

WYROK

z dnia 1 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska
Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 oraz 27 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę Goodrich Corporation z siedzibą w Nowym Jorku (USA) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Agencję Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do następujących załączników do oferty wstępnej: Zakres Negocjacji - załącznik nr 3 oraz Tabela Uwag Wykonawcy - załącznik nr 4 i nakazuje zamawiającemu uznanie ww. dokumentów za skutecznie zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 1/2 oraz zamawiającego w części 1/2 i :
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Zamawiający Skarb Państwa - Agencja Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawę zasobnika rozpoznania powietrznego wyposażonego w radar typu SAR. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 października 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 194-470392. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako

wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy

dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 22 kwietnia 2022 r. wykonawca Goodrich Corporation z siedzibą w Nowym Jorku (USA) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na uznaniu, że następujące załączniki do oferty wstępnej Spółki

z dnia 4 stycznia 2022 r. („Oferta Wstępna”): (i) załącznik nr 3 - ZASTRZEŻONE- DE - Z-1/2022 z dnia 04.1.2022 - Załącznik nr 5 do SIWZ - Zakres Negocjacji, stanowiący Załącznik nr 2 do Formularza Oferty Wstępnej („Załącznik nr 3”), (ii) załącznik nr 4 - ZASTRZEŻONE - DEZ-2/2022 z dnia 04.01.2022 - Załącznik nr 6 do SIWZ - Tabela Uwag Wykonawcy, stanowiący Załącznik nr 3 do Formularza Oferty Wstępnej („Załącznik nr 4”), (iii) załącznik nr 5 - JAWNE - Załącznik nr 4 do Formularza Oferty Wstępnej - Wykaz Osób Uczestniczących w postępowaniu stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ („Załącznik nr 5”), nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz na stwierdzeniu niewykazania przez odwołującego spełniania przesłanek określonych w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie prowadzące do uznania Załączników nr 3-5 do Oferty Wstępnej za podlegające ujawnieniu w sytuacji, gdy zostały spełnione przesłanki do ich zachowania w poufności, ponieważ:

(a) odwołujący wykazał spełnienie przez poszczególne zastrzegane informacje

ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności biorąc pod uwagę treść i zakres przedmiotowych Załączników nr 3-5 oraz kontekst ich przedstawienia, a także objęcie Załączników nr 3 i 4 ochroną informacji niejawnych jako opatrzonych klauzulą „ZASTRZEŻONE”,

(b) zakres oraz charakter zastrzeżonych przez odwołującego informacji (również w

świecie przytoczonego w odwołaniu orzecznictwa KIO) wskazuje, że stwierdzenie przez Zamawiającego, że nie zawierają one tajemnicy przedsiębiorstwa było bezzasadne,

(c) Załączniki nr 3 i 4 zawierają odniesienia i częściowo powielają poufne informacje dotyczące sposobu wytwarzania, integracji i konfiguracji (w tym łańcucha dostaw) zawarte w załączniku nr 2 - załącznik nr 1 do Formularza Ofertowego - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia („Załącznik nr 2”), co do którego zamawiający nie miał wątpliwości co do uznania jego treści za objętą tajemnicą przedsiębiorstwa.

2. art. 7 ust 1 ustawy Pzp - poprzez brak właściwego i merytorycznego uzasadnienia decyzji o nieprzyznaniu ochrony tajemnicom przedsiębiorstwa odwołującego zawartym w Załącznikach nr 3-5 do Oferty Wstępnej, co narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz prowadzenia postępowania w zgodności z zasadą proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: uznania w całości zastrzeżenia przez odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie ze wskazaniem w Ofercie Wstępnej, w szczególności uznanie Załączników nr 3-5 wraz z załącznikami za objętą tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w pismach wniesionych w dniach w 13 oraz 27 maja 2022 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 16 maja 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2022 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do Załącznika nr 3 oraz Załącznika nr 4.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych w ustawie (tak np. Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 r. KIO 2469/19, z dnia 13 marca 2017 r. KIO 385/17). W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku: 1653) wskazano m.in.: "Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne.". Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 uzkn (tak np. Izba w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r. KIO 2537/19).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, że „wykazać” oznacza coś

więcej niż tylko „wyjaśnić”. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Izby z dnia 17 grudnia 2019 r. KIO 2440/19 „Użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. 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 biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działania prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”.

W treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołujący wskazał, że zastrzeżone informacje dotyczą sposobu wytwarzania, integracji i konfiguracji (w tym łańcucha dostaw) oferowanych wyrobów i systemów, wynikają także z całokształtu doświadczeń handlowych i jako takie zasługują na ochronę na podstawie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Odwołujący nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia w powyższym zakresie, tj. które konkretnie informacje należy zaliczyć do ww. kategorii, podlegających w jego ocenie ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. W toku postępowania odwoławczego odwołujący wskazywał, że przynależność informacji zawartych w załącznikach nr 3 oraz 4 do ww. kategorii ma oczywisty charakter - dla takiego podmiotu, jakim jest zamawiający. Oceny w tym zakresie Izba dokonała w oparciu o złożony w sprawie materiał dowodowy, tj. Ekspertyzę w zakresie informacji chronionych przy dostawach sprzętu wojskowego i technologii wojskowej dla lotnictwa autorstwa Gen. bryg. Pilota T. D., pilota i byłego Inspektora Sił Powietrznych. Ww. ekspertyza nie stanowi dowodu z opinii biegłego, jednakże żaden inny dowód nie został w tym zakresie przedstawiony. Ponadto, w postępowaniach odwoławczych, wymagających szybkiego przeprowadzenia, niejednokrotnie istnieje konieczność posiłkowania się opiniami prywatnymi składanymi przez uczestników postępowania. W ww. ekspertyzie wskazano, że szczegółowe dane techniczne dotyczące sprzętu takiego jak radar (zasobnik rozpoznania powietrznego) opisane w Załączniku nr 4 są zasadniczo traktowane jako poufne informacje handlowe stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców. Jako kategorie informacji, które są traktowane jako tajemnica handlowa, zostały wskazane w szczególności objęte największą tajemnicą i ochroną przed konkurencją i państwami trzecimi dane dotyczące: zasięgów (głębokości) rozpoznania radaru, pola widzenia i azymutów radaru, wykorzystywanych bibliotek wywiadowczych, z których korzysta radar i sposobu przetwarzania zbieranych informacji oraz wykorzystywanych formatów danych zobrazowań. Jak dalej stwierdzono, za stanowiące tajemnicę i wymagające ochrony uznaje się w praktyce również inne szczegółowe dane dotyczące: sposobu działania radaru, w szczególności sposobu działania anteny i robienia zdjęć oraz produkcji obrazu, konstrukcji radaru, w tym z ilu anten i ogniwo się składa, sposobu pozyskiwania i wyświetlania danych, sprawności, degradacji i niezawodności radaru, w tym w warunkach bojowych, przechowywania danych i poziomu ochrony ich poufności. Znajomość tego rodzaju informacji mogłaby pozwolić innym producentom sprzętu na opracowanie podobnych rozwiązań metodą tzw. reverse engineering, jak również zorientować się co do sposobów działania sprzętu i opracować rozwiązania wykorzystujące ograniczenia działania sprzętu lub sposobu działania. Fragmenty treści Załączników nr 3 i 4 zawierających ww. kategorie informacji zostały wskazane w piśmie odwołującego z dnia 13 maja 2022 r. Wprawdzie zamawiający kwestionował stanowisko odwołującego przedstawione w tym zakresie, jednakże mając na uwadze specjalny charakter ww. informacji Izba nie mogła wykluczyć zasadności stanowiska odwołującego. Biorąc również pod uwagę fakt nadania Załącznikom nr 3 i 4 klauzuli „zastrzeżone” w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 742, ze zm.) oraz okoliczność, że podobne kategorie informacji zostały zawarte w Załączniku nr 2, w odniesieniu do którego zamawiający nie stwierdził braku skuteczności zastrzeżenia tego dokumentu jako zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa - Izba uznała, że zasadne jest utrzymanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez odwołującego w odniesieniu do Załączników nr 3 i 4.

Zajęcie takiego stanowiska nie było natomiast możliwe względem Załącznika nr 5. W odniesieniu do personelu odwołującego w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zostało zawarte tylko trzy bardzo ogólne zdania: „Oferta Wstępna zawiera także informacje na temat posiadanych przez pracowników

Wykonawcy doświadczenia przy realizacji podobnych przedsięwzięć jak i dane osobowe

pracowników. Dane te podlegają także ochronie. (...) Dodatkowo, Wykonawca wskazuje, że posiadanie wiedzy na temat doświadczenia personelu jakim legitymuje się wykonawca umożliwi konkurencji „oszacowanie” w jakiego rodzaju postępowaniach potencjalnie Wykonawca może wziąć udział, co w połączeniu ze znajomością stawek ofertowych przez Wykonawcę (które są z natury rzeczy jawne) pozwoli na wywiedzenie przyszłej strategii działania Wykonawcy, a w konsekwencji podjęcie działań utrudniających lub uniemożliwiających Wykonawcy dostęp do rynku.” Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że Załącznik nr 5 nie zawiera informacji na temat doświadczenia personelu odwołującego, a zatem przedstawione w tym zakresie twierdzenia nie mogą być rozpatrywane w ramach oceny skuteczności zastrzeżenia tego dokumentu jako zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedyne na marginesie należy dodać, że zupełnie nie zostało wyjaśnione jakie działania utrudniające lub uniemożliwiające dostęp do rynku mogłyby podejmować inni wykonawcy wobec pozyskania informacji o doświadczeniu personelu konkurencyjnego wykonawcy. Za takie Izba nie uznaje procederu „podkupywania pracowników”, albowiem oznaczałoby to pozbawienie takich osób możliwości uzyskania wynagrodzenia adekwatnego do wartości rynkowej oferowanej przez nich pracy. Pomijając zatem treść dotyczącą doświadczenia personelu, pozostaje jedynie stwierdzenie, że dane osobowe pracowników podlegają także ochronie. Jest to tak ogólne stwierdzenie, że w żadnym wypadku nie może stanowić podstawy uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Po drugie, odwołujący w żaden sposób nie wykazał jakie podjął działania w celu utrzymania tych informacji w poufności. Wymaga przy tym podkreślenia, że chodzi tu o konieczność wykazania także innych działań poza zastrzeżeniem informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba za niezasadny uznała również zarzut braku właściwego i merytorycznego uzasadnienia decyzji o nieprzyznaniu ochrony tajemnicom przedsiębiorstwa odwołującego zawartym w Załącznikach nr 3-5 do Oferty Wstępnej. W odwołaniu odwołujący w zasadzie nie przedstawił żadnego uzasadnienia tego zarzutu, poza stwierdzeniem, że uzasadnienie odmowy objęcia ochroną Załączników nr 3-5 jest sporządzone w sposób bardzo ogólny i lakoniczny i nie odnoszący się w ogóle do treści Załączników nr 3-4. W ocenie Izby zamawiający w sposób zwięzły, ale wystarczający - biorąc pod uwagę zwięzłość uzasadnienia odwołującego, przedstawił uzasadnienie swojej decyzji w odniesieniu do wszystkich ww. Załączników. Wbrew twierdzeniom odwołującego zawiera ono również odniesienie się do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez odwołującego w odniesieniu do Załączników nr 3 - 4 (ostatni akapit na str. 4, dokończenie na str. 5 pisma zamawiającego), również bardzo zwięzłego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp z 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: