolumnę 5 tabeli z pkt. 4 Formularza ofertowego (Producent/firmai nazwa/model) [oferty wskazanych wykonawców].

Konsorcjum zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa kolumny 3, 5 i 6 (wg oznaczenia jak wyżej) oraz kolumnę 4 w odniesieniu do pozycji 14, uzasadniając to w odrębnym dokumencie – „*Uzasadnienie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa*” z dnia 8 października 2020 r. w następujący sposób: „*Oferowane rozwiązanie, mimo iż w części składa się z urządzeń i oprogramowania standardowego podlega szczególnej konfiguracji, która jest oparta o wiedzę i doświadczenie Wykonawcy oraz wypracowane know-how. Konfiguracja ta jest również niepowtarzalna nie tylko z uwagi na szczególne wymagania Zamawiającego wynikające z SIWZ, ale również przyjęte przez wykonawcę założenia optymalizujące rozwiązanie, takie jak odpowiednio dobrane modele urządzeń, konfiguracje przedmiotowych urządzeń, powiazanie urządzeń z oprogramowaniem, zakres możliwych rekonfiguracji urządzeń i oprogramowania na etapie wdrożenia systemu u Zamawiającego. Przyjęte założenia i rozwiązania, a także architektura rozwiązania nie były przez wykonawcę udostępniane ogółowi, ale nie są i nie mogą być dostępne dla osób zawodowo trudniących się konfiguracją takich rozwiązań. Uwagi wymaga też fakt, że podane przez Zamawiającego w SIWZ wymagania dla poszczególnych elementów infrastruktury są wymaganiami minimalnymi, co w żaden sposób nie ogranicza Wykonawcy w zaoferowaniu rozwiązań spełniających wymagania na wyższym poziomie. Szczególnie w takim przypadku żaden wykonawca konkurencyjny nie będzie w stanie odtworzyć czy założyć całości czy chociażby części elementów infrastruktury oferowanych przez wykonawcę. W celu zachowania jednolitości, Wykonawca oświadcza, że informacja o oferowanej infrastrukturze jako całości rozwiązania chroniona będzie również na etapie realizacji Umowy i nie będą do niej miały dostępu żaden podmiot trzeci, w tym dostawcy poszczególnych jej elementów, chyba, że informacja taka będzie niezbędna dla realizacji uprawnień związanych z utrzymaniem infrastruktury. Wykonawca podkreśla, że w celu złożenia oferty zostało zawarte konsorcjum trzech wykonawców, przy czym spółki tworzące konsorcjum są powiązane kapitałowo lub osobowo, co jest niezwykle istotne dla ochrony przyjętego rozwiązania opartego niejako o wiedzę spółek wchodzących w skład grupy kapitałowej. Zawarta umowa konsorcjum zobowiązała podmioty do zachowania w poufności zarówno rozwiązań technicznych i technologicznych, a także know – how stosowanych przy składaniu oferty w Postępowaniu. Spółki tworzące konsorcjum stosują w tym zakresie analogiczne zasady ochrony informacji. Informacje te są również informacjami posiadającymi wartość gospodarczą co najmniej wyrażającą się w wartości oferty, a także przyjętych w umowie konsorcjum odszkodowań i kar umownych. Wykonawca podkreśla również, że ponieważ część rozwiązania jest oparta o oprogramowanie własne Wykonawcy, które nie jest dostępne dla ogółu, przygotowana konfiguracja zarówno na płaszczyźnie sprzętowej jak i programowej jest przygotowywana w taki sposób, by w sposób najbardziej efektywny realizować funkcjonalności oprogramowania dedykowanego czy własnego wykonawcy. Łącznie, całe rozwiązanie będące przedmiotem umowy, którego wskazane elementy infrastruktury są jedynie częścią, zawierając w sobie chronione i uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa rozwiązanie własne Wykonawcy, jako całość stanowi również tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim jednak, Wykonawca wskazuje, że zestawienie oferowanych urządzeń i oprogramowania wraz z podaniem ich cen jednostkowych wskazuje wprost na powiązania biznesowe Wykonawcy z dostawcami produktów i usług (elementów infrastruktury), a także możliwe do uzyskania w ramach takich relacji ceny. Uznać należy, że skoro w toku składania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wykonawcy uprawnieni są do zastrzegania jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa informacji dotyczących cen szczególnych uzyskanych od dostawców rozwiązań, to tym bardziej przy składaniu oferty, wobec braku innych zapisów w Pzp, wykonawca może zastrzec poszczególne wartości poszczególnych elementów infrastruktury. Poznanie cen jednostkowych pozwoliłoby konkurencji na poznanie poziomu upustów lub rabatów uzyskanych przez Wykonawcę, co jest bezsprzecznie informacją szczególnie chronioną na rynku i wynika w dużej mierze z intensywności współpracy z danym producentem, możliwości negocjacyjnych wykonawcy, a także posiadanych poziomów partnerstwa. Zaznaczenia wymaga, że chociażby zgodnie z wyrokiem Izby w sprawie KIO 1257/18 - „Do informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa zalicza się dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu.” Wykonawca zwraca również uwagę na orzeczenie Izby w sprawie KIO 496/18 zgodnie z którym „Kalkulacja cenowa może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.”, a także orzeczenie w sprawie KIO 68/18, w którym Izba uznała, że „Informacje o charakterze technicznym i organizacyjnym, w tym informacje o przyjętej strategii konstruowania oferty i metodzie realizacji zamówienia, szacowanej marży, know-how wykonawcy, kosztach dostawy elementów przedmiotu zamówienia oraz wysokości ponoszonych kosztów i uzyskiwanych rabatów, są to informacje posiadające wartość gospodarczą dla wykonawcy. Zastrzeżenie tego rodzaju informacji jest w branży informatycznej w zasadzie praktyką powszechną. W przedsiębiorstwach informatycznych, których funkcjonowanie oraz konkurencyjność opiera się na wiedzy, ujawnienie tego rodzaju danych niewątpliwie mogłoby zagrozić interesom wykonawcy.” a także orzeczenie w sprawie KIO 1618/18 - wyrok KIO z dnia 31-082018 w którym Izba uznała, że „Za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku”. Zgodnie zatem utrwaloną już linia orzeczniczą Wykonawca uprawniony jest do zastrzegania tego typu informacji jak zastosowane elementy infrastruktury i ich konfiguracja, a także cena jednostkowa.*

aporty

- dokument potwierdzający certyfikację dla oferowanego systemu bezpieczeństwa Firewall przez niezależne organizację

- wynik testów niezależnych organizacji dla oferowanego rozwiązania Firewall Aplikacyjny WAF

W konsekwencji dokonanego zastrzeżenia w zakresie elementów infrastruktury, Wykonawca niniejszym zastrzega również dokument potwierdzający certyfikację dla oferowanego systemu bezpieczeństwa Firewall przez niezależne organizację oraz wynik testów niezależnych organizacji dla oferowanego rozwiązania Firewall Aplikacyjny WAF. Dokumenty te bowiem zawierając nazwę producenta wprost wskazują na zastosowane rozwiązanie.

Są to informacje, które nie były ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca w odpowiednim terminie wskazał chce ich utajnienia.

m samym wykazaliśmy, że zastrzeżony przez nas fragment oferty:

1.ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,

2.nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności."

Pismem z dnia 29 grudnia 2020 r., odpowiadając na wniosek odwołującego, dotyczący udostępnienia:

1.Formularza ofertowego – w części obejmującej oświadczenie odnośnie do wykazu oferowanych urządzeń oraz oprogramowania standardowego,

2.Formularza ofertowego – w części obejmującej oświadczenie odnośnie do cen oferowanych urządzeń oraz oprogramowania standardowego,

3.dokumentu potwierdzającego certyfikację dla oferowanego systemu bezpieczeństwa Firewall przez niezależne organizację,

4.wyników testów niezależnych organizacji dla oferowanego rozwiązania Firewall Aplikacyjny WAF

poinformował odwołującego, że podziela zdanie konsorcjum przedstawione w uzasadnieniu złożonym wraz z ofertą wobec czego odmawia udostępnienia tego zakresu.

Pismem z 29 grudnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty konsorcjum.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „*Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne."* oraz *„Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie."*

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp brzmi zaś: *„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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu."*

Zarówno zamawiający (w SIWZ –Załącznik nr 1 do SIWZ *„Instrukcja korzystania z Platformy przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego"* oraz w Odpowiedzi na odwołanie – str. 6 drugi akapit), konsorcjum (w „*Uzasadnieniu dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa*"), jak i odwołujący (str. 5 odwołania drugi akapit) wskazywali w jaki sposób należy rozumieć tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. iż, aby dana informacja mogła zostać zakwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa, spełnione muszą być, łącznie, trzy przesłanki, tj. informacja musi:

mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

nie być powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie być łatwo dostępna dla takich osób – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów,

w stosunku do informacji uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W warstwie teoretycznej nie było także spornym, że to obowiązkiem zastrzegającego konsorcjum było wykazanie, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Spornym było to, czy składając „*Uzasadnienie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa*" konsorcjum rzeczywiście wykazało spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk.

Biorąc pod uwagę fakt, że skuteczne zastrzeżenie przez wykonawcę poufności informacji wymaga wykazania łącznie trzech przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, oczywistym jest wniosek, że brak wykazania choćby jednej z nich („hierarchii ważności" przesłanek z przepisu art. 11 ust,. 2 uznk nie sposób wyprowadzić) przesądza o braku skuteczności zastrzeżenia.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że informacje ujęte w tabeli z pkt. 4 Formularza ofertowego w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu zastrzegło, poza konsorcjum, pięciu innych wykonawców, co – w ocenie składu orzekającego Izby – skłania do wniosku o zbieżności ocen wielu wykonawców co do charakteru informacji ujmowanych w pkt. 4 Formularza ofertowego (przesłanka dotycząca rodzaju informacji), a jednocześnie do wniosku o potrzebie weryfikacji w pierwszej kolejności, czy konsorcjum podjęło w stosunku do zastrzeganych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności (zakładając, że zbieżność ocen wykonawców przemawia za tym, że rzeczywiście są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą).

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady jawności postepowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako taki musi być wykładany ściśle.

Przypomnienia wymaga, że choć w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zdanie pierwsze, zgodnie, z którym *„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa"* ustawodawca, w kontekście zastrzegania przez wykonawcę informacji poufnych, nie posłużył się pojęciem „udowodnienia", ale „wykazania", to bezsprzecznie wykonawca nie może poprzestać jedynie na oświadczeniu, własnej ocenie w szczególności tego, że w stosunku do zastrzeganych informacji podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Nie ma także wątpliwości co do tego, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, na kim spoczywa ciężar wykazania, że dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie wykonawca; rolą zaś zamawiającego, w świetle brzmienia art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze stawy Pzp nie może być „wyręczanie" wykonawcy, ale ocena, na podstawie podanych przez wykonawcę argumentów/dowodów, czy wykonawca sprostał wykazaniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. O ile zamawiający oceni, że wykazaniu temu wykonawca nie sprostał, aktualizuje się obowiązek zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych.

Sięgając do treści złożonego przez konsorcjum wraz z ofertą „*Uzasadnienia dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa*" w zakresie dotyczącym Formularza ofertowego, w świetle którego winna nastąpić weryfikacja przez zamawiającego zasadności zastrzeżenia, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że o ile charakterowi zastrzeganych informacji i ich wartości gospodarczej konsorcjum poświęciło gros treści uzasadnienia, o tyle opis działań

podjętych już w celu utrzymania ich w poufności (abstrahując od kwestii poparcia tego opisu jakimikolwiek dowodami) konsorcjum zawarło jedynie w następującym fragmencie: „*Zawarta umowa konsorcjum zobowiązała podmioty do zachowania w poufności zarówno rozwiązań technicznych i technologicznych, a także know – how stosowanych przy składaniu oferty w Postępowaniu. Spółki tworzące konsorcjum stosują w tym zakresie analogiczne zasady ochrony informacji.”*

W ocenie składu orzekającego Izby wskazanego uzasadnienia dotyczącego podjętych przez konsorcjum działań nie można uznać za wystarczające, ponieważ brak w nim jakichkolwiek treści poddających się ocenie w zamawiającego.

Konsorcjum zakomunikowało jedynie, że spółki tworzące konsorcjum stosują „*analogiczne zasady ochrony informacji*”, nie precyzując jakie są to zasady, jak są „urzeczywistniane”, pozbawiając tym samym zamawiającego możliwości wywiązania się z obowiązku zbadania skuteczności zastrzeżenia, na podstawie informacji wykonawcy, ze względu na przesłankę podjęcia działań w celu zachowania poufności informacji.

Jak trafnie wskazywał odwołujący: „*Nie przedstawiono w tym zakresie żadnych dowodów, ani nawet nie opisano jakichkolwiek działań, które uprawdopodobniłyby, że informacje przedstawione jako tajemnica przedsiębiorstwa faktycznie są chronione w wyniku zawarcia w umowach określonych klauzul oraz przyjęcia określonych rozwiązań technicznych i organizacyjnych*” (str. 10 odwołania czwarty akapit).

Pomimo tego, zobligowany do badania skuteczności zastrzeżenia konsorcjum (przepisem art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp) zamawiający ocenę konsorcjum (że informacje są właściwie chronione) przyjął za własną, pomimo braku dostępu do żadnych informacji/dokumentów źródłowych, który wniosek o tym, że „*analogiczne zasady ochrony informacji*” stosowane przez członków konsorcjum istnieją, i – są wystarczające.

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający zaprezentował swoje stanowiskoo skuteczności dokonanego przez konsorcjum zastrzeżenia w całkowitym oderwaniu od treści uzasadnienia konsorcjum, co – w świetle obowiązku oceny podstaw do zachowania informacji w poufności na podstawie informacji pochodzących od wykonawcy („*jeżeli wykonawca (…) wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”*) – musi prowadzić do wniosku o błędnej ocenie zamawiającego, a tym samym o niezasadnej odmowie udostępnienia w szczególności odwołującemu informacji z pkt. 4 Formularza ofertowego konsorcjum.

Uzupełnić należy, że wobec braku odrębnego uzasadnienia przez konsorcjum zastrzeżenia dla dokumentu potwierdzającego certyfikację dla oferowanego systemu bezpieczeństwa Firewall przez niezależne organizację oraz wyników testów niezależnych organizacji dla oferowanego rozwiązania Firewall Aplikacyjny WAF (konsorcjum wskazało jedynie, że nastąpiło to „*W konsekwencji dokonanego zastrzeżenia w zakresie elementów infrastruktury” (…) Dokumenty te bowiem zawierając nazwę producenta wprost wskazują na zastosowane rozwiązanie.*”) skład orzekający Izby uznał, że ocena zamawiającego o skuteczności zastrzeżenia tych dokumentów także nie była uzasadniona.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził. Skoro bowiem zamawiający błędnie ocenił, że konsorcjum wykazało łączne wystąpienie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk w sytuacji, gdy ewidentnie konsorcjum nie wykazało choćby przesłanki formalnej, tj. podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności. W konsekwencji skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu w pierwszej kolejności unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (dostęp do całości oferty konsorcjum może spowodować, że odwołujący podejmie decyzje o wniesieniu odwołania), a następnie udostępnienie zainteresowanym wykonawcom w całości Formularza ofertowego konsorcjum, dokumentu potwierdzającego certyfikację dla oferowanego systemu bezpieczeństwa Firewall przez niezależne organizację oraz wyników testów niezależnych organizacji dla oferowanego rozwiązania Firewall Aplikacyjny WAF.

Zarzut drugi – zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy złożenie przez konsorcjum oferty z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w tak dużym zakresie i bez uzasadnienia faktycznego i prawnego miało służyć wyłącznie utrudnieniu innym wykonawcom skorzystania ze środków ochrony prawnej, a więc było nakierowane na naruszenie konkurencji w postępowaniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nie potwierdził się.

Ustalenia oraz rozważania poczynione przez skład orzekający Izby w odniesieniu do zarzutu pierwszego pozostają aktualne.

Zarzut drugi sprowadza się do tego, że objęcie przez konsorcjum klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które takiej tajemnicy nie stanowią miało na celu jedynie uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji oferty konsorcjum. Do wniosku tego doprowadziło odwołującego to, że „*Z treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ogólnikowego uzasadnienia, braku dowodów na podjęcie jakichkolwiek działań zmierzających do ochrony tajemnicy, a także z lakonicznych, by nie rzec, obcesowych, dodatkowych wyjaśnień Konsorcjum wprost wynika, że jedynym celem zastrzeżenia wskazanych informacji było pozbawienie innych wykonawców możliwości powzięcia wiedzy jakie rozwiązania oferuje Konsorcjum, a w konsekwencji – uniemożliwienie wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum.*” (str. 10 odwołania piąty akapit).

Skład orzekający Izby zważył dodatkowo, co następuje.

Odwołujący nie wykazał, wbrew spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), że działanie konsorcjum (zastrzeżenie informacji) miało służyć, i to wyłącznie, utrudnieniu innym wykonawcom skorzystania ze środków ochrony prawnej, a więc było nakierowane na naruszenie konkurencji w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby nie można przypisać wykonawcy naruszenia przepisów ustawy Pzp i dobrych obyczajów, poprzez podjęcie działań zmierzających do ochrony informacji stanowiących (wedle oceny samego wykonawcy) tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

W tym miejscu dostrzec należy eksponowany tak przez zamawiającego, jak i przystępujące konsorcjum fakt, że pewne informacje jako stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa zastrzegli wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym „*5 ofert posiadało zastrzeżoną część oferty dot. oferowanych urządzeń*” (str. 4 Odpowiedzi na odwołanie pkt II zdanie trzecie).

Skład orzekający Izby odwołuje się do uchwały Sądu Najwyższego z dnia21 października 2005 r. w sprawie skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa sygn. III CZP 74/05, w której Sąd Najwyższy zauważył, że kwalifikacja przez wykonawcę informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest wynikiem „*subiektywnego stanu wiedzy i świadomości oferenta odnośnie do charakteru zastrzeganych informacji*”, podnosząc, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżenie konsorcjum miało inny cel niż ochronę informacji kwalifikowanych przez konsorcjum jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, czy wręcz, że miało na celu wyłącznie utrudnieniu innym wykonawcom skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący błędnie utożsamił negatywne zweryfikowanie przez

zamawiającego zastrzeżenia konsorcjum z instrumentalnym, intencjonalnym wykorzystywaniem prawa wykonawcy do zastrzegania informacji poufnych.

Uzupełniająco skład orzekający Izby podnosi, że literalna wykładnia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że negatywna weryfikacja przez zamawiającego zastrzeżenia wykonawcy prowadzić może do ujawnienia tak informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ zamawiający swoją ocenę może opierać wyłącznie na tym „co wykazał" wykonawca. O ile więc wykonawca nie podoła obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (wadliwie dokona zastrzeżenia), zamawiający informacje te ujawnia, choć „nieudolność" wykonawcy nie przesądza automatycznie, że zastrzegane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym samym brak jest podstaw, aby przyjąć, że zastrzeżenie niektórych elementów oferty konsorcjum miało na celu utrudnienie, a tym samym, że było nakierowane na naruszenie konkurencji w postępowaniu.

Nie można także pominąć (w kontekście naruszenia interesu odwołującego jako innego przedsiębiorcy), że samo zastrzeżenie przez konsorcjum niektórych elementów jego oferty nie oznaczało automatycznie braku możliwości weryfikacji przez odwołującego oferty konsorcjum, ponieważ zastrzeżenie to (jak w każdym innym przypadku zastrzegania informacji przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) jest poddawane obligatoryjnej ocenie zamawiającego. Niewłaściwa ocena zamawiającego podlegać może kontroli wykonawców w drodze środków ochrony prawnej i w konsekwencji prowadzić do ujawnienia informacji z ofert konkurencyjnych wykonawców.

W odniesieniu do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący nie zaprezentował żadnej argumentacji na potwierdzenie zarzuconego zamawiającemu naruszenia. Na naruszenie to wskazał tylko raz – w pkt. 3 na str. 2 odwołania, nie wskazując jednak nawet, czy stanowi konsekwencję naruszenia przepisów wskazanych w dwóch pierwszych zarzutach, czy też jest to zarzut odrębny. Nie sposób zatem przypisać zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w związku z ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..