Sygn. akt: KIO 2925/22

WYROK

z dnia 22 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2022 r. przez wykonawcę VENTUS Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NTT Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 1 oraz w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 2 w części dotyczącej niewykazania spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NTT Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II ust. 7 pkt 4 lit. a SWZ i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

1.2. ujawnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa pismem z 16 września 2022 r. oraz pismem z 7 października 2022 r., a także skierowanych przez Zamawiającego do wykonawców wezwań do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny;

1.3. wezwanie Przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II ust. 7 pkt 4 lit. a SWZ;

1.4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NTT Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 3/4 oraz wykonawcę VENTUS Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w części 1/4 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 Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 13 050 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćdziesiąt złotych zero groszy).

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 2022 r. poz. 1710 z późn. 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 - Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Zakup wielofunkcyjnych zapór sieciowych dla jednostek organizacyjnych Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 114-320470.

W dniu 4 listopada 2022 r. wykonawca VENTUS Communications Sp. z o.o.. wniósł odwołanie wobec czynności oceny ofert i wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: NTT Poland Sp. z o.o., S&T Poland Sp. z o.o. oraz wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez to Konsorcjum dokumentów. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum NTT jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów:

1) wg pkt 1 pisma Konsorcjum NTT z 7 października 2022 r. „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”

1.1. wykaz osób;

1.2. zanonimizowane oświadczenie o zachowaniu poufności;

1.3. zanonimizowany wyciąg z umowy o pracę;

1.4. wyciąg z regulaminu i polityki NTT Poland;

1.5. wyciąg podpisanego elektronicznie zobowiązania dotyczącego informacji poufnych; 1.6. wyciąg z podpisanej elektronicznie umowy konsorcjum pomiędzy NTT Poland i S&T Poland;

2) wg pkt 1 pisma Konsorcjum z 16 września 2022 r. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa”:

2.1. treść wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty;

2.2. zanonimizowane oświadczenie o zachowaniu poufności;

2.3. zanonimizowany wyciąg z umowy o pracę;

2.4. wyciąg z regulaminu i polityki NTT Poland;

2.5. wyciąg podpisanego elektronicznie zobowiązania dotyczącego informacji poufnych;

2.6. wyciąg z podpisanej elektronicznie umowy konsorcjum pomiędzy NTT Poland i S&T Poland;

3) wezwania Zamawiającego z dnia 26.09.2022r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny kierowanego do Konsorcjum;

4) wezwania Zamawiającego z dnia 26.09.2022r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny kierowanego do Konsorcjum Apius Technologies S.A. i Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.;

mimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, pkt 3 i pkt 5 w zw. z art. 117 ust. 2-4 oraz w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NTT, mimo że Konsorcjum nie spełniało warunku udziału w postępowaniu, by przedmiot zamówienia w zakresie, w jakim obejmował usługi, wykonał wykonawca posiadający wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, a co za tym idzie treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i z ustawą, gdyż zakładała podział zadań pomiędzy konsorcjantami sprzeczny z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, a ponadto poprzez zaniechanie obowiązku przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert, odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez Konsorcjum NTT dokumentów oraz wezwań Zamawiającego, wskazanych w odwołaniu, wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum NTT w dniu 7 października 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia dokumentów trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp złożyło między innymi dokument „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa", do którego dołączyło jako niejawne następujące dokumenty:

- wykaz osób;
- zanonimizowane oświadczenie o zachowaniu poufności;
- zanonimizowany wyciąg z umowy o pracę;
- wyciąg z regulaminu i polityki NTT Poland;
- wyciąg podpisanego elektronicznie zobowiązania dotyczącego informacji poufnych;
- wyciąg z podpisanej elektronicznie umowy konsorcjum pomiędzy NTT Poland i S&T Poland.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum nie wykazało ziszczenia się przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie doszło do skutecznego zastrzeżenia

wskazanych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że w części „Podstawy prawne zastrzeżenia" Konsorcjum wskazuje na podstawy prawne oraz omawia ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartą w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podniósł, że samo Konsorcjum przyznało konieczność posiadania wartości gospodarczej przez każdą z zastrzeganych informacji.

Odwołujący podał, że dalej Konsorcjum NTT wskazało: zgodnie z prawem polskim i europejskim ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa przypisuje się wagę większą niż zasadzie jawności" (pkt 7, str. 4), nie wskazało jednak żadnego przepisu prawa polskiego czy europejskiego, z którego to rzekomo wynika. Zdaniem Odwołującego takiego przepisu prawa po prostu nie ma. Co więcej, ustawa Pzp wprost konstytuuje zasadę jawności, jako jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych, a jako wyjątek od tej zasady wprowadza możliwość utajniania poszczególnych informacji.

Odwołujący podniósł, że przywołany przez Konsorcjum NTT wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2100/11 nie dotyczy w ogóle kwestii skuteczności zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, a w szczególności nie odnosi się do pojęcia „jawności absolutnej". Wyrok

rozstrzyga odwołanie od treści SWZ i dotyczy innych kwestii niż tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach. Z kolei w pkt 8 (str. 4) Konsorcjum NTT powołuje się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o sygnaturze C-450/06 - w cytowanym fragmencie TSUE wyraźnie wskazuje, że zastrzegać można wyłącznie informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść szkodę. W nowszych orzeczeniach Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje, że konieczne jest wykazanie przez zastrzegającego wykonawcę zarówno poufnego charakteru informacji, jak i wykazanie szkody, jaka miałaby wynikać z ujawnienia (sygn. akt C 927/19: Jednakże, jak zauważył w istocie rzecznik generalny w pkt 40 i 41 opinii, instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne. Wykonawca taki musi bowiem wykazać, że informacje, których ujawnieniu się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter, na przykład poprzez dowiedzenie, że obejmują one tajemnice techniczne lub handlowe, że ich treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji lub że ich ujawnienie mogłoby przynieść mu szkodę). Odwołujący zwrócił też uwagę na sprawę C-54/21 (Antea Polska S.A., Pectore-

Eco Sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie), w której zadano pytanie prejudycjalne, czy możliwe jest zastrzeżenie dokumentów wskazanych w art. 59 i art. 60 dyrektywy 2014/24/UE oraz w załączniku XII do dyrektywy 2014/24/UE, w całości lub w części, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności w odniesieniu do wykazu osób, jeśli dokumenty te są wymagane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub dla oceny według kryteriów oceny ofert. W dniu 12 maja 2022 r. Rzecznik Generalny wydał w tej sprawie opinię, w której wskazał, że zarówno zamawiający, jak i instytucje odwoławcze, nie mogą przyjmować tajemnicy przedsiębiorstwa jako ustalonej, opierając się jedynie na twierdzeniach samego wykonawcy, który żąda objęcia określonych informacji zawartych w ofercie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Rzecznik Generalny wskazał, że należy zapobiegać zjawisku tzw. patologicznego nadużywania tajemnicy przedsiębiorstwa ze strony wykonawców: Tak więc zarówno instytucja zamawiająca, jak i organy odwoławcze od jej decyzji mają za zadanie dokonać oceny poufności, jaką zdaniem oferenta należy zachować, a nie po prostu przyjąć ją jako już ustaloną. Dysponują one wystarczającymi uprawnieniami do przeciwdziałania temu, co zgodnie z postanowieniem odsyłającym stanowi nadużycie ("patologiczne nadużycie") ze strony oferentów, którzy mają w zwyczaju korzystać w nadmierny sposób z możliwości zastrzegania jako poufnych tych aspektów swoich ofert, które w rzeczywistości nie mają takiego charakteru. (...) To samo dotyczy sytuacji osób trzecich lub podmiotów, na których zasobach oferent zamierza polegać, lub podwykonawców, których proponuje w swojej ofercie. Bez uszczerbku dla ogólnych obowiązków dotyczących ochrony danych osobowych, tożsamość tych osób trzecich i podmiotów nie może być utrzymywana w tajemnicy, jeśli specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymaga ich ujawnienia, przy czym twierdzenie dotyczące hipotetycznego ryzyka "podkupienia" zasobów ludzkich nie jest wystarczające. W opinii wyraźnie stwierdzono, że unijne prawo zamówień publicznych, które stanowi podstawę krajowych regulacji w tym zakresie, stoi na przeszkodzie zastrzeganiu przez wykonawców jakichkolwiek informacji jako objętych tajemnicą z tego powodu, że po prostu nie chce ujawniać jej konkurentom. Rzecznik Generalny podkreślił również konieczność zindywidualizowanej oceny racjonalności i uzasadnienia wniosku o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w całości lub w części w odniesieniu do każdego dokumentu. Co najważniejsze, Rzecznik Generalny uznał, że trudno uznać, że dokumenty wymagane na podstawie samego prawa zamówień publicznych (m.in. JEDZ czy podmiotowe środki dowodowe) można zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, powyższe stanowisko Rzecznika jest najbardziej

adekwatne do oceny skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum NTT wykazu osób.

Odwołujący wskazał, że na koniec części „Podstawy prawne zastrzeżenia" w pkt 10 Konsorcjum NTT złożyło oświadczenie, że zastrzegane informacje mają charakter organizacyjny i ekonomiczny oraz posiadają bardzo dużą wartość gospodarczą. Podkreślił, że jest to oświadczenie niepoparte żadnymi faktami czy dowodami, nie jest więc skuteczne.

Odwołujący podał, że dalsza część uzasadnienia to „Charakter zastrzeżonych

informacji" (str. 5 - 8). W pkt 1 Konsorcjum NTT wskazuje, że „dobrał specjalistyczny zespół ekspertów z branży IT". Odnosząc się do tego stwierdzenia Odwołujący podniósł, że zespół ten liczy 3 osoby: Kierownik projektu oraz 2 Inżynierów sieci. Co więcej, jedna z tych osób - inżynier zatrudniony u członka Konsorcjum (S&T Poland) będzie brała udział w realizacji zamówienia w wymiarze 32 godzin, czyli 4 osobodni, co wynika to wprost z treści oświadczenia złożonego przez konsorcjum zgodnie z art. 177 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego trudno uznać, aby udział w wymiarze 4 osobodni wpływał w sposób istotny na realizację przedmiotu zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący, w dalszych punktach części „Charakter zastrzeżonych informacji" Konsorcjum NTT wielokrotnie wskazuje na wartość gospodarczą, jednak za każdym razem są to ogólniki, takie jak: stabilność zespołu, konieczność wdrożenia nowych osób, brak wykwalifikowanego personelu. Konsorcjum nie wskazuje żadnych konkretnych faktów czy okoliczności. W szczególności Konsorcjum nie wykazało, że spotyka się np. ze zjawiskiem podkupywania pracowników. Nie wykazano też żadnych kosztów związanych ze skutkami zmian kadrowych czy podkupywania pracowników. Samo wskazanie konieczności zaangażowania dodatkowych środków w przypadku wdrożenia nowych osób jest niewystarczające.

Odnosząc się do punktu 6 części „Charakter zastrzeżonych informacji", w którym Konsorcjum NTT wskazało, że zastrzeżone informacje nie są łatwo dostępne dla osób trzecich, w szczególności nie są zamieszczone na stronach internetowych Konsorcjum lub folderach reklamowych, Odwołujący podniósł, że Konsorcjum chyba zapomniało, jakie informacje zastrzega i nie dostosowało treści uzasadnienia do faktu zastrzegania wykazu osób. Nie jest bowiem wiadome, w jaki sposób dane określonego pracownika, jego wiedza i doświadczenie miałyby być umieszczane w folderach reklamowych. Ponadto Konsorcjum nie wykazało, że te konkretne dane z wykazu osób nie są dostępne publicznie, np. że u obu członków Konsorcjum obowiązuje pracowników zakaz publikowania danych na portalach społecznościowych (np. LinkedIn). Co więcej, informacje o wiedzy i doświadczeniu danej osoby są własnością pracownika, a nie pracodawcy. A zatem to konkretny specjalista decyduje, czy dane o jego doświadczeniu mają być jawne czy poufne. Aby wykazać zachowanie w poufności tego typu danych Konsorcjum musiałoby przedstawić oświadczenie złożone przez każdą osobę z wykazu, z którego wynikałaby wola zachowania w poufności informacji o jej wiedzy i doświadczeniu. Zdaniem Odwołującego doświadczenie życiowe jest przeciwne - specjaliści chętnie upubliczniają informacje o swojej wiedzy i doświadczeniu, temu służy np. portal LinkedIn.

Odnosząc się do dalszej części uzasadnienia „Środki podjęte przez wykonawcę w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności" Odwołujący podniósł, że w zakresie polityki bezpieczeństwa informacji do uzasadnienia dowody dołączono tylko dla jednego z członków Konsorcjum (NTT Poland), nie przedstawiono żadnych dowodów, że jakiekolwiek środki podjęto u członka S&T Poland. Odwołujący stwierdził, że być może załącznik 4 „Wyciąg z podpisanego elektronicznie zobowiązania dotyczącego informacji poufnych" to zobowiązanie S&T Poland do zachowania poufności, co jednak - zdaniem Odwołującego - jest niewystarczające. Jeśli wykonawcą jest konsorcjum, to każdy z członków ma obowiązek osobno wykazać, że podjął odpowiednie środki. Tymczasem w uzasadnieniu nie wykazano w ogóle podjęcia takich środków dla S&T Poland.

Odwołujący podniósł, że mimo twierdzenia, że „Każda z ww. osób jest zobowiązana do zachowania poufności na podstawie oświadczenia o zachowaniu poufności", Konsorcjum NTT nie przedstawiło żadnych dowodów w tym zakresie. Tym samym mamy do czynienia z gołosłownymi twierdzeniami, niepopartymi żadnymi dowodami. Już samo to zaniechanie ze strony Konsorcjum wskazuje na zasadność zarzutu, gdyż to na Konsorcjum ciążył ciężar dowodu ziszczenia się przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dalej Odwołujący podniósł, że w części „Załączniki do niniejszego uzasadnienia" Konsorcjum NTT poinformowało, że załączniki stanowią poufną dokumentację. Także w tym przypadku mamy do czynienia z oświadczeniem. Konsorcjum nie wykazało, aby te załączniki zawierały jakiekolwiek informacje, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa oraz że

mają wartość gospodarczą. Odwołujący zaznaczył, że 2 załączniki to zanonimizowana umowa o pracę oraz zanonimizowane oświadczenie o zachowaniu w poufności. Trudno uznać, aby tego typu zanonimizowane dokumenty zawierały jakiekolwiek informacje poufne. Dla pozostałych zastrzeżonych załączników nie przedstawiono żadnego uzasadnienia dla ich utajnienia. A zatem nawet z tej przyczyny formalnej nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone.

W odniesieniu do części „Podsumowanie" Odwołujący podniósł, że Konsorcjum NTT głownie cytuje orzecznictwo, nie zawierając żadnego uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji. W szczególności Konsorcjum wskazuje, że wykonawca nie jest zobowiązany do przedkładania dowodów w przypadku zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, powołując się nawet na wyrok Izby z 2018 r. Odwołujący podkreślił, że znane mu są takie poglądy Izby, jednak uznaje, że należą one do linii orzeczniczej, którą można już uznać za historyczną i nieaktualną. Najnowsza linia orzecznicza w tym zakresie zostanie przedstawiona poniżej, w tym zostanie omówiony właśnie ciężar dowodu. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum wykorzystuje od lat to samo uzasadnienie dla zastrzegania informacji i nie zauważyło, że linia orzecznicza uległa zmianie.

Dalej Odwołujący zakwestionował uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione w piśmie z 16 września 2022 r. pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa", a dotyczące wyjaśnień ceny oferty, które zostały zastrzeżone w całości.

W ocenie Odwołującego, już sam fakty zastrzeżenia wyjaśnień w całości wskazuje, że jedynym celem takiego zachowania Konsorcjum NTT było uniemożliwienie konkurentom zapoznania się ze złożonymi wyjaśnieniami. Oczywistym jest bowiem, że w treści wyjaśnień musiały znaleźć się informacje, które ze swej istoty w ogóle nie mogą być tajemnicą przedsiębiorstwa, np. wynikające ze specyfikacji warunków zamówienia, cechujące się dużym stopniem ogólności, wskazujące na okoliczności powszechnie znane, czy wynikające z przepisów prawa lub uznanych metodyk prowadzenia projektów.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum NTT nie wykazało spełnienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie podało wartości gospodarczej informacji zastrzeganych informacji. Uzasadnienie w ogóle pomija niezbędny element, jakim jest wykazanie wartości gospodarczej. Konsorcjum jedynie ogólnikowo wskazało na: wysokie ryzyko poniesienia szkody przez wykonawcę czy próby tzw. podkupienia pracowników. Zdaniem Odwołującego, już sam ten brak uzasadnia żądanie odtajnienia całości wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe uzasadnienie w przeważającej części jest takie samo jak uzasadnienie dla zastrzeżenia Wykazu osób - takie same są części: pkt 1 - 13, Środki podjęte przez Wykonawcę w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności, załączniki do pisma, Podsumowanie. W tym zakresie Odwołujący powołał się na argumentację podaną powyżej. Wskazał, że jedyną częścią uzasadnienia o innej treści jest część „Treść wyjaśnień oraz kalkulacja ceny". Już w pierwszym zdaniu pkt 14 Konsorcjum podaje informacje sprzeczne ze stanem faktycznym niniejszego postępowania. Otóż jako informacje stanowiące tajemnic przedsiębiorstwa zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazano: „kalkulację ceny, dobór rozwiązania w zakresie wyboru urządzeń wraz z niezbędnymi elementami, wyceny poszczególnych usług, wysokość ponoszonych przez Wykonawcę kosztów a także ujawniają marże/zysk Wykonawcy". Zdaniem Odwołującego Konsorcjum zapewne użyło uzasadnienia dla zastrzeżenia wyjaśnień z innego postępowania i nie zauważyło, że w tym postępowaniu dużo informacji jest jawnych - a dokładnie jawne są: dobór rozwiązania w zakresie wyboru urządzeń wraz z niezbędnymi elementami, wyceny poszczególnych usług. Informacje te podane są w Formularzu ofertowym, który jest jawny. Co więcej, nie jest to jednorazowa pomyłka Konsorcjum. Także w dalszej części uzasadnienia jako poufne informacje oraz rzekomy know-how wskazuje:

- pkt 15 - doboru rozwiązania w tym wyboru sprzętu czy świadczenia wsparcia przez Wykonawcę;

- pkt 16 - jakie produkty (urządzenia czy wsparcie) oferuje

- pkt 17 - zastosowania rozwiązań i ich konfiguracji, sposobu łączeniu poszczególnych elementów i możliwości zastosowania konkretnych rozwiązań pod kątem wymagań stawianych przez Zamawiającego

- pkt 19 - spowoduje nie tylko ujawnienie know-how Wykonawcy w zakresie sposobu kalkulacji ceny i realizacji Zamówienia

Odwołujący podniósł, że wszystkie ww. elementy są jawne - każdy wykonawca wie, jakie konkretne urządzenia zaoferowało Konsorcjum NTT. Wskazuje to na ogólnikowość uzasadnienia. Konsorcjum nawet nie starało się wskazać, co tak naprawdę chroni i dlaczego.

Odnosząc się do punktu 20 uzasadnienia, w którym Konsorcjum NTT wskazało, że „sposób kalkulacji ceny" będzie przez niego wykorzystywany w przyszłości, Odwołujący podniósł, że są to twierdzenia niemające potwierdzenia w realnym sposobie kalkulowania ceny. Specyfika niniejszego postępowania w zakresie ceny jest taka, że każdy wykonawca otrzymuje ofertę od producenta oferowanego rozwiązania, dodaje do tej oferty swoje usługi i marżę - i w ten sposób powstaje cena oferty. Nie istnieje zatem żaden „tajemny" sposób kalkulacji ceny. Te twierdzenia Konsorcjum są po prosu nieprawdziwe .

W odniesieniu do punktu 21 uzasadnienia, dotyczącego ryzyka podkupienia pracowników, Odwołujący powołał się na argumentację przedstawioną w zakresie Wykazu osób i zaznaczył, że jeśli Konsorcjum rzeczywiście chce podjąć kroki zmierzające do zapewnienie stałości zatrudnienia personelu, to nie służy temu tajemnica przedsiębiorstwa. Wystarczy, aby zaoferował specjalistom satysfakcjonujące warunki pracy.

Odwołujący wskazał, że w pkt 23-29 (str. 7-12) Konsorcjum NTT cytuje liczne orzeczenia, głównie Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując, że jest to „utrwalone orzecznictwo". Odwołujący zaznaczył, że orzeczenia te pochodzą z lat 2007 - 2017, pomijając zupełnie okoliczność zmiany linii orzeczniczej Izby. Odwołujący stwierdził, że orzeczenia zapadłe w ostatnim czasie prezentują całkiem odmienną linię. Odwołujący przytoczył stanowisko wyrażone w wyroku KIO 500/21, a także w wyrokach Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XXIII Zs 53/21 i wyrok z dnia 24 lutego 2022 roku, sygn.

akt XXIII Zs 133/21, oświadczając, że uznaje przedstawioną tam argumentację za własną. Podkreślił, że dla wszystkich profesjonalnych podmiotów aktywnie uczestniczących w rynku zamówień publicznych oczywistym jest, że od kilku lat przełamaniu uległa wcześniejsza linia orzecznicza i obecnie Krajowa Izba Odwoławcza prezentuje stanowisko całkowicie odmienne od tego, na jakie powołuje się Konsorcjum. Obecna linia orzecznicza za punkt wyjścia przyjmuje zasadę jawności i wynikające z niej skutki.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przy ocenie skuteczności zastrzeżenia jawności informacji rażąco naruszył podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania. Być może Zamawiający bezrefleksyjnie przyjął cytowane już powyżej nieuzasadnione stanowisko Konsorcjum, że „zgodnie z prawem polskim i europejskim ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa przypisuje się wagę większą niż zasadzie jawności". Jest to jednak ze strony Zamawiającego stanowisko całkowicie nieuzasadnione i dla Odwołującego zupełnie niezrozumiałe jest, na jakiej podstawie Zamawiający mógł przyjąć powyższe stanowisko Konsorcjum za swoje. Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego, że stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej jest całkowicie przeciwne, gdyż w wyroku z 31 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1306/22 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła Zamawiającemu uwagę na istotność zasady jawności oraz jej skutki dla prowadzenia postępowań i oceny ofert. Dla Odwołującego zaskakujące jest, że Zamawiający - mając świadomość ww. wyroku - zdecydował się na zaniechanie odtajnienia dokumentów, które zastrzeżono niezasadnie. Zamawiający nie zaskarżył tego wyroku i wykonał wszystkie zalecenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący podkreślił, że zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Tymczasem Konsorcjum objęło całe dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa, co jest oczywistym naruszeniem zasady jawności postępowania. Zamawiający przy ocenie ofert w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa powinien zastosować zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Zgodnie z tą zasadą każde odejście od jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z obowiązkiem przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo", że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeganie całości

dokumentów. Jeśli nawet niektóre części danego dokumentu są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce, to nie uzasadnia to zastrzeżenia całości dokumentów.

Odwołujący zaznaczył, że Konsorcjum NTT miało obowiązek wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał, że zgodnie ze słownikami pojęcie „wykazać" oznacza:

- słownik języka polskiego pod. redakcją W. Doroszewskiego: udowodnić co, przedstawić co w sposób przekonywujący, unaocznić, pokazać co

- słownik języka polskiego PWN uzewnętrznić coś, ujawnić istnienie czegoś, przedstawić coś w sposób przekonujący.

Wobec powyższego Konsorcjum NTT miało obowiązek wykazania spełnienia się 3 przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.:

1) posiadania cech informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub inne informacje, która posiada wartość gospodarczą,

2) wykazania, że informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) wykazania podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum NTT nie sprostało powyższemu. W szczególności Konsorcjum dla żadnej z zastrzeganych informacji nie podało wartości gospodarczej, ale jedynie wskazało na sam fakt, że zastrzegane informacje taką wartość posiadają i że jest to wartość „istotna".

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że Konsorcjum NTT w ogóle w uzasadnieniu zastrzeżenia nie wykazało, co jest podstawą zastrzeżenia załączników do tego uzasadnienia wskazanych w lit. a-e, tj. dokumentów przedstawianych jako dowody skuteczności zastrzeżenia jawności Wykazu osób. Brak takiego uzasadnienia, w tym brak podania wartości gospodarczej dla każdego zastrzeganego dowodu, już samo w sobie wskazuje na nieskuteczność zastrzeżenia, a tym samym na zasadność odwołania. Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że ww. załączniki stanową de facto część uzasadnienia zastrzeżenia Wykazu osób. Skutkiem powyższego jest to, że Odwołujący ma ograniczone możliwości podnoszenia zarzutów wobec nieskuteczności zastrzeżenia, gdyż nie może podnieść argumentów opartych o załączniki do uzasadnienia. Jest to sytuacja kuriozalna, zwłaszcza wobec zasady jawności postępowania. Sprowadza się to bowiem do utajnienia samego uzasadnienia zastrzeżenia jawności.

Odwołujący zaznaczył, że Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie powodów zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy

przedsiębiorstwa nie może być ze swej istoty taką tajemnicą objęte i rolą wykonawcy jest

takie jego sporządzenie, by takich tajemnic w tym uzasadnieniu nie ujawniać. Składy orzekające zwracały też uwagę, że uzasadnienie takie musi być jawne właśnie z tej przyczyny, że służy weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składanych dokumentów.

W odniesieniu do Wykazu osób i braku skuteczności takiego zastrzeżenia Odwołujący wskazał, że kwestia ta jest Zamawiającemu doskonale znana, gdyż dotyczy jej wyrok w sprawie KIO 1306/22, nakazujący Zamawiającemu odtajnienie między innymi wykazu osób. Zdaniem Odwołującego, żadna z kwestii wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu ww. wyroku nie została wykazana przez Konsorcjum NTT.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający z niewyjaśnionych przyczyn nie udostępnił też Odwołującemu wezwań z 6 września 2022 r., w których wzywa Konsorcjum NTT oraz Konsorcjum Apius do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. O istnieniu tych wezwań Odwołujący dowiedział się z wniosków obu ww. wykonawców o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego fakt nieudostępnienia wniosków jest całkowicie

niezrozumiały, wezwanie do złożenia wyjaśnień ze swej istoty nie może bowiem zawierać tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż opiera się ono wyłącznie na jawnej dokumentacji postępowania, tj. jawnej ofercie w zakresie ceny czy też opisie przedmiotu zamówienia. Na dzień wystosowania wezwania oferty Konsorcjum NTT i Konsorcjum Apius nie zawierały żadnych zastrzeżonych informacji, nie zawierały tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że w stanie faktycznym niniejszego postępowania to lider Konsorcjum NTT Poland Sp. z o.o. wykona większość prac objętych zamówieniem, w szczególności wykona usługi wdrożenia. Jednocześnie NTT Poland Sp. z o.o. nie posiada wymaganego przez SWZ aktualnego certyfikatu PN-ISO/IEC 27001:2017-06 lub nowszego (lub równoważnego odpowiednika) w zakresie zarządzania danymi klienta i informacjami związanymi z projektowaniem, produkcją i dostarczaniem usług, wydany przez uprawniony organ. Certyfikat ten posiada członek konsorcjum S&T Poland Sp. z o.o. Jednakże zgodnie z podziałem zadań dokonanym przez Konsorcjum S&T Poland nie będzie realizowało usług, do wykonania których niezbędne jest posiadanie certyfikatu.

Odwołujący wskazał, że w punkcie W SWZ w pkt 5 „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych" Zamawiający wymagał następujących przedmiotowych środków dowodowych:

W celu potwierdzenia że oferowane dostawy/usługi spełniają określone przez zamawiającego wymagania zawarte w OPZ, Zamawiający żąda złożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

1) potwierdzenie, że oferowane urządzenia dopuszczone do sprzedaży i użytkowania na terenie UE zgodnie z Załącznikiem nr 1 OPZ pkt 1.5.

2) karty katalogowe oferowanych urządzeń, potwierdzające spełnianie parametrów określonych w Załączniku nr 1 OPZ pkt 1.8.

3) zaświadczenie producenta urządzeń potwierdzające, że urządzenia posiadają certyfikat ICSA Labs lub EAL4 dla funkcji Firewall zgodnie z załącznikiem nr 1 OPZ pkt. 1.6

4) aktualny certyfikat PN-ISO/IEC 27001:2017-06 lub nowszego, (lub równoważnego odpowiednika) w zakresie zarządzania danymi klienta i informacjami związanymi z projektowaniem, produkcją i dostarczaniem usług, wydany przez uprawniony organ;

Konsorcjum dołączyło do oferty stosowny certyfikat wystawiony dla S&T Poland Sp. z o.o.

Odwołujący powołał się na postanowienia punktu 8 SWZ: Zamawiający, w stosunku do Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, dopuszcza łączne spełnianie warunku przez Wykonawców. W odniesieniu do warunku określonego w ust. 7 pkt 4 SWZ Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy dysponują doświadczeniem osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, umożliwiając realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, a do realizacji których to doświadczenie i zdolności są wymagane. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w Rozdziale II. ust. 7. pkt 4 lit. a) muszą zostać spełnione przez jednego z wykonawców, warunki w ust. 7 pkt 4 lit. b) SWZ mogą być spełnione łącznie przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum NTT dołączyło do oferty Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie dotyczące zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, które wykonają poszczególni wykonawcy. W oświadczeniu tym wskazano następujący podział prac:

NTT Poland Sp. z o.o.	S&T Poland Sp. z o.o.

Dostawę sprzętu oraz oprogramowania firmy Fortinet,		Prace inżyniera w ilości 32 roboczo	
Wdrożenie dostarczonych urządzeń,		godzin podczas wdrożenia projektu	
Wsparcie serwisowe dostarczonych urządzeń przez okres 5		Wsparcie w dostawie	i wdrożeniu
lat w tym konsultacje, punkt zgłoszeń,		projektu,	
Przeprowadzenie szkolenia powdrożeniowego administratorów regionalnych,	dla	Wsparcie kierownika zarządzania projektem	projektu do
Dostarczenie voucherów szkoleniowych certyfikowanych			
przez producenta urządzeń,			
Przeprowadzenie testów akceptacyjnych wydajnościowych,	oraz		
Przygotowanie dokumentacji powykonawczej Zarządzanie projektem,			
Pozostałe prace i obowiązki wskazane w zamówieniu, nie zostały przypisane do S&T Poland Sp. z o.o.	które		

Odwołujący podniósł, że jak wynika z powyższego, członek Konsorcjum S&T Poland zrealizuje jedynie 32 godziny robocze podczas wdrożenia, tj. 4 osobodni. Poza tym świadczyć będzie bliżej nieokreślone usługi „wsparcia" dla dostawy, wdrożenia i zarządzania projektem. Nie będzie świadczył żadnych innych usług, w tym nie będzie świadczył usług serwisowych czy testów. W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 Konsorcjum złożyło „Wykaz wykonanych dostaw/usług", w którym zamieszczono tylko 1 usługę, wykonaną przez S&T Poland na rzecz Centrum Informatyki Resortu Finansów. Tym samym całość warunku udziału w postępowaniu została wykazana w oparciu o wiedzę i doświadczenie członka Konsorcjum S&T Poland.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 117 ust. 4 w zw. z ust. 2 i 3 ustawy Pzp ustanawia obowiązek, aby dane usługi wykonywał ten uczestnik konsorcjum, który posiada uprawnienia do prowadzenia danej działalności oraz wykazuje wymagane doświadczenie w tym zakresie. Wymagane zdolności powinien posiadać ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień czy doświadczenia. W przypadku zatem określenia podziału zadań pomiędzy członków konsorcjum, wskazanego w formie oświadczenia, każdy z członków konsorcjum musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w takim zakresie, w jakim następnie będzie realizował zamówienie. Wynika to wprost z art. 117 ust. 2 i 3 ustawy. Tymczasem ze złożonych przez Konsorcjum oświadczeń wynika, że:

- wymagane doświadczenie, będące warunkiem udziału - posiada tylko S&T Poland;

- wymagane uprawnienia do prowadzenia danej działalności, tj. realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego - posiada tylko S&T Poland;

- de facto całość zamówienia realizować będzie Lider Konsorcjum NTT Poland, zaś S&T Poland wykona jedynie 32 godziny pracy inżyniera przy wdrożeniu projektu.

Tym samym - zdaniem Odwołującego - treść oferty nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, a ponadto jest sprzeczna zarówno z ustawą Pzp, jak i z SWZ. Skoro w SWZ wskazano zarówno wymagane doświadczenie, jak i konieczność posiadania danych uprawnień, Konsorcjum zobowiązane było przedstawić oświadczenie potwierdzające, że usługę wykona ten z konsorcjantów, który wykazał zdolności niezbędne do jej wykonania i który posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia. Oświadczenie złożone przez Konsorcjum NTT ma treść dokładnie odwrotną - przedmiot zamówienia ma wykonać ten członek Konsorcjum, który nie ma ani doświadczenia, ani odpowiednich uprawnień.

Z ostrożności procesowej, na wypadek podnoszenia kwestii, że oświadczenie Konsorcjum złożone zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp może zostać zastąpione innym oświadczeniem, Odwołujący podniósł, że w niniejszym stanie faktycznym nie będzie mieć zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że ma on zastosowanie w przypadku zaistnienia jednej z trzech sytuacji: braku złożenia oświadczenia, niekompletności oświadczenia oraz gdy oświadczenie zawiera błędy. Tymczasem żadna z ww. okoliczności nie zachodzi. W szczególności nie można wskazać, że oświadczenie jest niekompletne lub zawiera błędy. Oświadczenie odzwierciedla ustalenia członków

Konsorcjum co do podziału pomiędzy członków Konsorcjum zakresu obowiązków. Zdaniem Odwołującego nie jest też możliwe, aby w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Konsorcjum złożyło wyjaśnienia, które miałyby prowadzić do zmiany treści złożonego oświadczenia.

Odwołujący zaznaczył, że w toku postępowania Konsorcjum NTT złożyło wyjaśnienia w zakresie ceny, których treść jest znana Izbie i Zamawiającemu. a zatem należałoby dokonać analizy tych wyjaśnień i sprawdzić, jaki podział prac został tam wskazany, które prace wykona NTT Poland, a które S&T Poland. Odwołujący nie może podnosić żadnych argumentów w tym zakresie, jednakże rozpatrywanie Zarzutu 2 powinno być dokonywane także w oparciu o treść tych wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te potwierdzają tylko podział zadań wskazany w przedmiotowym oświadczeniu, co z kolei uzasadnia powyższe wskazanie, że nie jest możliwe ani uzupełnienie tego oświadczenia, ani też złożenie wyjaśnień zmieniających jego treść.

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

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: NTT Poland Sp. z o.o., S&T Poland Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznała sprawę merytorycznie, na podstawie art. 523 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z wniesieniem przez Przystępującego sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

Zarzut nr 1

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W piśmie z 16 września 2022 r. Przystępujący przedstawił uzasadnienie tego zastrzeżenia, w którym - oprócz przedstawienia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, teorii dotyczącej jej elementów, obszernych tez z orzecznictwa i omówienia poglądów doktryny oraz oświadczenia, że zastrzegane informacje spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa - Przystępujący wskazał:

Treść wyjaśnień oraz kalkulacja ceny

14. Wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty znajdujące się w osobnym pliku i oznaczone jako „tajemnica przedsiębiorstwa" szczegółowo opisują kalkulację ceny, dobór rozwiązania w zakresie wyboru urządzeń wraz z niezbędnymi elementami, wyceny poszczególnych usług, wysokość ponoszonych przez Wykonawcę kosztów a także ujawniają marżę/zysk Wykonawcy (co jest informacją powszechnie traktowaną przez przedsiębiorców jako ścisła tajemnica), oraz pokazują bezpośrednio jego możliwości handlowe (zasady współpracy z producentami sprzętu, dystrybutorami czy dostawcami), a zatem posiadają one charakter organizacyjny i handlowy przedsiębiorstwa oraz stanowią wartość gospodarczą.

15. O wartości gospodarczej informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i znajdujących się w wyjaśnieniach świadczy także fakt, że zawierają one informacje stanowiące know-how przedsiębiorcy w zakresie kalkulacji ceny ofert czy doboru rozwiązania w tym wyboru sprzętu czy świadczenia wsparcia przez Wykonawcę, a także ofert producenta sprzętu/dystrybutora, które Wykonawca uzyskał w toku długoletniej działalności na rynku i współpracy z producentami czy relację z Członkiem Konsorcjum. Ujawnienie tych informacji dałoby konkurencyjnym podmiotom przewagę rynkową, ponieważ uzyskałyby możliwość zweryfikowania i oceny poprawności swojego podejścia do kalkulacji ofert, jak również

mogłyby przygotować swoje oferty z uwzględnieniem wiedzy na temat sposobu, w jaki są przygotowywane oferty Wykonawcy, co utrudniłoby Wykonawcy uzyskanie zamówień w przyszłości.

16. Wykonawca oświadcza, że zastrzeżone informacje nie były i nie są ujawnione do wiadomości publicznej, w tym w szczególności nie są ujawniane informacje, w jaki sposób Wykonawca kalkuluje cenę, jakie czynniki mają wpływ na jej wysokość, jaką posługuje się marżą, jakie produkty (urządzenia czy wsparcie) oferuje, jakie oferty otrzymuje od swoich kontrahentów (producentów/dystrybutorów) i na jakich warunkach prowadzi z nimi współpracę, w tym, jakie otrzymuje upusty i rabaty (w szczególności jakie upusty otrzymał na potrzeby złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu). Wykonawca podjął też w stosunku do

nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Jak wskazuje się w orzecznictwie oraz doktrynie, pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań.

17. Nadto, Wykonawca na potrzeby niniejszego Postępowania dokonał analizy możliwych do

zastosowania rozwiązań i ich konfiguracji, sposobu łączenia poszczególnych elementów, i możliwości zastosowania konkretnych rozwiązań pod kątem wymagań stawianych przez Zamawiającego w konkretnym Postępowaniu w celu złożenia Zamawiającemu oferty zgodnej z jego potrzebami. Następnie zastosował odpowiedni wypracowany przez lata optymalny sposób kalkulacji w celu realizacji Zamówienia, w sposób jak najbardziej efektywny, zapewniający zysk Konsorcjum, a jednocześnie gwarantujący Zamawiającemu najwyższa jakość dostarczonego rozwiązania i świadczenia usług. Przygotowane pod niniejsze

Postępowanie rozwiązanie i kalkulacja ceny dla zaoferowanego rozwiązania przez

Konsorcjum stanowi niewątpliwie efekt know-how Konsorcjum, a tym samym niezwykle

cenną wartość gospodarczą dla Konsorcjum.

18. W związku z powyższym dokumenty i informacje dotyczące kalkulacji ceny oferty rozwiązania, a tym samym wskazanie konkretnego sposobu w jaki Wykonawca skalkulował ofertę stanowią o jego przewadze konkurencyjnej i ich ujawnienie stwarza wysokie ryzyko

poniesienia szkody przez Wykonawcę. Określony sposób kalkulacji ceny dla realizacji Zamówienia ma istotny wpływ na zaoferowaną przez Wykonawcę cenę. Dokumenty te posiadają szczegółowe informacje, które pozwoliły na skalkulowanie oferty o najlepszym stosunku jakości oferowanego rozwiązania do ceny, co w konsekwencji może doprowadzić do uzyskania przez Wykonawcę najlepszej pozycji w trakcie badania i oceny ofert w Postępowaniu.

19. Ujawnienie zastrzeżonych informacji zawartych w wyjaśnieniach i załącznikach do wyjaśnień spowoduje zatem nie tylko ujawnienie know-how Wykonawcy w zakresie sposobu kalkulacji ceny i realizacji Zamówienia, ale także umożliwi pozyskanie informacji przez podmioty konkurencyjne co do możliwości zrealizowania konkretnego Zamówienia w określony sposób za określoną cenę, których uzyskanie byłoby dla tych podmiotów niemożliwie, bardzo utrudnione i niezwykle czasochłonne. W konsekwencji udostępnienie dokumentacji związanej z zaoferowanym rozwiązaniem może doprowadzić do znacznego zmniejszenia bądź całkowitego pozbawienia Wykonawcy przewagi konkurencyjnej Wykonawcy nie tylko w tym Postępowaniu, ale także w kolejnych realizowanych projektach (zamówieniach) i pogorszeniem jego sytuacji handlowej na rynku.

20. Opracowany sposób kalkulacji ceny przy realizacji zamówień na rzecz podmiotów z sektora bankowego Wykonawca będzie wykorzystywał także w przyszłości lub w niewielkim stopniu odpowiednio zmodyfikował w zależności od potrzeb przyszłych klientów nie ponosząc już kosztów opracowania, analizy dla kalkulacji ceny składanych ofert dla rozwiązania od samego początku (w całości). Utrzymanie takich informacji w poufności decyduje zatem o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy. Informacje te odnoszą się bezpośrednio do sytuacji konkurencyjnej Wykonawcy na rynku w danej branży, co oznacza, że ich pozyskanie przez podmioty konkurencyjne może prowadzić do uzyskania przez nie nieuzasadnionej przewagi rynkowej.

21. Wyjaśnienia i załączniki do wyjaśnień zawierają także szczegółowe zasady kalkulacji ceny w zakresie pracochłonności i stawek specjalistów, którzy będą realizować przedmiot Zamówienia. Ujawnienie informacji o kosztach zatrudnienia i współpracy ze swoimi pracownikami mógłby spowodować próby tzw. podkupienia pracowników. Ponadto ujawnienie informacji znajdujących się w kalkulacji cenowej może skutkować poniesieniem przez Wykonawcę szkody poprzez utratę przyszłych kontaktów ze względu na to, że konkurencja mogłaby dostosować swoją kalkulację do możliwości finansowych Wykonawcy

(oszacować jaką cenę może zaoferować Wykonawca w kolejnych postępowaniach i tym samym pozbawić Wykonawcę przewagi konkurencyjnej).

22. Udostępniając zastrzeżone przez Wykonawcę informacje podmioty konkurencyjne otrzymałyby gotowe zestawienie wszystkich elementów kosztotwórczych, wysokość kosztów zatrudnienia konkretnych specjalistów na rynku i kompletnego zestawienia okoliczności indywidualnych mających wpływ na cenę oferty Wykonawcy wypracowanych przez wiele lat, które będą mogły bezpośrednio wykorzystać do złożenia oferty w kolejnych postępowaniach, lub przeanalizować, porównać z własnym rozwiązaniem i sposobem kalkulacji ceny lub odpowiednio poprawić, zoptymalizować, obniżając przy tym koszty, nie ponosząc żadnych kosztów związanych z przygotowaniem, opracowaniem i opisaniem tego rozwiązania, które poniósł już Wykonawca, co jednocześnie zapewni im przewagę nad Wykonawcą. (...)

24. Zachowanie w poufności zastrzeganych informacji ma przede wszystkim szczególne istotne znaczenie biorąc pod uwagę, że krąg wykonawców ubiegających się o zamówienia tego typu jest ograniczony i podobny w każdym kolejnym przetargu, ujawnienie zastrzeżonych informacji podmiotom konkurencyjnym może znacząco obniżyć szansę Wykonawcy na uzyskanie kolejnych zamówień, poprzez obniżenie konkurencyjności treści i ceny oferty. (.)

32. Dostęp do informacji znajdujących się w wyjaśnieniach i wiedzę o sposobie kalkulacji ceny dla realizacji Zamówienia posiada wyłącznie ograniczony, wąski krąg osób, oddelegowanych do przygotowania oferty i zaangażowanych w przygotowanie dokumentów do oferty na potrzeby niniejszego Postępowania oraz kadra finansowa i zarządcza, posiadająca odpowiednie upoważnienia.

33. Jak już wyżej wskazano, sposób kalkulacji ceny oferty, a także czynniki wpływające na możliwość zaoferowania ceny niższej niż konkurencja, nie są znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są dla takich osób dostępne, gdyż stanowią unikalne know-how Wykonawcy oraz są tajemnicą handlową Wykonawcy.

34. Ponadto, ze względu na zabezpieczenia w przedsiębiorstwie Wykonawcy, pozostali pracownicy i współpracownicy Wykonawcy nie posiadają dostępu do informacji znajdujących się w treści wyjaśnień oraz w załączniku do wyjaśnień. Zgodnie z polityką bezpieczeństwa informacji wdrożoną w przedsiębiorstwie Wykonawcy, informacje związane z kosztami realizacji zamówień nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim. Ujawnienie nawet pojedynczych danych lub fragmentu zastrzeżonych informacji może spowodować szkodę po stronie Wykonawcy (utratę przewagi konkurencyjnej, możliwości oferowania wyższych stawek pracownikom Wykonawcy, tj. podkupienia pracowników i współpracowników), a także może spowodować możliwość ustalenia sposobu kalkulacji składników cen oferty Wykonawcy.

35. Oczywistym jest, że Wykonawca nie przedstawia na stronach internetowych potencjalnym klientom szczegółowego opisu działania wszystkich oferowanych rozwiązań, w każdej możliwej konfiguracji i połączenia między poszczególnymi elementami, wszystkich parametrów i funkcjonalności oprogramowania, stawek pracowników i kalkulacji ceny za poszczególne rozwiązania.

36. Należy podkreślić, że ustawa UZNK dopuszcza zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji wieloelementowej, zawartej w nieznanym zestawieniu/zbiorze, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są lub były znane. Wykonawca wskazuje, że zastrzegane informacje te jako całość, w zestawieniu i zbiorze ich elementów (swoistej kompilacji szczegółowych danych) ujawnionych w wyjaśnieniach i załącznikach do wyjaśnień nie są publicznie dostępne, powszechnie znane ani nawet łatwo dostępne, a Wykonawca podjął działania w celu zachowania tych informacji w poufności, które zostały opisane w częściach jako Załączniki do niniejszego uzasadnienia i oznaczone klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa.

37. Należy także podkreślić, że dostęp do konkretnych informacji zawartych w zastrzeganych dokumentach do oferty nie jest ogólny, nieograniczony i możliwy dla każdego podmiotu bez uzasadnienia potrzeby wglądu w takie informacje. To swoiste, przygotowane zestawienie konkretnych czynników i okoliczności mających wpływ na kalkulację ceny oferty, stawek specjalistów z danej dziedziny i ich pracochłonności w realizacji danej części Zamówienia.

(...)

46. Członkowie Konsorcjum (NTT Poland sp. z o.o. oraz S&T Poland sp. z o.o.) stosują

politykę bezpieczeństwa informacji, w ramach której wdrożone zostały i obowiązują procedury gwarantujące zachowanie poufności informacji i dostęp do nich wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia, których krąg ogranicza się tylko do osób zaangażowanych w przygotowanie oferty na potrzeby niniejszego Postępowania, oraz kadrę finansową i zarządczą.

47. Każda z ww. osób jest zobowiązana do zachowania poufności na podstawie oświadczenia o zachowaniu poufności. Jednocześnie Wykonawca zawarł ze swoimi partnerami biznesowymi (producentami) umowy, w której zobowiązał się do zachowania w poufności zasad współpracy i gdzie każda oferta czy informacja z systemu producenta czy oferty objęte są klauzulą poufne lub tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto, umowy te przewidują wysokie kary umowne za naruszenie postanowień o zachowaniu poufności.

48. Pracownicy oraz współpracownicy Wykonawcy pracują na sprzęcie IT, który posiada zabezpieczenia informatyczne uniemożliwiające dostęp do cyfrowych zasobów osobom nieupoważnionym. Ponadto Wykonawca posiada zabezpieczenia fizycznie uniemożliwiające dostęp do biura osobom postronnym.

49. Wykonawca dba o bezpieczeństwo fizyczne przetwarzanych informacji poprzez wdrożenie w swoich siedzibach systemu kontroli dostępu zabezpieczającego przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich. Pracownicy mają obowiązek pozostawiania miejsca pracy w czystości (uporządkowania dokumentów oraz odpowiedniego ich zabezpieczania po zakończeniu pracy), a także każdorazowego blokowania ekranu komputera po odejściu od stanowiska pracy.

50. Sposób, w jaki w praktyce mają obowiązek być chronione informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przechowywane w postaci dokumentów papierowych, jak i zawartych na elektronicznych nośnikach informacji oraz informacji w postaci cyfrowej, określone są w wewnętrznym regulaminie firmy.

51. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są chronione u Wykonawcy poprzez przechowywanie papierowych egzemplarzy dokumentów zawierających dane stanowiące

tajemnicę przedsiębiorstwa w pomieszczeniach, do których dostęp jest kontrolowany, jak i w formie elektronicznej poprzez umieszczenie informacji na nośnikach danych zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem za pomocą haseł, a także odpowiednim oprogramowaniem (w tym antywirusowym). Wykonawca stosuje także w swoim przedsiębiorstwie polityki bezpieczeństwa informatycznego w celu ochrony wszystkich informacji przechowywanych w formie elektronicznej. Takie zabezpieczenia uniemożliwiają

dostęp osobom nieuprawnionym do dokumentów i kalkulacji przechowywanych w formie

elektronicznej.

52. Zastrzeżone informacje nie są upubliczniane i nie znajdują się na stronie internetowej Wykonawcy ani w żadnych innych publicznie dostępnych źródłach. Wiedzę o nich posiada określony, wąski krąg osób, a pracownicy Wykonawcy realizujący zamówienia podpisują zobowiązania o zachowaniu poufności.

53. Wykonawca stosuje politykę bezpieczeństwa informacji (w tym procedury związane z bezpieczeństwem IT), w ramach której wdrożone zostały i obowiązują procedury gwarantujące zachowanie poufności informacji i dostęp do nich wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia, których wąski krąg ogranicza się tylko do osób zaangażowanych w przygotowanie oferty na potrzeby niniejszego Postępowania oraz kadrę finansową i zarządczą. Każdy z pracowników i współpracowników Wykonawcy zobowiązany jest to zapoznania się z wyżej wskazanym dokumentem oraz jest zobowiązany do jego przestrzegania. (...)

Załączniki do niniejszego pisma

55. Nadto, informuję, że załączniki złożone jako dowody do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią poufną dokumentację wewnętrzną wytworzoną przez Wykonawcę dotyczącą bezpośrednio wypracowanych wieloletnich procedur i zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa Wykonawcy, zawierają szereg informacji organizacyjnych i handlowych potrzebnych do prawidłowego prowadzenia przedsiębiorstwa Wykonawcy mających wartość gospodarczą, a tym samym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

56. Informacje zawarte w tych załącznikach nie podlegają ujawnieniu i udostępnieniu do wiadomości publicznej oraz podmiotom trzecim.

57. Argumentacja dotycząca zachowania w poufności wyjaśnień wraz z kalkulacją ceny ma zastosowanie także do załączników do niniejszego pisma. Informacje znajdujące się w załącznikach nie są publicznie dostępne i wykonawca podjął (powyżej opisane) działania w celu zachowaniu ich w poufności.

58. Ponadto ujawnienie tych dokumentów podmiotom trzecim mogłoby spowodować, że znając politykę bezpieczeństwa informacji Wykonawcy, osoby trzecie mogłyby podejmować działania w celu obejścia stosowanych przez Wykonawcę zabezpieczeń

59. W ramach przedstawionych dowodów załączamy:

Dowód: Zanonimizowane oświadczenie o zachowaniu poufności (Załącznik nr 1 do

niniejszego pisma) - tajemnica przedsiębiorstwa

Dowód: Zanonimizowany wyciąg z umowy o pracę (Załącznik nr 2 - niniejszego pisma) - tajemnica przedsiębiorstwa

Dowód: Wyciąg z regulaminu i polityki NTT Poland (Załącznik nr 3 - niniejszego pisma) - tajemnica przedsiębiorstwa

Dowód: Wyciąg podpisanego elektronicznie zobowiązania dotyczącego informacji poufnych (Załącznik nr 4 - niniejszego pisma) - tajemnica przedsiębiorstwa

Dowód: Wyciąg z podpisanej elektronicznie umowy konsorcjum pomiędzy NTT Poland i S&T Poland (Załącznik nr 5 - niniejszego pisma) - tajemnica przedsiębiorstwa (...)

Ponadto Przystępujący dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa następujących dokumentów:

- wykaz osób;
- zanonimizowane oświadczenie o zachowaniu poufności;
- zanonimizowany wyciąg z umowy o pracę;
- wyciąg z regulaminu i polityki NTT Poland;
- wyciąg podpisanego elektronicznie zobowiązania dotyczącego informacji poufnych;
- wyciąg z podpisanej elektronicznie umowy konsorcjum pomiędzy NTT Poland i S&T Poland.

W piśmie z 7 października 2022 r. Przystępujący przedstawił uzasadnienie tego zastrzeżenia, w którym - podobnie jak w przypadku zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, przedstawił teoretyczne wywody na temat tajemnicy przedsiębiorstwa, oświadczenie, że zastrzegane informacje spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz przytoczył liczne tezy z orzecznictwa. Ponadto Przystępujący wskazał: Charakter zastrzeżonych informacji

1. Na potrzeby niniejszego zamówienia oraz wymagań Zamawiającego wskazanych w dokumentacji przetargowej Wykonawca, w celu realizacji tego zamówienia, dobrał specjalistyczny zespół ekspertów z branży IT. Podkreślenia wymaga fakt, że Wykonawca skompletował grupę osób o szczególnych kwalifikacjach (a w tym ekspertów posiadających odpowiednie certyfikaty i wieloletnie doświadczenie wraz kwalifikacjami), co w tak konkurencyjnej branży niewątpliwie stanowi know-how Wykonawcy. Jednocześnie informacje te mają dla Wykonawcy duże znaczenie gospodarcze. Branża zajmująca się IT jest bardzo dynamiczna, charakteryzuje się nieustannym rozwojem i poszukiwaniem dobrych specjalistów IT posiadających bogate doświadczenie czy unikatowe certyfikaty. Niewątpliwie konsekwencją powyższego jest niedobór wysokiej klasy specjalistów oraz podbieranie sobie pracowników przez konkurencyjne firmy. Ochrona zasobów Wykonawcy, gdzie świadczenie

usług na rynku informatycznym w głównej mierze oparte jest na zasobach ludzkich (ich wiedzy i doświadczeniu) o wysokiej klasie specjalistów jest niewątpliwe bardzo istnym elementem zasługującym na pełną ochronę.

2. Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że dzięki współpracy ze wskazanymi osobami w tym z osobami stanowiącymi zespół Członka Konsorcjum, Wykonawca ma możliwość wzięcia udziału w tym postępowaniu. Dodatkowo doświadczenie oraz zdolności techniczne osób, które zdecydowały się na uczestniczenie w realizacji tego zamówienia mają duży wpływ na pozycję Wykonawcy także w przyszłych postępowaniach i dalszej współpracy Konsorcjum. Tym samym dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią niezwykle ważną wartość organizacyjną i gospodarczą dla Konsorcjum.

3. Wartość gospodarcza przedmiotowych informacji (Wykazu osób) wynika także z wartości tych informacji dla pozycji i konkurencyjności Wykonawcy na rynku. Informacje na temat potencjału osobowego przy realizacji tego rodzaju projektów, wymagających zatrudnienia specjalistów wysokiej klasy, stanowi kluczową informację dla każdego podmiotu, szczególnie podmiotu z branży IT. Ochrona zatem tych Informacji leży w interesie Wykonawcy, gdyż stabilność zespołu dedykowanego do realizacji tego zamówienia lub przyszłych (przy ryzyku kar umownych i odszkodowań wynikających z niedostępności personelu) gwarantuje należytą realizację zamówienia publicznego. W interesie Wykonawcy jest by utworzony zespół projektowy działał sprawnie i w składzie podlegającym jak najmniejszym zmianom. Konieczność wdrożenia nowych osób powoduje zaangażowanie dodatkowych zasobów, wydłużenie czasu realizacji i może spowodować nienależyte wykonanie zamówienia albo jego niewykonanie (powodując naliczenie kar umownych a nawet utratę spodziewanego zarobku). Powyższe wprost przekłada się zatem na potencjalną możliwość poniesienia przez Wykonawcę wymiernych strat finansowych i między innymi właśnie w tych elementach wskazanych przez Wykonawcę przejawia się wartość gospodarcza przedmiotowych informacji.

4. Konsorcjum jak wiele firm na rynku z branży IT boryka się permanentnie z problemem braku wykwalifikowanego personelu. Stąd też tak istotna jest ochrona posiadanych zasobów a także zasad współpracy. Wykonawca wskazuje, iż chroniąc te informacje podejmuje adekwatne do zagrożeń działania prewencyjne. Dzięki temu Wykonawca nie utracił kluczowego personelu dedykowanego do realizacji projektów informatycznych w czasie ich realizacji.

5. Informacje „Wykaz osób" zawierają również dane osobowe. Konsorcjum nie upublicznia listy swoich pracowników, doświadczenia, umiejętności i wiedzy tychże osób. Jest to podyktowane nie tylko prawnym zobowiązaniem określonym w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO) a także polskich przepisów implementujących RODO, ale również powszechną praktyką konkurencji polegającą na przejmowaniu pracowników o najwyższych kwalifikacjach z innych firm w branży informatycznej. Ujawnienie tego rodzaju informacji byłoby dla Wykonawcy okolicznością niezwykle niebezpieczną w kontekście prawidłowego funkcjonowania przedsiębiorstwa i poniesieniem dużych start finansowych. Wykonawca ma podstawę prawną do udostępnienia danych osobowych jedynie Zamawiającemu publicznemu (posiada zgodę personelu którym dysponuje bezpośrednio oraz personelu Członka konsorcjum na takie udostępnienie - nie posiada jednak zgody na inne udostępnienie tych informacji, w szczególności podmiotom konkurencyjnym). Zatem udostępnienie tych danych innym podmiotom, które stawałyby się z kolei odrębnym administratorem danych, dokonywane byłoby z naruszeniem prawa i mogłoby wiązać się z poważnymi sankcjami dla Wykonawców.

6. Wykonawca wskazuje, że informacje zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są łatwo dostępne dla osób trzecich. W szczególności nie są zamieszczone na żadnych stronach internetowych Konsorcjum, czy też w folderach reklamowych lub udostępnianie na zewnątrz. W celu zachowania ich poufności Wykonawca podjął wszelkie niezbędne działania, zaś dane te są znane przede wszystkim osobom zaangażowanym w przygotowanie i realizację zamówienia, które zobowiązane zostały do zachowania ich w poufności. Nikt poza upoważnionymi osobami w ramach Konsorcjum nie ma do zastrzeżonych danych - o których mowa powyżej dostępu. W związku z powyższym, Wykonawca podjął odpowiednie kroki w celu zapewnienia bezpieczeństwa informacji przed różnego rodzaju zagrożeniami.

7. Fakt możliwości pozyskania informacji o niektórych specjalistach i ich kompetencjach w mediach społecznościowych, nie oznacza, iż informacje te jako całość zespołu są jawne

i nie zasługują na ochronę - ochronie podlega informacja o konkretnym zestawieniu osób

jako zbiór szczególnych informacji, który leżał u podstaw zaoferowanej Zamawiającemu ceny. Zmiana czasem nawet jednej osoby w zespole może spowodować wydłużenie realizacji projektu bądź innego rodzaju problemy projektowe - pomimo, iż osoba ta będzie mieć te same kompetencje. Z kolei pozyskanie informacji o konkretnych osobach tworzących dany zespół, może doprowadzić do podjęcia próby „podkupienia" personelu, co może doprowadzić do utraty stabilnego zespołu dedykowanego do realizacji prac na rzecz Zamawiającego i star finansowych dla Wykonawcy. (.)

10. Co istotne już sama możliwość pozyskania informacji dotyczących kompetencji i doświadczenia specjalistów z rynku IT, ma wartość gospodarczą - na potrzeby pozyskania specjalistów angażuje się firmy rekrutacyjne, które za samą możliwość zapoznania się z doświadczeniem kandydata otrzymują wynagrodzenie a przy tym proces rekrutacyjny jest często procesem długotrwałym, angażującym zasoby osobowe po stronie spółki a tym samym jest procesem kosztownym. (.)

Środki podjęte przez wykonawcę w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji i dokumentów

1. Członkowie Konsorcjum (NTT Poland sp. z o.o. oraz S&T Poland sp. z o.o.) stosują politykę bezpieczeństwa informacji, w ramach której wdrożone zostały i obowiązują procedury gwarantujące zachowanie poufności informacji i dostęp do nich wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia, których krąg ogranicza się tylko do osób zaangażowanych w przygotowanie oferty na potrzeby niniejszego Postępowania, oraz kadrę finansową i zarządczą.

2. Każda z ww. osób jest zobowiązana do zachowania poufności na podstawie oświadczenia o zachowaniu poufności. Pracownicy oraz współpracownicy Wykonawcy pracują na sprzęcie IT, który posiada zabezpieczenia informatyczne uniemożliwiające dostęp do cyfrowych zasobów osobom nieupoważnionym. Ponadto Wykonawca posiada zabezpieczenia fizycznie uniemożliwiające dostęp do biura osobom postronnym.

3. Wykonawca dba o bezpieczeństwo fizyczne przetwarzanych informacji poprzez wdrożenie w swoich siedzibach systemu kontroli dostępu zabezpieczającego przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich. Pracownicy mają obowiązek pozostawiania miejsca pracy w czystości (uporządkowania dokumentów oraz odpowiedniego ich zabezpieczania po zakończeniu pracy), a także każdorazowego blokowania ekranu komputera po odejściu od stanowiska pracy.

4. Sposób, w jaki w praktyce mają obowiązek być chronione informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przechowywane w postaci dokumentów papierowych, jak i zawartych na elektronicznych nośnikach informacji oraz informacji w postaci cyfrowej, określone są w wewnętrznym regulaminie firmy.

5. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są chronione u Wykonawcy poprzez przechowywanie papierowych egzemplarzy dokumentów zawierających dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w pomieszczeniach, do których dostęp jest kontrolowany, jak i w formie elektronicznej poprzez umieszczenie informacji na nośnikach danych zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem za pomocą haseł, a także odpowiednim oprogramowaniem (w tym antywirusowym). Wykonawca stosuje także w swoim przedsiębiorstwie polityki bezpieczeństwa informatycznego w celu ochrony wszystkich informacji przechowywanych w formie elektronicznej. Takie zabezpieczenia uniemożliwiają dostęp osobom nieuprawnionym do dokumentów i danych personelu przechowywanych w formie elektronicznej.

6. Zastrzeżone informacje nie są upubliczniane i nie znajdują się na stronie internetowej Wykonawcy ani w żadnych innych publicznie dostępnych źródłach. Wiedzę o nich posiada określony, wąski krąg osób, a pracownicy Wykonawcy realizujący zamówienia podpisują zobowiązania o zachowaniu poufności.

7. Wykonawca stosuje politykę bezpieczeństwa informacji (w tym procedury związane z bezpieczeństwem IT), w ramach której wdrożone zostały i obowiązują procedury gwarantujące zachowanie poufności informacji i dostęp do nich wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia, których wąski krąg ogranicza się tylko do osób zaangażowanych w przygotowanie oferty na potrzeby niniejszego Postępowania oraz kadrę finansową i zarządczą. Każdy z pracowników i współpracowników Wykonawcy zobowiązany jest to zapoznania się z wyżej wskazanym dokumentem oraz jest zobowiązany do jego przestrzegania. (.)

Załączniki do niniejszego uzasadnienia

1. Nadto, informuję, że załączniki złożone jako dowody do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią poufną dokumentację wewnętrzną wytworzoną przez Wykonawcę dotyczącą bezpośrednio wypracowanych wieloletnich procedur i zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa Wykonawcy, zawierają szereg informacji organizacyjnych i handlowych potrzebnych do prawidłowego prowadzenia przedsiębiorstwa Wykonawcy mających wartość gospodarczą, a tym samym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

2. Informacje zawarte w tych załącznikach nie podlegają ujawnieniu i udostępnieniu do wiadomości publicznej oraz podmiotom trzecim.

3. Argumentacja dotycząca zachowania w poufności Wykazu osób ma zastosowanie także do załączników do niniejszego pisma. Informacje znajdujące się w załącznikach nie są publicznie dostępne i wykonawca podjął (powyżej opisane) działania w celu zachowaniu ich w poufności.

4. Ponadto ujawnienie tych dokumentów podmiotom trzecim mogłoby spowodować, że znając politykę bezpieczeństwa informacji Wykonawcy, osoby trzecie mogłyby podejmować działania w celu obejścia stosowanych przez Wykonawcę zabezpieczeń

5. W ramach przedstawionych dowodów załączamy:

Dowód: Zanonimizowane oświadczenie o zachowaniu poufności (Załącznik nr 1 do niniejszego pisma) - tajemnica przedsiębiorstwa

Dowód: Zanonimizowany wyciąg z umowy o pracę (Załącznik nr 2 - niniejszego pisma) - tajemnica przedsiębiorstwa

Dowód: Wyciąg z regulaminu i polityki NTT Poland (Załącznik nr 3 - niniejszego pisma) - tajemnica przedsiębiorstwa

Dowód: Wyciąg podpisanego elektronicznie zobowiązania dotyczącego informacji poufnych (Załącznik nr 4 - niniejszego pisma) - tajemnica przedsiębiorstwa

Dowód: Wyciąg z podpisanej elektronicznie umowy konsorcjum pomiędzy NTT Poland i S&T Poland (Załącznik nr 5 - niniejszego pisma) - tajemnica przedsiębiorstwa (.).

Zgodnie z art. 18 ustawy 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 2022 r., 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. 16 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do 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.

W pierwszej kolejności wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia.

Zauważyć należy, że w poprzednim stanie prawnym, przed nowelizacją z 29 sierpnia 2014 r., ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. 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. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

Nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy nałożyła na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania" oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika także, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia powinno nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) informacje 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,

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

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. 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 poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność

Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Przystępującego nie potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe, obejmujące gołosłowne deklaracje wykonawcy oraz teoretyczne wywody na temat obowiązującego stanu prawnego. Ma ono charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa to w znacznej mierze teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z orzecznictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawione uzasadnienia zawierają w zasadzie deklaracje wykonawcy o wartości gospodarczej określonych informacji, przy czym wartość ta - w ocenie Izby - nie została ani wykazana, ani nawet uprawdopodobniona.

W odniesieniu do opisu kalkulacji ceny, nie sposób twierdzić, że ma on wartość gospodarczą, gdyż pokazuje dobór rozwiązania w zakresie wyboru urządzeń wraz z niezbędnymi elementami, wyceny poszczególnych usług, wysokość ponoszonych przez wykonawcę kosztów a także ujawnia marżę/zysk wykonawcy (co - zdaniem Przystępującego - jest informacją powszechnie traktowaną przez przedsiębiorców jako ścisła tajemnica), oraz pokazuje bezpośrednio jego możliwości handlowe. Stanowisko takie prowadziłoby do nieakceptowalnego wniosku, że kalkulacja ceny może co do zasady pozostawać w postępowaniach o udzielenie zamówienia niejawna. Z uzasadnienia nie sposób powziąć żadnej wiedzy, dlaczego akurat kalkulacja przedstawiona przez Przystępującego w tym postępowaniu miałyby taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić, nie wiadomo, jakie szczególne cechy można tej kalkulacji przypisać i w jaki sposób mogłaby ona być wykorzystana przez innych wykonawców w przyszłości, w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej. Za gołosłowne i pozbawione uzasadnienia należy uznać twierdzenia Przystępującego, jakoby ujawnienie tych informacji dało konkurencyjnym podmiotom przewagę rynkową, ponieważ uzyskałyby możliwość zweryfikowania i oceny poprawności swojego podejścia do kalkulacji ofert, jak również mogłyby przygotować swoje oferty z uwzględnieniem wiedzy na temat sposobu, w jaki są przygotowywane oferty Wykonawcy, co utrudniłoby Wykonawcy uzyskanie zamówień w przyszłości. Nie wiadomo, co obejmuje bliżej nieokreślone know-how wykonawcy i w jaki sposób może zostać wykorzystane. Argumentacja przedstawiona w tym zakresie stanowi jedynie zbiór ogólnikowych twierdzeń, a uznanie ich za wystarczające dla utrzymania niejawności informacji prowadziłoby do daleko idącego wypaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiąc jednocześnie zagrożenie dla innych zasad udzielania zamówień publicznych, których realizacji służy jawność postępowań.

O tym, że przedstawione uzasadnienie nie odnosi się do skonkretyzowanych informacji przedstawionych w tym postępowaniu świadczy chociażby fakt, że w jednym z jego fragmentów mowa jest o tym, że: opracowany sposób kalkulacji ceny przy realizacji zamówień na rzecz podmiotów z sektora bankowego Wykonawca będzie wykorzystywał także w przyszłości lub w niewielkim stopniu odpowiednio zmodyfikował w zależności od potrzeb przyszłych klientów nie ponosząc już kosztów opracowania, analizy dla kalkulacji ceny składanych ofert dla rozwiązania od samego początku (w całości). Stanowi to dowód tego, że wykonawca posługuje się w celu zachowania niejawności informacji ogólnikami przedstawianymi w różnych postępowaniach, nie dostosowując ich nawet do przedmiotu postępowania, w którym zastrzega informacje.

Podobnie za ogólnikową i nieprzekonującą należy uznać argumentację, że ujawnienie stawek oferowanych pracownikom spowoduje ryzyko ich podkupienia. Przystępujący nie

wykazał chociażby, że są to pracownicy o unikalnych kompetencjach, szczególnie poszukiwani na rynku oraz że wiedza, za jakie wynagrodzenie pracują obecnie, w jakikolwiek sposób wpływa na powodzenie ewentualnej rekrutacji przez innego wykonawcę.

Izba nie kwestionuje przy tym, że kalkulacja ceny w określonych, szczególnych okolicznościach może mieć wartość gospodarczą, warunkiem zachowania jej niejawności

jest jednak wykazanie tej wartości przez wykonawcę. Przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia w najmniejszym stopniu nie można uznać za takie wykazanie.

Podobne zastrzeżenia dotyczą wykazu osób. Również w tym zakresie uzasadnienie zastrzeżenia ogranicza się do ogólnikowych twierdzeń, oderwanych od uwarunkowań dotyczących podobnych rodzajowo zamówień. W odniesieniu do tego dokumentu aktualna pozostaje ocena wyrażona przez Izbę w stosunku do uzasadnienia utajnienia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny. Zaznaczyć należy, że tezy o ryzyku przejęcia pracowników Przystępującego przez innych wykonawców są niczym niepoparte, w szczególności nie wykazano, że jest to personel szczególnie pożądany na rynku, o unikalnych kwalifikacjach, nie wykazano też, aby Przystępujący spotkał się z próbami takiego przejęcia. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że wykonawca - jako pracodawca - dysponuje innymi możliwościami zapewnienia stabilności zatrudnienia, niż utajnianie informacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do danych osobowych pracowników Izba wskazuje, że o ile nie można generalnie wykluczyć zasadności ich zastrzeżenia, to Przystępujący w tej sprawie nie wykazał, że zachodzą szczególne okoliczności pozwalające je zastrzec. Przystępujący nie wykazał chociażby, że pracownicy sami nie ujawniają czy to faktu zatrudnienia, czy posiadanych kompetencji i doświadczenia, chociażby na portalach społecznościowych związanych z rynkiem pracy.

Odnosząc się do dowodów przedstawionych na okoliczność środków podjętych w celu zachowania informacji w poufności, trudno dopatrzeć się zasadności ich zastrzeżenia, biorąc pod uwagę, że są to albo dokumenty zanonimizowane, albo niewypełnione szablony dokumentów. W żadnej mierze nie wykazano zasadności zastrzeżenia tych dowodów.

W odniesieniu natomiast od nieudostępnienia Odwołującemu wezwań do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, skierowanych przez Zamawiającego do wykonawców, nie ma żadnych argumentów, które potwierdzałyby zasadność ich nieprzekazania. Wezwania te stanowią jawne załączniki do protokołu i nie wiadomo z jakich powodów Zamawiający zaniechał ich ujawnienia Odwołującemu.

Podsumowując, Zamawiający - nie ujawniając wskazanych w zarzutach odwołania dokumentów - naruszył przepisy art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. II pkt 1 SWZ: Zakup wielofunkcyjnych zapór sieciowych dla jednostek organizacyjnych Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe. Na warunkach określonych Umową, Wykonawca zobowiązany jest do wykonania następujących świadczeń:

Dostarczenie oraz wdrożenie w wymaganych przez Zamawiającego lokalizacjach systemu bezpieczeństwa brzegu sieci dla jednostek PGL Lasy Państwowe. Wykonawca zobowiązany jest, na zasadach określonych w Istotnych Postanowieniach Umowy do dostarczenia nieużywanych, fabrycznie nowych urządzeń typu Firewall UTM wraz z systemem centralnego zarządzania oraz logowania, systemem gwarancji, licencji oprogramowania, minimum 36 miesięcy wsparcia i serwisu gwarancyjnego, oraz przeszkolenia osób określonych przez Zamawiającego.

W punkcie 8 OPZ Zamawiający określił szczegółowy zakres wdrożenia.

Zgodnie z postanowieniem rozdz. II pkt 5.4 SWZ:

W celu potwierdzenia że oferowane dostawy/usługi spełniają określone przez zamawiającego wymagania zawarte w OPZ, Zamawiający żąda złożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

(.) aktualny certyfikat PN-ISO/IEC 27001:2017-06 lub nowszego, (lub równoważnego odpowiednika) w zakresie zarządzania danymi klienta i informacjami związanymi z projektowaniem, produkcją i dostarczaniem usług, wydany przez uprawniony organ.

W rozdz. II pkt 10.12 lit. c Zamawiający podał, że wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych zgodnie z informacją zamieszczoną w Rozdziale II pkt 5 SWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo wezwania Wykonawcy, który nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne prawo do wezwania Wykonawcy do ich złożenia lub uzupełnienia.

W rozdz. II pkt 7.4 lit. a SWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

Warunek dotyczący doświadczenia: Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, nie później niż na dzień składania ofert, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: wykonał albo wykonuje należycie, w ujęciu łącznym, co najmniej jedno zamówienie obejmujące dostawę i wdrożenie systemu firewall UTM dla lokacji rozproszonych (obejmującej obszar minimum 4 województw) dla minimum 15 000 użytkowników. Wartość wykazanego zamówienia nie powinna być niższa niż 2 000 000 zł brutto.

Zgodnie z rozdz. II pkt 8 SWZ:

Zamawiający, w stosunku do Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, dopuszcza łączne spełnianie warunku przez Wykonawców. W odniesieniu do warunku określonego w ust. 7 pkt 4 SWZ Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy dysponują doświadczeniem osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, umożliwiając realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, a do realizacji których to doświadczenie i zdolności są wymagane.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w Rozdziale II. ust. 7 pkt 4 lit. a) muszą zostać spełnione przez jednego z wykonawców, warunki w ust.7 pkt 4 lit. b) SWZ mogą być spełnione łącznie przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP, które części zamówienia wykonają poszczególni Wykonawcy.

Przystępujący załączył do oferty oświadczenie złożone na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

1) Wykonawca NTT Poland Sp. z o.o. zrealizuje następujące roboty budowlane, dostawy, usługi:

- Dostawę sprzętu oraz oprogramowania firmy Fortinet,
- Wdrożenie dostarczonych urządzeń,
- Wsparcie serwisowe dostarczonych urządzeń przez okres 5 lat w tym konsultacje, punkt zgłoszeń,
- Przeprowadzenie szkolenia powdrożeniowego dla administratorów regionalnych,
- Dostarczenie voucherów szkoleniowych certyfikowanych przez producenta urządzeń,
- Przeprowadzenie testów akceptacyjnych oraz wydajnościowych,
- Przygotowanie dokumentacji powykonawczej

- Zarządzanie projektem,

- Pozostałe prace i obowiązki wskazane w zamówieniu, które nie zostały przypisane do

S&T Poland Sp. z o.o.

2) Wykonawca S&T Poland Sp. z o.o. zrealizuje następujące roboty budowlane, dostawy, usługi:

- Prace inżyniera w ilości 32 roboczo godzin podczas wdrożenia projektu

- Wsparcie w dostawie i wdrożeniu projektu,

- Wsparcie kierownika projektu do zarządzania projektem

Ponadto Przystępujący załączył do oferty przedmiotowy środek dowodowy w postaci certyfikatu ISO/IEC 27001:2017 wystawionego dla S&T Poland Sp. z o.o.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych Przystępujący przedłożył m.in.:

- Wykaz wykonanych dostaw/usług, w którym wskazał zadanie pn. Dostawa i wdrożenie Centralnego Systemu Zarządzania i Urządzeń Bezpieczeństwa sieci WAN dla jednostek organizacyjnych resortu finansów,

- Poświadczenie potwierdzające należyte wykonanie ww. umowy przez S&T Poland Sp. z o.o.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę m.in., jeżeli:

- została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (pkt 2 lit. b);

- jest niezgodna z przepisami ustawy (pkt 3);

- jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (pkt 5).

Art. 117 ustawy Pzp stanowi:

1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa wjest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania wymaganym doświadczeniem.

Podkreślenia wymaga, że w świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp potencjał w postaci doświadczenia nie jest przekazywany pomiędzy wykonawcami składającymi ofertę wspólną, zatem każdy z tych wykonawców powinien wykonać zadania, do wykonania których

wymagane jest posiadanie określonego doświadczenia.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej jednego zamówienia obejmującego dostawę i wdrożenie systemu firewall. Jednocześnie Zamawiający nie dokonał - na podstawie art. 117 ust. 1 ustawy Pzp - modyfikacji ustawowych reguł w zakresie sposobu wykazania spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał jedynie, że warunek, którego dotyczy zarzut, musi zostać spełnione przez jednego z wykonawców. Takie postanowienie SWZ nie uchyla zasady wynikającej z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Powyższe oznacza, że dostawę i wdrożenie systemu powinien wykonać ten wykonawca, który ma wskazane wyżej doświadczenie, tj. S&T. Ze złożonego oświadczenia wynika natomiast, że to NTT wykona zasadniczą część przedmiotu zamówienia, do której wykonania potrzebne jest wskazane w SWZ doświadczenie. Natomiast S&T wykonana jedynie: prace inżyniera w ilości 32 roboczogodzin podczas wdrożenia projektu, wsparcie w dostawie i wdrożeniu projektu, wsparcie kierownika projektu do zarządzania projektem.

Ze złożonego oświadczenia wyraźnie zatem wynika, że wdrożenie ma wykonać NTT, S&T natomiast ma świadczyć bliżej nieokreślone wsparcie, którego nie można utożsamiać z realizacją wdrożenia. Nie jest więc tak, jak wskazał Przystępujący w piśmie procesowym, że S&T będzie wykonywać wdrożenie systemu. Ponadto, prace inżynierskie zostaną przez ten podmiot wykonane jedynie w zakresie 32 roboczogodzin, co stanowi niewielki ułamek całości prac. Wbrew twierdzeniom Przystępującego, z oświadczenia w żadnej mierze nie wynika, że ww. wymiar roboczogodzin jest dwukrotnie większy z uwagi na przeznaczenie do realizacji zadania 2 inżynierów. Oświadczenie w tym zakresie jednoznacznie wskazuje liczbę 32 roboczogodzin.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Przystępującego, który wskazywał, że: w praktyce wykonawca realizuje fizyczne wdrożenie wyłącznie w 11 lokalizacjach pilotażowych, a w pozostałym zakresie jest to praca w formie zdalnej polegająca w razie takiej potrzeby na ew. wsparciu pracowników Zamawiającego. Nie kwestionując powyższego faktu zauważyć należy, że wdrożenie ma charakter wielokrotnie szerszy niż tylko 11 lokalizacji pilotażowych i nie ma podstaw do twierdzenia, że tylko dla tych lokalizacji potrzebne jest doświadczenie wskazane w warunku, a dla pozostałych 461 lokalizacji doświadczenie takie nie ma znaczenia.

Zauważenia wymaga, że zakres wdrożenia został zdefiniowany w punkcie 8 OPZ

(Szczegółowy zakres wdrożenia), w którym Zamawiający wskazał:

W ramach wykonania usługi wdrożeniowej Wykonawca zobowiązany jest do:

1) Wykonania audytu obecnej topologii sieci oraz użytych mechanizmów sieciowych pod kątem wybrania najbardziej optymalnej topologii docelowej.

2) Wykonania audytu konfiguracji i działania obecnie posiadanych urządzeń sieciowych, którego konfiguracja ma stanowić punkt wyjścia do opracowania koncepcji wdrożenia nowego systemu firewall. W zakresie filtracji ruchu należy założyć, że obecna polityka bezpieczeństwa jest uboga i winna być zbudowana praktycznie od nowa.

3) Analiza utylizacji używanych obecnie połączeń oraz przepływu danych w sieci pod kątem aktywnego wykorzystania przez poszczególne usługi i aplikację,

4) Analiza wymogów bezpieczeństwa u Zamawiającego pod kątem przyszłej polityki na firewallu włącznie z wywiadem środowiskowym w celu uzupełnienia wiedzy i analizą działania poszczególnych aplikacji w celu określenia używanych portów TPC/UDP.

5) Przygotowania koncepcji zmian w topologii, jeśli takie będą wymagane, do osiągnięcia najbardziej optymalnej pod względem szybkości działania i niezawodności topologii docelowej.

6) Przygotowanie koncepcji wdrożenia nowych urządzeń UTM uwzględniając aspekt współpracy/integracji z sąsiednimi systemami i urządzeniami (typu przełączniki

rdzeniowe, Active Directory), oraz przedstawione przez administratorów wymagania.

7) Koncepcja wdrożenia poza tradycyjnymi elementami typu reguły filtracji oraz translacji powinna obejmować szczegółowe wdrożenie wszystkich obsługiwanych przez firewall funkcji UTM, tunele VPN (typu IPSec oraz SSL), jak również identyfikację użytkowników z wykorzystaniem kont w Active Directory

8) Przygotowanie awaryjnej procedury "rollback" na wypadek niepowodzenia wdrożenia, gwarantującego szybki powrót do stanu pierwotnego zapewniając podtrzymanie poprawnej pracy usług biznesowych.

9) Wdrożenia systemu do centralnego zarządzania wszystkimi dostarczonymi urządzeniami UTM. W systemie centralnego zarządzania powinny zostać zdefiniowane grupy urządzeń i szablony polityk bezpieczeństwa uwzględniające powyższe aspekty

10) Wdrożenie sytemu do gromadzenia logów wraz z integracją ze wszystkimi urządzeniami UTM

11) Stworzenie centralnej bazy obiektów i polityk dla wszystkich urządzeń UTM

12) Wdrożenie firewalli UTM w 11 jednostkach pilotażowych w sieci WAN PGL LP wyszczególnionych w Załącznik nr 10 do Umowy. Należy w szczególności wykonać:

a) Konfigurację routingów statycznych na firewallu a w razie potrzeby wdrożenia routingu dynamicznego (RIP, OSPF, BGP),

b) Konfigurację polityki bezpieczeństwa zgodnie z wytycznymi ze strony Zamawiającego, nie naruszając wymogów bezpieczeństwa u Zamawiającego.

c) Konfigurację filtracji stron WWW na podstawie kategorii oraz treści,

d) Integrację firewalla z systemem autoryzacji Microsoft Active Directory w trybie transparentnym lub przy użyciu dedykowanych agentów (system musi umożliwiać obydwa tryby integracji a Zamawiający podczas wdrożenia wybierze właściwy), tak aby możliwa była identyfikacja użytkowników

13) Wdrożenie firewalli UTM na styku dedykowanej sieci WAN PGL LP z uwzględnieniem wszystkich przedstawionych wymagań i zaakceptowanej przez Zamawiającego koncepcji. Prace należy w szczególności wykonać zgodnie z ww. punktem a-d.

14) Wykonania rekonfiguracji innych urządzeń i systemów w sieci w celu poprawnej współpracy z firewallami (uruchomienie agregacji portów LACP, rekonfiguracja STP, integracja z AD itp.).

15) Przygotowanie koncepcji wdrożenia łączy zapasowych z wykorzystaniem SD-WAN.

16) Wykonania testów niezawodności i odporności na różne awarie i scenariusze zdarzeń (awaria linku, urządzenia, zapętlenie ruchu w switchu w dowolnej strefie, awaria dowolnego portu w firewallu).

Wymagane przez Zamawiającego doświadczenie odnosić należy do tak określonego zakresu wdrożenia. Bez znaczenia pozostaje przy tym oświadczenie pracownika producenta Fortinet, potwierdzające możliwość automatyzacji procesu wdrożenia. Nie zmienia to bowiem faktu, że Zamawiający wymagał doświadczenia we wdrożeniu i takim doświadczeniem nie wykazał się konsorcjant, który to wdrożenie będzie wykonywał.

Za nietrafioną należy uznać argumentację Przystępującego, że art. 117 ust. 3 ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, żeby całość przedmiotu zamówienia została wykonana łącznie przez obu wykonawców. W rozpoznawanej sprawie nie mamy bowiem do czynienia z takim stanem faktyczny - zakres przewidziany do wykonania przez poszczególnych konsorcjantów jest inny i różni się w sposób istotny.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku dotyczącego doświadczenia, niemniej w obecnej sytuacji żądanie odrzucenia jego

oferty nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący nie był bowiem wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Za niezasadne należy uznać stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym oświadczenie składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba podziela i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO 2648/22, w którym Izba wskazała: (...) oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp, wbrew wywodom odwołującego, jest podmiotowym środkiem dowodowym, wymaganym do złożenia wraz z ofertą. O takim charakterze świadczy choćby to, że przepis art. 117 ust. 4 Pzp odwołuje się do przepisów art. 117 ust. 2 i ust. 3 Pzp, które określają sposób spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oświadczenie to nie stanowi zatem treści oferty sensu stricto. Celem jego złożenia jest bowiem wykazanie warunku udziału w postępowaniu, a więc odnosi się ono do kwalifikacji podmiotowej. Konsekwencją takiego charakteru tego oświadczenie jest to, że podlega ono procedurze z art. 128 ust. 1 Pzp. Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, że uzupełnieniu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podlega również Wykaz wykonanych dostaw/usług. Zamawiający powinien więc wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dokumentami takimi są zarówno ww. wykaz, jak i oświadczenie składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 2, w części dotyczącej certyfikatu ISO, Izba wskazuje, że zarzut ten nie został prawidłowo sprecyzowany w odwołaniu i z tego powodu należało go uznać za niezasadny. W treści odwołania zawarto jedynie fragmentaryczne odniesienie do tej kwestii. Dopiero w piśmie procesowym oraz w stanowisku zajętym na rozprawie zarzut został sprecyzowany, co należy uznać za spóźnione.

Izba stwierdziła, że w odwołaniu trudno doszukać się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu przedłożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie potwierdzał spełniania wymagań SWZ. W petitum odwołania zarzucono Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż Konsorcjum nie spełniało warunku udziału w postępowaniu, by przedmiot zamówienia w zakresie, w jakim obejmował usługi, wykonał wykonawca posiadający wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, a co za tym idzie treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i z ustawą, gdyż zakładała podział zadań pomiędzy konsorcjantami sprzeczny z art. 117 ust. 3 Pzp. Zarzut był więc związany z niespełnianiem warunku dotyczącego doświadczenia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego przedstawionym w piśmie procesowym, że w zakresie certyfikatu ISO postawił on zarzut, że treść oferty niezgodna jest z warunkami zamówienia, wskazać należy, że niezgodność tę w odwołaniu literalnie powiązano z niespełnianiem warunku dotyczącego doświadczenia.

Również w uzasadnieniu odwołania trudno dopatrzeć się niezbędnych elementów zarzutu. Odwołujący ograniczył się tam do opisania stanu faktycznego, tj. przytoczenia wymagań dotyczących przedmiotowych środków dowodowych oraz do wskazania, który z Konsorcjantów dysponuje wymaganym certyfikatem. Nie przedstawiono żadnego wywodu dotyczącego wadliwości złożonego przedmiotowego środka dowodowego. Za wywód taki nie można uznać tego, że w uzasadnieniu odwołania dwukrotnie wspomniano o braku po stronie Konsorcjanta, który będzie wykonywał większość zamówienia, wymaganych uprawnień do prowadzenia danej działalności. Nie ma żadnych wątpliwości, że Zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego takich uprawnień, co Odwołujący przyznał podczas rozprawy. Poza tym, całe uzasadnienie w zakresie zarzutu nr 2 koncentruje się wokół kwestii posiadania odpowiedniego doświadczenia w związku z przepisami art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego z powodu niezłożenia prawidłowego przedmiotowego środka dowodowego, nie odniósł się też do kwestii dopuszczalności jego uzupełnienia, nie podał, z czego - jego zdaniem - wynika, że posiadaczem certyfikatu powinien być konkretny konsorcjant. W związku z powyższym odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 2

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Przystępującego w części 3/4 i Odwołującego w części 1/4, biorąc pod uwagę liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 22.200,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000,00 + 3.600,00), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 5.550 zł (22.200,00 zł x 1/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.050 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....