Sygn. akt: KIO 1823/22

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez wykonawcę WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Berbeckiego 6 (43-100 Tychy) w postępowaniu prowadzonym przez Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 137 (02-507 Warszawa), który działa jako pełnomocnik w imieniu i na rzecz następujących zamawiających: Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA w Warszawie, Samodzielnego Publicznego Wielospecjalistycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Bydgoszczy, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Gdańsku, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Kielcach, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Katowicach im. sierżanta Grzegorza Załogi, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Koszalinie, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Lublinie, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Opolu, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Poznaniu im. prof. Ludwika Bierkowskiego, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Rzeszowie, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Szczecinie, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpitala Specjalistycznego MSWiA w Głuchołazach im. św. Jana Pawła II, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA Centrum Rehabilitacji w Górznie, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpitala Specjalistycznego MSWiA w Złocieńcu, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA z Warmińsko - Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie i Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA

w Zielonej Górze
przy udziale wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul Karolkowej 30 (01-207 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu ujawnienie następujących informacji złożonych przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wraz z ofertą, które dotyczą zadania nr 1:

1.1. dokumentu zawierającego szczegółową charakterystykę oferowanego przedmiotu zamówienia;

1.2. dokumentów przedmiotowych, które miały potwierdzić spełnienie przez oferowany sprzęt i oprogramowanie wymagań określonych przez zamawiającego.

2. Kosztami postępowania obciąża Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA w Warszawie na rzecz

wykonawcy WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. 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: .....

Sygn. akt: KIO 1823/22

Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie, zwany dalej: „zamawiającym", który działa jako pełnomocnik w imieniu i na rzecz: Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA w Warszawie, Samodzielnego Publicznego Wielospecjalistycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Bydgoszczy, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Gdańsku, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Kielcach, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Katowicach im. sierżanta Grzegorza Załogi, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Koszalinie, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Lublinie, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Opolu, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Poznaniu im. prof. Ludwika Bierkowskiego, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Rzeszowie, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Szczecinie, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpitala Specjalistycznego MSWiA w Głuchołazach im. św. Jana Pawła II, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA Centrum Rehabilitacji w Górznie, Samodzielnego Publicznego Zakładu

Opieki Zdrowotnej Szpitala Specjalistycznego MSWiA w Złocieńcu, Samodzielnego

Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA z Warmińsko - Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie i Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Zielonej Górze, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Zakup i dostawa sprzętu serwerowego, macierzy, urządzeń sieciowych i licencji w ramach Projektu „e-Zdrowie w Samodzielnych Publicznych Zakładach Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji: rozwój nowoczesnych e-usług publicznych dla pacjentów" (nr referencyjny: CSKDZP-2375/25/04/02/2022), zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2022 r., pod numerem 2022/S 080-214674.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 11 lipca 2022 r. wykonawca WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16

kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej jako: „ustawa Znk") przez błędne uznanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia i przekazania odwołującemu:

a. dokumentu złożonego przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „Wykonawca IS") zawierającego szczegółową charakterystykę oferowanego przedmiotu zamówienia;

b. dokumentów przedmiotowych, tj. dokumentów złożonych przez Wykonawcę IS wraz z ofertą, które potwierdzać miały spełnienie przez oferowany sprzęt i oprogramowanie wymagań określonych przez zamawiającego;

- pomimo faktu, że ww. zastrzeżone przez Wykonawcę IS dokumenty nie mogą stanowić i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz z uwagi na fakt, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Wykonawcę IS jest nieskuteczne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ujawnienia (odtajnienia) i przekazania odwołującemu następujących informacji:

1. Dokument zawierający szczegółową charakterystykę oferowanego przedmiotu zamówienia.

2. Dokumenty przedmiotowe, które potwierdzać mają spełnienie przez oferowany sprzęt i oprogramowanie wymagań określonych przez zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że jest podmiotem zdolnym do wykonania zamówienia, posiada odpowiednie zasoby i doświadczenie oraz złożył ważną ofertę w postępowaniu. W jego ocenie kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego mogą wpłynąć na wynik postępowania i pozbawić go możliwości pozyskania zamówienia i osiągnięcia zysku z jego realizacji. Odwołujący wskazał, że na skutek braku przekazania mu dokumentacji ofertowej Wykonawcy IS będzie pozbawiony możliwości obrony swoich praw, tj. możliwości pełnej i rzetelnej weryfikacji oferty konkurencyjnego wykonawcy. W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że gdyby nie naruszające przepisy Pzp zaniechania zamawiającego, uzyskałby dostęp do wykazu sprzętu i oprogramowania oraz dokumentów przedmiotowych złożonych przez Wykonawcę IS, co pozwoliłoby na zweryfikowanie poprawności (zgodności z SWZ) oferowanych przez tego wykonawcę produktów. Zdaniem odwołującego uwzględnienie odwołania otworzy mu drogę do weryfikacji oferty konkurenta. W ocenie odwołującego dokonane przez Wykonawcę IS zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa miało na celu tylko i wyłączenie uniemożliwienie mu zweryfikowanie poprawności oferty złożonej przez Wykonawcę IS.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w prowadzonym postępowaniu zamawiający szczegółowo opisał swoje wymagania co do przedmiotu zamówienia. Wymagania zamawiającego zostały sprecyzowane w następujących dokumentach:

- załącznik nr 1 do SWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia;

- załącznik do OPZ - Specyfikacja sprzętu.

Z ww. dokumentów wynikały wymagane przez zamawiającego ilości, rodzaje, funkcjonalności oraz parametry techniczne sprzętu i oprogramowania. Zadaniem wykonawców było dobranie odpowiednich produktów pod sprecyzowane wymagania zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą dokumenty określające jednoznacznie oferowany przedmiot zamówienia: 2. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w ofercie jednoznacznie i

precyzyjnie wskazał modele oferowanych urządzeń oraz załączył ich specyfikację techniczną zawierającą wszystkie wymagane parametry techniczne. (cytat ze strony nr 22 dokumentu Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia). Powyższe wymaganie było przedmiotem wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego przed terminem składania ofert - wyjaśnienia z dnia 6 czerwca 2022r.:

PYTANIE nr 77:

Dot. Zał. nr 1 SOPZ - str. 22

„2. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w ofercie jednoznacznie i precyzyjnie wskazał modele oferowanych urządzeń oraz załączył ich specyfikację techniczną zawierającą wszystkie wymagane parametry techniczne."

Ponieważ wymagania (w tym parametry techniczne opisane jakościowo i ilościowo) ujęte w opisie przedmiotu zamówienia w wielu przypadkach swoją złożonością i obfitością dalece

wykraczają poza „specyfikację techniczną” publikowaną przez producentów urządzeń, a niejednokrotnie ich potwierdzenie wymagałoby dostarczenia podręczników użytkownika itp. szczegółowej dokumentacji technicznej, czy Zamawiający wyraża zgodę, aby spełnienie tego wymogu mogło zostać zrealizowane przez (łącznie):

• załączenie do oferty powszechnie publikowanej karty katalogowej oferowanego urządzenia (zwykle w j. angielskim - „datasheet”, „technical specification sheet” itp.),

• załączenie do oferty szczegółowej specyfikacji zaoferowanej konfiguracji urządzeń, zawierającej listę ze wskazaniem symboli (part number), nazw komponentów oraz ich ilości? Powyższa propozycja znacząco ułatwi przygotowanie ofert, zaś w razie ewentualnych wątpliwości przy ocenie spełnienia parametrów zapewni Zamawiającemu niezbędne możliwości ich weryfikacji.

ODPOWIEDŹ: Zamawiający wyraża zgodę, aby spełnienie tego wymogu mogło zostać zrealizowane przez (łącznie):

• załączenie do oferty powszechnie publikowanej karty katalogowej oferowanego urządzenia

(zwykle w j. angielskim - „datasheet” „technical specification sheet” itp.),

• załączenie do oferty szczegółowej specyfikacji zaoferowanej konfiguracji urządzeń, zawierającej listę ze wskazaniem symboli (part number), nazw komponentów oraz ich ilości.

W ocenie odwołującego zgodnie z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy składali zatem wraz z ofertą:

- wykaz oferowanych produktów, dobranych do szczegółowych wymagań zamawiającego;

- powszechnie dostępne karty katalogowe oferowanych produktów.

Odwołujący stwierdził, że nie było żadnych podstaw, aby tego typu dokumenty, jakie były składane w przedmiotowym postępowaniu zastrzegać jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego powyższe stwierdzenie nie było jedynie stanowiskiem procesowym. Odwołujący podkreślił, że złożył wraz z ofertą wymagane dokumenty nie zastrzegając ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokumenty tego typu nie spełniają ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11. ust. 2 ustawy Znk.

W opinii odwołującego informacje zastrzeżone przez Wykonawcę IS jak tajemnica przedsiębiorstwa przede wszystkim nie posiadają wartości gospodarczej, w szczególności Wykonawca IS wartości tej nie wykazał w swoim uzasadnieniu zasadności dokonanego zastrzeżenia. Zastrzeżone materiały nie są to również dokumenty, które „nie są łatwo dostępne” - sprawa dotyczy w szczególności powszechnie dostępnych kart katalogowych publikowanych przez producentów urządzeń/oprogramowania. W przedmiotowej sprawie Wykonawca IS nie wykazał również, aby podjął stosowne działania w celu utrzymania poufności informacji. Wykonawca IS wraz z ofertą złożył „Zastrzeżenie nieudostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”. W przedmiotowym dokumencie Wykonawca IS stwierdza, iż: W szczególności informacje dotyczą opracowania architektury rozwiązania spełniającej w sposób optymalny postanowienia SWZ, doboru produktów (licencji i urządzeń) oraz opracowaniu szczegółowej konfiguracji i dobraniu optymalnych metryk licencyjnych oprogramowania.

Odwołujący wskazał jednak, że w przypadku przedmiotowego postępowania mamy do czynienia z doborem pasujących urządzeń i oprogramowania pod szczegółowe wymagania zamawiającego. Dobrane przez wykonawcę urządzenia i oprogramowanie muszą po prostu spełniać wymagania szczegółowo wyspecyfikowane przez zamawiającego. Dodatkowo zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca IS objął standardowe karty katalogowe zawierające tylko i wyłącznie informacje oficjalnie i szeroko publikowane przez producentów tak sprzętu jak i oprogramowania. Odwołujący stwierdził, iż argumentacja przedstawiona przez Wykonawcę IS dotycząca „unikatowej konfiguracji” przygotowanej specjalnie na potrzeby zamawiającego nie powinna zasługiwać na uwzględnienie. W każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są dostawy sprzętu/oprogramowania, zamawiający specyfikują wymagania odpowiadające jego właśnie potrzebom. Nie oznacza to jednak, że dobrane pod dane potrzeby zestawienie urządzeń/oprogramowania ma charakter unikatowej konfiguracji. Jest to po prostu zestawienie produktów spełniających wymagania (a przynajmniej w założeniu je spełniających). Odwołujący wskazał, że nie jest niczym nadzwyczajnym na rynku, że przed złożeniem ofert powoływany jest zespół ekspertów i rozważane są różne warianty oparte o produkty różnych dostępnych na rynku producentów. Jest to działanie absolutnie standardowe, niczym nie wyróżniające Wykonawcy IS. Odwołujący zauważył, że Wykonawca IS sam stwierdza, że „wycena opiera się na standardowej ofercie producentów” (s. 2 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy). Wykonawca IS upatruje szczególnego

charakteru zastrzeżonych informacji w tym, że wynikają one ze „szczegółowej znajomości", „bardzo głębokiej analizy". Wszystkie opisane przez Wykonawcę IS czynności są to jednak działania standardowe i w niczym nie odbiegające od działań innych podmiotów. Przed złożeniem oferty analizuje się dostępne produkty i dobiera te pasujące pod określone wymagania. Na tym polega przygotowywanie ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca IS w żadnym miejscu swojego uzasadnienia nie przedstawił, w czym przejawia się wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Odwołujący wskazał, że stwierdzenie Wykonawcy IS użyte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy: „Wykonawca nie udostępnił informacji zawartych w części tajnej oferty do wiadomości publicznej (...)" jest całkowicie niezgodne ze stanem faktycznym sprawy, ponieważ w przedmiotowym przypadku mowa przecież o zastrzeżeniu, jako tajemnicy przedsiębiorstwa m.in. powszechnie dostępnych kart katalogowych producentów, które są dostępne i publikowane w Internecie (np. na stronach internetowych producentów).

Zdaniem odwołującego Wykonawca IS w żaden przekonywujący sposób nie wykazał również środków podjętych w celu ochrony informacji. Wykonawca ten powołał się na ograniczenie dostępu do informacji, zobowiązanie pracowników do zachowania tajemnicy, niemniej jednak nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Jedynym dowodem, który załączył Wykonawca IS do uzasadnienia zastrzeżenia jest polityka bezpieczeństwa informacji. Dokument ten również nie był dostępny dla odwołującego, przy czym, przy braku innych dowodów, odwołujący postawił tezę, że dokument ten jest niewystarczający, aby uznać, iż Wykonawca IS wykazał należytą ochronę zastrzeżonych informacji. Polityki bezpieczeństwa informacji to dokumenty standardowo stosowane przez podmioty gospodarcze. Nie są one w żaden sposób unikatowe, a raczej powielają pewne standardy związane z obchodzeniem się z informacjami wewnątrz organizacji. Złożony dokument zawiera zatem z pewnością ogólne informacje, schematy postępowań, z których jednak nic nie wynika dla przedmiotowej sprawy.

Odwołujący podkreślił, że objęte zastrzeżeniem zostały wykaz sprzętu/oprogramowania dobranych pod wymagania szczegółowo określone przez zamawiającego oraz standardowe, powszechnie dostępne karty katalogowe. Wykonawca IS nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji oraz nie wykazał, iż podjął niezbędne działania w celu zachowania informacji w poufności. Zastrzeżenie dokumentów ma na celu uniemożliwienie zapoznanie się z ofertą przez konkurencję i zweryfikowanie poprawności oferowanego sprzętu/oprogramowania. Celem dokonanego zastrzeżenia nie była zatem faktyczna konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy IS, ale celem jest obawa Wykonawcy IS przed wytknięciem ewentualnych błędów i doprowadzenie do odrzucenia złożonej oferty.

Odwołujący stwierdził, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem funkcjonowania systemu zamówień publicznych, dlatego też tylko w sytuacjach zupełnie wyjątkowych, tj. wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek istnieje możliwość ograniczenia zasady jawności. Odstępstwa od tej podstawowej zasady należy interpretować ściśle i ograniczać do sytuacji, kiedy potrzeba ochrony indywidualnego interesu wykonawcy doznaje prymatu nad umożliwieniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu realizacji zasady jawności w postaci prawa do zapoznania się z zawartością ofert. Tym samym uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 29 lipca 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1) umorzenie postępowania odwoławczego w całości;

2) przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie;

3) zasądzenie od odwołującego na jego rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Ewentualnie, w przypadku nieprzychylenia się przez Krajową Izbę Odwoławczą do wniosku o umorzenie postępowania, zamawiający wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości;

2) przeprowadzenie dowodów wskazanych w niniejszej odpowiedzi na odwołanie;

3) zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wniosku o oddalenie odwołania zamawiający wskazał, że jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności, wyrażona w art. 18 ust. 1 Pzp, a także w art. 74 ust. 1 Pzp. Natomiast nie jest to zasada bezwzględna, ustawa przewiduje bowiem wyjątki, m.in. art. 18 ust. 3 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że w niniejszej sprawie Wykonawca IS dokonał zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z tym zamawiający zobligowany był działając na podstawie i w granicach prawa do ochrony tych informacji, do nieudostępniania ich osobom trzecim, a więc również odwołującemu. Działanie niezgodne z dyspozycją normy art. 18 ust. 3 Pzp naraziłoby zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą, bowiem niesłuszne odtajnienie oferty tworzy po stronie zamawiającego odpowiedzialność odszkodowawczą względem wykonawcy, który w wyniku tego błędu poniósł stratę. Ustawa Znk przewiduje sankcje karne za ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 23 ustawy Znk kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Nie dziwi, więc fakt, że zamawiających cechuje ostrożność w zakresie odtajniania informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie zamawiającego, Wykonawca IS w sposób prawidłowy wykazał przesłanki umożliwiające utajnienie części złożonej oferty. Wykonawca poparł swoje twierdzenia dokumentem PBI, który stanowi efekt wieloletnich doświadczeń wykonawcy z jego aktywności na rynku. Jego ostateczna wersja wymagała dużego wysiłku i stanowi zbiór zasad, które skutecznie chronią wykonawcę i pozwalają mu bezpiecznie funkcjonować na rynku. Nie są to informacje powszechnie znane poza strukturą wykonawcy. Jednocześnie wykonawca wskazał, że konsekwentnie od uchwalenia PBI podejmuje działania mające na celu utrzymanie tego dokumentu w poufności, stąd też dokument ten został również zastrzeżony przez Wykonawcę IS jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający stwierdził, że część oferty Wykonawcy IS oraz jego wewnętrzny dokument w postaci PBI należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 ustawy Znk. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zdaniem zamawiającego przygotowanie oferty w postępowaniu wymagało rozległej wiedzy inżynierskiej i biegłej znajomości ofert różnych producentów sprzętu. Przygotowując ofertę należało dobrać różne serwery, macierze dyskowe, urządzenia sieciowe i inne urządzenia i programy pomocnicze od kilku producentów w taki sposób, aby spełnić złożone wymagania zamawiającego.

Zamawiający zwrócił uwagę na skomplikowanie przedmiotu zamówienia i wymagań. Zamawiany sprzęt ma zostać dostarczony do 16 szpitali będących partnerami projektu i będzie wykorzystywany do prowadzenia i udostępniania elektronicznej dokumentacji medycznej. Specyfika i skomplikowanie zamówienia wynika m.in. z konieczności dopasowania dostarczanych rozwiązań do sprzętu i oprogramowania, które funkcjonuje obecnie u partnerów projektu. Wykonawca składający ofertę, na podstawie wymagań zamawiającego określonych w SWZ, musi dobrać poszczególne komponenty, tak by mogły one współpracować z posiadaną przez zamawiającego oraz partnerów infrastrukturą IT oraz systemami informatycznymi.

W konsekwencji, zamawiający stwierdził, że w celu opracowania samej oferty wykonawca musi dysponować grupą ekspertów, szeroką wiedzą specjalistyczną i w ocenie zamawiającego samo w sobie może to już stanowić know-how wykonawcy. Jego zdaniem podkreślił to też Wykonawca IS w swoim oświadczeniu o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa: Dla powyższych stwierdzeń nie ma znaczenia, że wycena opiera się na

standardowej ofercie producentów, gdyż każde z urządzeń musi być precyzyjnie dobrane do specyfiki SWZ, a większość z nich wymaga opracowania szczegółowej indywidualnej konfiguracji. Podobnie w przypadku licencji niezbędna jest szczegółowa znajomość metryk licencyjnych różnych producentów oprogramowania oraz indywidualny dobór optymalnej konfiguracji. Przykładem może być oprogramowanie backupu, które zostało dobrane w kilku wersjach zależnie od specyfiki poszczególnych lokalizacji.

W ocenie zamawiającego stworzenie oferty na potrzeby tego postępowania wymaga wiedzy o możliwościach sprzętu, jego możliwych konfiguracjach i umiejętności takiego zaprojektowania infrastruktury, żeby działał wydajnie jako całość w różnych lokalizacjach.

Umiejętny dobór sprzętu stanowi znaczącą wartość dla każdej firmy, gdyż pozwala złożyć korzystną ofertę. Stąd zrozumiały z perspektywy zamawiającego był brak zgody Wykonawcy IS na udostępnianie części technicznej swojej oferty, do której dostęp skutkowałby

edukowaniem konkurencji.

W konkluzji zamawiający stanął na stanowisku, że z przedłożonych dokumentów wynika, że Wykonawca IS skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym, że Wykonawca IS wywiązał się z ciężaru wykazania niejawnego charakteru przedmiotowych informacji, a zamawiający obowiązany jest je chronić i nie udostępniać ich osobom postronnym, w tym także odwołującemu.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 1 sierpnia 2022 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu dla ww. wniosku zamawiający wskazał, że wniósł o umorzenie przedmiotowego postępowania z uwagi na spełnienie przesłanek z art. 568 pkt 2 Pzp, ponieważ odwołanie dotyczy czynności unieważnionej przez Zamawiającego dnia 12 lipca 2022 r. Zgodnie z dyspozycją art. 568 pkt 2 Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Zdaniem zamawiającego nie ulegało wątpliwości, że w przedmiotowym stanie faktycznym nastąpiła właśnie taka sytuacja. Zamawiający dnia 12 lipca 2022 r. unieważnił czynność z dnia 1 lipca 2022r. dotyczącą odmowy udostępnienia

oferty, zatem rozpoznawanie odwołania stało się bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia i z tego względu Krajowa Izba Odwoławcza powinna uwzględnić żądanie zamawiającego tj. umorzyć postępowanie na mocy art. 568 pkt 2 Pzp. Oczywistym jest, że skoro czynność zamawiającego będąca podstawą odwołania nie istnieje, to odwołanie przestaje mieć rację bytu. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wynika z uzasadnienia orzeczenia KIO z dnia 26 lutego 2019 r. o sygn. akt: KIO 226/19

Na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Zamawiający

stwierdził, że czynność stanowiąca podstawę odwołania nie istnieje, a odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania na nową czynność Zamawiającego dokonaną 12

lipca 2022 r. Bez względu na to, iż decyzja zamawiającego jest tożsama z poprzednią, to stan faktyczny uległ zmianie.

Izba uznała, że wniosek zamawiającego o umorzenie postępowania nie zasługiwał na uwzględnienie. W związku z powyższym skład orzekający ustalił, że w dniu 24 czerwca 2022 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego. W dniu 1 lipca 2022 r. zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia oferty złożonej przez przystępującego w części zastrzeżonej ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym odwołujący otrzymał od zamawiającego ofertę przystępującego jedynie w części, w jakiej nie została ona zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. W międzyczasie tj. dnia 30 czerwca 2022 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnienia dotyczącego złożonego oświadczenia. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że przystępujący w złożonej ofercie zastrzegł informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa powołując się na polityki bezpieczeństwa zgodnie z wewnętrznymi procedurami bezpieczeństwa informacji stosowanymi przez wykonawcę, na podstawie Uchwały Nr 2/2016 Zarządu spółki Integrated Solutions Sp. z o. o. z 31 marca 2016 r. w sprawie uchwalenia Polityki bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o. oraz załącznika do tej uchwały pn. „Polityka bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o.". Zamawiający wezwał do przedłożenia przedmiotowego dokumentu. Przystępujący w dniu 4 lipca 2022 r. w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przekazał Uchwałę Nr 2/2016 Zarządu spółki Integrated Solutions Sp. z o. o. z 31 marca 2016 r. w sprawie uchwalenia Polityki bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o. oraz załącznik do ww. Uchwały dokument pn. „Polityka bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o.". W dniu 12 lipca 2022 r. zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu czynności polegającej na odmowie udostępnienia mu oferty przystępującego. W dniu 14 lipca 2022 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odmowie udostępnienia mu oferty przystępującego w części zastrzeżonej ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że nie można było uznać, iż odwołanie stało się bezprzedmiotowe. W ocenie składu orzekającego na moment wniesienia odwołania istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Odwołanie zostało wniesione 11 lipca 2022 r., natomiast zamawiający już po jego wniesieniu tj. 12 lipca 2022 r. poinformował odwołującego, że będzie jeszcze oceniał zasadność zastrzeżenia przez przystępującego wybranych dokumentów jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, bo tak należało w ocenie składu orzekającego traktować działania zamawiającego z dnia 12 lipca 2022 r. Przy czym 14 lipca 2022 r. zamawiający powiadomił odwołującego de facto o podtrzymaniu stanowiska z dnia 1 lipca 2022 r.

Izba uznała, że nie można było traktować działań zamawiającego podjętych 12 i 14 lipca 2022 r. jako nowych czynności w stosunku do czynności z dnia 1 lipca 2022 r. Zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia zastrzeżonej treści oferty przystępującego w dniu 1 lipca 2022 r. i ta okoliczność utrzymała się do momentu rozpoznania odwołania.

Ponadto wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością - zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej. Odwołujący w przedmiotowej sprawie zachował się zgodnie z powyższą zasadą, ponieważ wniósł odwołanie w ustawowo przewidzianym terminie, a późniejsze działania zamawiającego nie spowodowały co do meritum zmiany jego stanowiska w stosunku do czynności ujawnionej wobec odwołującego w dniu 1 lipca 2022 r.

Dodatkowo, co istotne w kontekście bezprzedmiotowości postępowania odwoławczego, odwołujący w dalszym ciągu był zainteresowany merytorycznym rozpoznaniem sprawy i wniósł o oddalenie wniosku zamawiającego o umorzenie postępowania. Przez co nie było podstaw do stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na dwóch płytach CD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniach 18 i 29 lipca 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ");

- ofertę złożoną przez przystępującego w tym w szczególności uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

- korespondencję z 24 czerwca oraz 1, 12 i 14 lipca 2022 r. prowadzoną pomiędzy odwołującym a zamawiającym w sprawie udostępnienia odwołującemu oferty przystępującego, w tym także jej części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa;

- korespondencję z dnia 30 czerwca i 4 lipca 2022 r. prowadzoną pomiędzy zamawiającym a przystępującym w sprawie uzupełnienia dokumentu dotyczącego Polityki bezpieczeństwa informacji.

Izba ustaliła co następuje

W dniu 24 czerwca 2022 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie oferty przystępującego.

W odpowiedzi na powyższy wniosek, zamawiający w dniu 1 lipca 2022 r. przesłał odwołującemu część oferty przystępującego. Ponadto poinformował odwołującego, że pozostała część oferty przystępującego została zastrzeżona i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym zamawiający nie przekazał odwołującemu zastrzeżonej części oferty.

W międzyczasie tj. w dniu 30 czerwca 2022 r, zamawiający zwrócił się do przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp z wezwaniem do złożenia wyjaśnienia dotyczącego złożonego oświadczenia. W treści wezwania zamawiający wskazał: Wykonawca w złożonej ofercie zastrzegł informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa powołując się na polityki bezpieczeństwa zgodnie z wewnętrznymi procedurami bezpieczeństwa informacji stosowanymi przez Wykonawcę, na podstawie Uchwały Nr 2/2016 Zarządu spółki Integrated Solutions Sp. z o. o. z 31 marca 2016 r. w sprawie uchwalenia Polityki bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o. oraz załącznika do tej uchwały pn. „Polityka bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o." Wykonawca w piśmie przewodnim dotyczącym przedmiotowego zastrzeżenia informacji wskazał, iż przekazuje do wiadomości Zamawiającego dokument „Polityka bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o.”. Zamawiający wzywa do przedłożenia przedmiotowego dokumentu.

W dniu 4 lipca 2022 r. przystępujący w odpowiedzi na powyżej wskazany wniosek przekazał zamawiającemu Uchwałę Nr 2/2016 Zarządu spółki Integrated Solutions Sp. z o. o. z 31 marca 2016 r. w sprawie uchwalenia Polityki bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o. oraz załącznik do ww. Uchwały dokument pn. „Polityka bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o.”. Jak poinformował przystępujący dokumenty te zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z załączonym do oferty uzasadnieniem.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 18 ust. 1-3 Pzp - 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.;

- art. 74 ust. 2 pkt 1 Pzp - Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust.

2 zdanie drugie - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.;

- art. 11 ust. 2 ustawy Znk - 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.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i przystępującego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań Izba stwierdziła, że art. 18 ust. 1 Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. , jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przywołanego przepisu wynika, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podzieliła przy tym stanowisko wskazujące, że użyte w art. 18 ust. 3 Pzp przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania", nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia".

Ponadto przepis art. 18 ust. 3 Pzp, określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy Znk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy Znk. Zgodnie z ww. przepisem, 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.

W końcu należało wskazać, że zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Przenosząc powyższe rozważania na stan przedmiotowej sprawy Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo zbadał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego i w wyniku tego naruszył wskazane w odwołaniu przepisy, ponieważ nie ujawnił niezasadnie zastrzeżonych przez przystępującego informacji. W ocenie składu orzekającego przystępujący nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 ustawy Znk. Izba wskazała, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez przystępującego miało charakter ogólny, w dużej mierze sprowadzało się do przywołania definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Najistotniejsza okoliczność dla rozstrzygnięcia poczynionego przez Izbę wynikała z tego, że wykazanie przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać zamawiającemu przedstawione w momencie przekazania informacji objętych zastrzeżeniem, czyli w okolicznościach przedmiotowej sprawy przystępujący powinien wykazać spełnienie ww. przesłanek najpóźniej w momencie złożenia oferty. Tym samym uzupełnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci złożenia dokumentu obejmującego politykę bezpieczeństwa informacji, dokonane przez przystępującego po upływie terminu składania ofert tj. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 30 czerwca 2021 r., należało uznać za spóźnione i z tych względów nie mogło zostać wzięte pod uwagę przy rozpoznaniu przedmiotowego odwołania. Po raz kolejny należało podkreślić, że dla uznania skuteczności zastrzeżenia przystępujący był

zobowiązany wykazać łącznie wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy Znk, natomiast już z samego faktu uzupełnienia po terminie składania ofert dowodu odnoszącego się do uzasadnienia zastrzeżenia należało uznać, że formalna przesłanka dotycząca podjęcia przez przystępującego działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności, nie została spełniona. Tym samym przystępujący nie wykazał wystąpienia wszystkich powyższych przesłanek, co czyniło dokonane przez niego zastrzeżenie nieskutecznym.

Ponadto Izba stwierdziła, że przystępujący ograniczył się de facto do subiektywnego stwierdzenia, że przekazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący w żaden sposób nie wskazał, jakie środki podjął celem zachowania informacji w poufności, nie przedstawił w tym zakresie dowodów, jak wewnętrzne regulaminy, polityki bezpieczeństwa, czy klauzule o zachowaniu w poufności. Co do ewentualnej szkody z uwagi na uzyskanie przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia takich informacji to wskazania wymaga, że okoliczności, iż zastrzeżone informacje zostały przygotowane przez powołany zespół ekspertów, który opracował kilka scenariuszy i wariantów uwzględniając dostępne rozwiązania różnych producentów sprzętu i oprogramowania oraz ich praca jest unikalna, gdyż wykonanie jej wymaga specjalistycznych umiejętności, nie powodują automatycznie, że zasługują one na ochronę, gdyż okoliczności takie realizują się z pewnością w większej liczbie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których przystępujący składa ofertę. Zasadności ich nieujawnienia nie można wywodzić z samego faktu podjęcia trudu w przygotowaniu oferty. Przystępujący nie wykazał żadnej przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy Znk, w tym jaką przekazane informacje mają wartość gospodarczą. Przesłanka dotycząca wartości gospodarczej odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie niejawna. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem.

Zdaniem składu orzekającego, przystępujący nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji w nich zawartych. Przystępujący wskazał, co prawda że nie ma znaczenia, że wycena opiera się na standardowej ofercie producentów, gdyż każde z urządzeń musi być precyzyjnie dobrane do specyfiki SWZ, a większość z nich wymaga opracowania szczegółowej indywidualnej konfiguracji. Podobnie w przypadku licencji niezbędna jest szczegółowa znajomość metryk licencyjnych różnych producentów oprogramowania oraz indywidualny dobór optymalnej konfiguracji. Przykładem może być oprogramowanie backupu, które zostało dobrane w kilku wersjach zależnie od specyfiki poszczególnych lokalizacji. Taki zabieg został poprzedzony bardzo głęboką analizą zarówno dostępnych rozwiązań na rynku i ich modeli licencjonowania, a także zaproponowanej architektury sprzętowej. W wyniku analiz zadano wiele pytań Zamawiającemu, a w efekcie uzyskano optymalną (w przekonaniu Wykonawcy) konfigurację licencyjną. W wyniku optymalizacji udało się znacznie obniżyć koszt licencji, co wprost stanowi o wartości gospodarczej. Jednakże powyższy fragment skład orzekający potraktował jako opis podjęcia uzasadnionej i rzetelnej pracy nad przygotowaniem oferty, co jeszcze nie oznaczało wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, szczególnie że tego rodzaju działania powinien podjąć każdy wykonawca uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący nie omówił także w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja na rynku, w przypadku ujawnienia zastrzeżonych w tym postępowaniu konkretnych informacji oraz danych. Samo stwierdzenie, że Ujawnienie informacji zawartych w ww. dokumencie/dokumentach pozwoli na poznanie przez innych uczestników rynku zaoferowanego przez Wykonawcę rozwiązania, spowoduje szkodę wykonawcy i doprowadzi do uzyskania przez konkurentów przewagi rynkowej, poprzez zapoznanie się z know-how Wykonawcy w zakresie sposobu wykorzystania technologii i urządzeń przy projektowaniu rozwiązań dla poszczególnych odbiorców, jak również dostosowanie swoich rozwiązań do rozwiązań Wykonawcy, nie było w ocenie Izby wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, że ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia

warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania.

Dodatkowo Izba doszła do przekonania, że nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia dostrzegł również sam zamawiający kierując do przystępującego wezwanie do przedłożenia dokumentu obejmującego politykę bezpieczeństwa informacji. Niemniej jednak, jak już zostało podniesione powyżej, uzupełnienie informacji - w tym przypadku - po terminie złożenia oferty nie mogło konwalidować dokonanego zastrzeżenia i uznania go za zasadne.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez przystępującego. Tym samym zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone przez przystępującego dokumenty, które zostały złożone przez tego wykonawcę wraz z ofertą w ramach zadania nr 1 oraz przekazać je odwołującemu zgodnie z wnioskiem z dnia 24 czerwca 2022 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....