Sygn. akt: KIO 3072/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Ryszard Tetzlaff

Protokolant:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez odwołującego: TDC POLSKA Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy, ul. Dziekanowice 32, 62-261 Lednogóra

uczestnik po stronie zamawiającego – Trias AVI Sp. z o.o., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa oraz GROUP AV Sp. z o. o., ul. Modlińska 6, 00-992 Warszawa

orzeka:

1. Uwzględnia częściowo zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawa zamówień publicznych w zw. z § 5 ust. 1, 3 i 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne, niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, utajnienie i w konsekwencji odmowę i zaniechanie niezwłocznego udostępnienia TDC POLSKA Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań załączników do protokołu postępowania w postaci kompletnych ofert wykonawców wraz z załącznikami, w szczególności:

a. przedmiotowych środków dowodowych wymaganych do złożenia Zamawiającemu przez wykonawców wraz z ofertą w zakresie ofert Trias AVI Sp. z o.o., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa oraz GROUP AV Sp. z o. o., ul. Modlińska 6, 00-992 Warszawa, oraz

b. tabeli elementów scalonych stanowiącej załącznik do oferty Trias AVI Sp. z o.o., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa – pomimo wniosków TDC POLSKA Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań w tym zakresie

i nakazuje Zamawiającemu: Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy, ul. Dziekanowice 32, 62-261 Lednogóra udostępnienie TDC POLSKA Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61028 Poznań: a. przedmiotowych środków dowodowych w postaci: i. próbki animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentującą proponowaną estetykę projekcji na stanowisku „57. Służebnicy panującego – projekcja środków transportu wodnego”, ii. próbki popiersia księcia Mieszka I zgodną z przedstawieniem księcia na rysunku Jana Matejki zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich” – w zakresie oferty GROUP AV Sp. z o. o., ul. Modlińska 6, 00-992 Warszawa.

2. kosztami postępowania obciąża w części 1/2 Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy, ul. Dziekanowice 32, 62-261 Lednogóra oraz części 1/2 TDC POLSKA Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań i

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000, 00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę TDC POLSKA Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez TDC POLSKA Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań tytułem wydatków pełnomocnika Odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy, ul. Dziekanowice 32, 62-261 Lednogóra tytułem wydatków pełnomocnika Zamawiającego, kwotę 651 zł 30 gr (słownie: sześćset pięćdziesiąt jeden złotych trzydzieści groszy) tytułem dojazdu na rozprawę Zamawiającego oraz kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złotych zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw Zamawiającego;

2.2. zasądza od Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy, ul. Dziekanowice 32, 62-261 Lednogóra na rzecz TDC POLSKA Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań kwotę 7 157 zł 35 gr (słownie: siedem tysięcy sto pięćdziesiąt siedem złotych trzydzieści pięć

groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3072/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie wystawy stałej „Tajemnice początków Polski – Ostrów Lednicki" w siedzibie Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy, Dziekanowice 32", zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.04.2024 r. pod nr OJ S 80/2024 238868-2024 przez: Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy, ul. Dziekanowice 32, 62-261 Lednogóra zwana dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „Pzp" albo „PZP" albo „pzp".

W dniu 16.08.2024 r. (za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej – email) Zamawiający udostępnił TDC POLSKA Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań zwanej dalej: „TDC POLSKA Sp. z o.o." albo „Odwołującemu" niekompletną dokumentację postępowania tzn. odmówił udostępnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników do ofert, tj. przedmiotowych środków dowodowych Trias AVI Sp. z o.o., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa zwanej dalej: „Trias AVI Sp. z o.o." albo „pierwszym Przystępującym" (w tym wypadku także tabeli elementów scalonych) oraz GROUP AV Sp. z o. o., ul. Modlińska 6, 00-992 Warszawa zwanej dalej: „GROUP AV Sp. z o. o." albo „drugim Przystępującym".

Dnia 26.08.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 16.08.2024 r. złożył TDC POLSKA Sp. z o.o.".

Zarzucił naruszenie: 1) art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 5 ust. 1, 3 i 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 18 ust. 1 i 3 Pzp poprzez bezpodstawne, niezgodne

z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości,

utajnienie i w konsekwencji odmowę i zaniechanie niezwłocznego udostępnienia

Odwołującej załączników do protokołu postępowania w postaci kompletnych ofert

wykonawców wraz z załącznikami, w szczególności: a. przedmiotowych

środków dowodowych wymaganych do złożenia Zamawiającemu przez wykonawców wraz z ofertą w zakresie ofert Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Group AV sp. z o. 4

o. z siedzibą w Warszawie, oraz b. tabeli elementów scalonych stanowiącej załącznik do oferty Trias AVI sp. z o. o., – pomimo wniosków Odwołującej w tym zakresie.

Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz: 1) nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności Zamawiającego w postaci utajnienia załączników do protokołu postępowania w postaci załączników załączonych do

ofert pozostałych wykonawców, innych niż Odwołująca, w tym w szczególności: a. przedmiotowych środków dowodowych w postaci: i. próbki animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentującą proponowaną estetykę projekcji na stanowisku „57. Służebnicy panującego – projekcja środków transportu wodnego", ii. próbki popiersia księcia Mieszka I zgodną z przedstawieniem księcia na rysunku Jana Matejki zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich" – w zakresie ofert Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w

Warszawie oraz Group AV sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. b. wypełnionej tabeli elementów scalonych, stanowiącej załącznik nr 2 do oferty, w zakresie oferty Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. 2) nakazanie przez Izbę niezwłocznego udostępnienia Odwołującej załączników do protokołu postępowania w postaci wszystkich załączników załączonych do ofert pozostałych wykonawców, innych niż Odwołująca, w tym w szczególności: a. przedmiotowych środków dowodowych w postaci: i. próbki animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentującą proponowaną estetykę projekcji na stanowisku „57. Służebnicy panującego – projekcja środków transportu wodnego", ii. próbki popiersia księcia Mieszka I zgodną z przedstawieniem księcia na rysunku Jana Matejki zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich" – w zakresie ofert Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Group AV sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. b. wypełnionej tabeli elementów scalonych, stanowiącej załącznik nr 2 do oferty, w zakresie oferty Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. 3) wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów

postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

I. Kwestie formalne Jako iż formularz nie zawiera pola dotyczącego nr KRS odwołującej, wskazuję ten numer w tym miejscu. Numer KRS TDC POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu: 0000507950. Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy p.z.p., nin. odwołanie zostało przesłane i doręczone zamawiającemu, na dowód czego składam dokumenty w załączeniu. Odwołująca powzięła informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania w dniu 16 sierpnia 2024 r., tj. w dniu, w którym Zamawiający udostępnił Odwołującej, na jej wniosek, oferty

konkurencyjnych wykonawców, jednak z wyłączeniem części załączników do ofert konkurencji wskazanych w niniejszym odwołaniu. Zamawiający wskazał przy

tym, iż nie udostępnia załączników do ofert, w tym próbek, co do których zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa. W zakresie postawionego zarzutu, zdaniem Odwołującej, Zamawiający winien udostępnić jej kompletną dokumentację (wraz z załącznikami do ofert, które niesłusznie utajnił) niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, tj. nie później niż 16 sierpnia 2024 r. W tej dacie, odmówił jednak udostępnienia załączników do ofert, których dotyczy niniejsze odwołanie.

II. Wnioski dowodowe Wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, w tym w szczególności: 1) specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z wyjaśnieniami, 2) ofert wszystkich Wykonawców wraz z załącznikami, w szczególności: a. oferty złożonej przez Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wraz z załącznikami, b. oferty złożonej przez Group AV sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wraz z załącznikami, 3) wyjaśnień Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Group AV sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, 4) informacji z otwarcia ofert, 5) wniosku Odwołującej o udostępnienie protokołu, w tym ofert, 6) korespondencji e-mail pomiędzy Odwołującą a Zamawiającym – na fakty wskazane w treści uzasadnienia odwołania, a w szczególności na fakty: przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób

nieprzejrzysty poprzez bezzasadne utajnienie i w konsekwencji zaniechanie niezwłocznego udostępnienia Odwołującej kompletnych załączników do protokołu postępowania, w szczególności przedmiotowych środków dowodowych wymaganych do złożenia Zamawiającemu przez wykonawców wraz z ofertą, pomimo wniosku Odwołującej

w tym zakresie. W razie braku ww. dokumentu w aktach postępowania wnoszę by Wysoka Izba zobowiązała Zamawiającego do ich przedłożenia, jako iż winny one znajdować się w aktach postępowania, także jako załączniki do protokołu.

IV. Uzasadnienie zarzutów – Brak przedstawienia załączników do protokołu Zgodnie z treścią art. 74 ust. 1 i 2 Pzp, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek, zaś załączniki do tego protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, przy tym oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi, że protokół postępowania udostępnia się Zamawiającemu „niezwłocznie". Ustęp 3 tego samego przepisu stanowi przy tym, że w razie niemożliwości lub trudności w udostępnieniu protokołu lub załączników do niego, Zamawiający powinien „niezwłocznie" poinformować o tym wnioskodawcę. Przepis § 5 ust. 4 rozporządzenia z dnia 6

18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434), nie stoi w opozycji do regulacji art. 74 ust. 1 i 2 p.z.p., jako przepis niższej rangi. Rozporządzenie stanowi wyłącznie o kwestiach technicznych i organizacyjnych udostępnienia protokołu, a termin "niezwłocznie" należy rozpatrywać w kontekście regulacji ustawowej. Tym samym zamawiający jest zobowiązany udostępnić protokół wraz z załącznikami odpowiednio wobec oferty i załączników do oferty niezwłocznie po ich otwarciu (Wyrok KIO z 11.02.2022 r., KIO 101/22, LEX nr 3357987). Załącznikami do protokołu są, zgodnie z treścią art. 73 ust. 1 Pzp oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz

umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dnia 13 sierpnia 2024 r. Zamawiający udostępnił Wykonawcom informację z otwarcia ofert w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie wystawy stałej „Tajemnice początków Polski – Ostrów Lednicki" w siedzibie Muzeum Pierwszych Piastów na Lednicy, Dziekanowice 32. Na wniosek Odwołującej Zamawiający udostępnił jej niekompletną dokumentację dnia 16 sierpnia 2024 r. Odwołująca nie otrzymała dotychczas od Zamawiającego wszystkich dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, m. in. wskazanych w zarzucie załączników do ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców, pomimo złożenia w tym zakresie wniosku. W szczególności Odwołująca nie otrzymała wglądu do obligatoryjnych załączników oferty każdego z Wykonawców – próbek opisanych przez Zamawiającego w pkt 8.1. SWZ, tj. próbki animacji oraz próbki popiersia, w zakresie ofert Wykonawców Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Group AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, a także tabeli elementów scalonych w zakresie oferty Trias AVI sp. z o. o.
z

siedzibą w Warszawie. Jak bezsprzecznie wynika z treści ustawy Pzp (art. 18 Pzp) oraz orzecznictwa KIO (Wyrok KIO z 25.11.2021 r., KIO 3210/21, LEX nr 3353727), jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jedną z najważniejszych wartości prawa zamówień publicznych, a ustawodawca podniósł ją do rangi zasady. Jednym z wyrazów tej zasady jest prawo każdego do żądania udostępnia mu protokołu postępowania, który ma charakter jawny (art. 74 ust. 1 Pzp). Niezależnie od przytoczonych zasad ogólnych, Wykonawca ma szczególne prawo wglądu w dokumentację postępowania, jako że w jego ramach rozstrzygane są bezpośrednio kwestie związane z prawami przysługującymi Wykonawcy. Odwołująca jest zainteresowana uzyskaniem dostępu do ofert innych Wykonawców wraz z załącznikami. Brak udostępnienia kluczowych dokumentów składających się na protokół postępowania i pozbawienie Wykonawcy wglądu do nich, w 7

szczególności próbek opisanych przez Zamawiającego w pkt 8.1. SWZ, tj. próbki animacji oraz próbki popiersia, w zakresie ofert Wykonawców Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Group AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, a także do tabeli elementów scalonych w zakresie oferty Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,

gdyż brak ich udostępnienia wiąże się ze znaczącymi trudnościami w dochodzeniu swoich racji i praw, zwłaszcza w zakresie udzielenia jej zamówienia. Z dotychczas

udostępnionych Odwołującej załączników do protokołu postępowania oraz treści informacji przekazanej przez Zamawiającego dnia 16 sierpnia 2024 r. wynika, że brak udostępnienia pełnej dokumentacji ofertowej innych Wykonawców wraz z załącznikami (zwłaszcza w zakresie wyżej wskazanych próbek oraz tabeli elementów scalonych) wynika z dokonania przez innych Wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji (dalej: u.z.n.k.), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Sąd Najwyższy wskazał na konieczność łącznego spełnienia w/w przesłanek (wyrok z dnia 3 października 2000 r. o sygn. akt I CKN 304/00) oraz sprecyzował, że "na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy" (wyrok z 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06). Wymaga podkreślenia, że to na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania, że dana informacja spełnia kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Nie jest zatem wystarczające samo złożenie, nawet uzasadnionego oświadczenia, że dana informacja stanowi przedsiębiorstwa. Zasadą generalną prawa zamówień publicznych jest, obok zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasada jawności (art. 18 ustawy Pzp). Funkcją zasady jawności jest zapewnienie przejrzystości na każdym etapie postępowania, przy założeniu, że wszelkie ograniczenia jawności mogą być wprowadzane jedynie w drodze wyjątku i na podstawie wyraźnego upoważnienia wyrażonego wprost w przepisie ustawy.

Dlatego też brak wyjaśnień, względnie udzielenie zbyt ogólnikowych lub niepopartych dowodami wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Zgodnie z orzecznictwem KIO (Wyrok KIO z 20.03.2023 r., KIO 623/23, LEX nr 3517007), badanie zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może odbywać się bez jej udokumentowania w dokumentacji postępowania przetargowego. Czynność odtajnienia czy czynność utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do określnych informacji/dokumentów winna zawsze mieć 8

odzwierciedlenie w aktach postępowania przetargowego i zawierać uzasadnienie. Stanowi to substrat zaskarżenia dla poszczególnych wykonawców. Jej brak uniemożliwia wykonawcom dokonania analizy poprawności decyzji Zamawiającego i ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. W ocenie Odwołującej, załączniki do ofert pozostałych Wykonawców, innych niż Odwołująca, nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności takie charakteru nie posiadają przedłożone przez innych Wykonawców przedmiotowe środki dowodowe w postaci próbek opisanych w pkt 8.1. SWZ, a także tabela elementów scalonych.

IV.A. Niezasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie oferty Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie W treści wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionych przez Trias AVI sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, oznaczonych datą 30 lipca 2024 r., wykonawca ten wskazuje, że zasadne jest wyłączenie jawności przedstawionej przez tego wykonawcę oferty w części dot. przedmiotowych środków dowodowych – próbki animacji, próbki popiersia – oraz tabeli elementów scalonych, gdyż oferta ta w tej części w ocenie wykonawcy zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołująca wskazuje, że w zakresie ww. dokumentów i informacji (przedmiotowe środki dowodowe – próbka animacji, próbka popiersia – oraz tabela elementów scalonych) Wykonawca nie wykazał, aby stanowiły one tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle powołanych przepisów Pzp oraz u.z.n.k. W szczególności należy podnieść, że wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ww. dokumentów i informacji mają wyłącznie ogólnikowy charakter i nie przemawiają za zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej. Wiązałoby się to ze zwolnieniem wykonawcy z wykazaniem podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 u.z.n.k. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa (Wyrok KIO z 6.02.2024 r., KIO 190/24) Istotna część uzasadnienia to wyłącznie teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów, poparte cytatami z orzecznictwa, które nie wnoszą żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w zastrzeżonych dokumentach

składanych w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca przy tym powołuje się kilkukrotnie na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Konieczne jest przy tym przywołanie stanowiska KIO, że wartość gospodarcza musi być obiektywna, możliwa do stwierdzenia dla każdego zapoznającego się z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji (Wyrok KIO z 1.03.2023 r., KIO 404/23). W ocenie Odwołującej 9

wyjaśnienie wykonawcy nie pozwalają uznać, że wykazana została przesłanka posiadania przez zastrzeżone dokumenty i informacje wartości gospodarczej. W treści wyjaśnień wykonawca podniósł m. in., że przedmiotowe środki dowodowe (próbka animacji i próbka popiersia) mają dla niego znaczenie i wartość gospodarczą oraz są chronione przez niego jako stanowiące tzw. know-how przedsiębiorcy, gdyż jest wynikiem wnikliwej i kosztownej (w znaczeniu poniesionych kosztów pracy pracowników Wykonawcy) analizy zapisów SWZ. Należy podnieść, że nie jest niczym szczególnym to, że biorąc udział w postępowaniu, każdy wykonawca jest obowiązany zapoznać się z treścią dokumentów zamówienia opracowanych przez Zamawiającego i dokonać ich analizy, w celu sprostowania wymogom w nich postawionym. W ocenie Odwołującej całkowicie niewystarczającym dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczne stwierdzenie, że próbki zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby prowadzonego przez Zamawiającego postępowania oraz że nie były wcześniej wykorzystywane ani tym bardziej ujawniane do wiadomości publicznej i stanowią przejaw autorskiej twórczości wykonawcy. Tego rodzaju uzasadnienie ma wyłącznie szablonowy charakter i mogłoby zostać użyte do zastrzeżenia jakichkolwiek innych dokumentów w każdym innym postępowaniu. Ponadto wykonawca w ogóle nie sprostał wykazaniu tajemnicy przedsiębiorstwa i nie przedstawił szerszej argumentacji, dlaczego informacje wskazane w tabeli elementów scalonych miałyby akurat w tym konkretnym postępowaniu stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca stwierdził, że próbki stanowią jego know-how, ale nie wykazał przy tym co w realiach analizowanego postępowania miałoby na to wskazywać. Tego rodzaju ogólnikowe stwierdzenia nie mogą zostać uznane za skuteczne wykazanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – potwierdza to orzecznictwo KIO m. in. w wyroku KIO z 12.05.2023 r., KIO 1199/23. Podobnie w zakresie tabeli elementów scalonych wykonawca wskazał, że została ona sporządzona zgodnie z dokumentacją przetargową przedmiotowego postępowania oraz przygotowana wyłącznie na potrzeby prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Tego rodzaju uzasadnienia również nie można uznać za wyczerpującego – nie dość, że stwierdzenie to mogłoby być użyte w dowolnych wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa w każdym innym postępowaniu to wykonawca w ogóle nie wykazuje, dlaczego informacje wskazane w tabeli elementów scalonych miałyby akurat w tym konkretnym postępowaniu stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołująca podkreśla, że uzasadnienie przedstawione przez Trias AVI sp. z o. o. nie zostało zindywidualizowane na potrzeby postępowania prowadzonego przez Zamawiającego i nie wykazuje spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do konkretnych, wyselekcjonowanych informacji. Z samego faktu, że wykonawca tworzy indywidualną koncepcją realizacji zamówienia, nie można wywodzić, wbrew twierdzeniu wykonawcy, posiadania przez dane 10

informacje składające się na tę koncepcję znaczącej wartości gospodarczej. Nawet jeśli informacje te obejmują opis sposobu, w jaki wykonawca proponuje Zamawiającemu realizację zamówienia, to należy podkreślić, że wykonawca nie wskazał, a tym bardziej nie dowiódł w żaden sposób, że ujawnienie tychże informacji może np. narazić go na poniesienie szkody. Ponadto należy zaznaczyć, że Zamawiający w opisie cech i sposobu przygotowania próbek, stanowiącym załącznik nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, precyzyjnie i ściśle określił wymagania dla przygotowanych próbek. W

szczególności w kontekście próbki popiersia Zamawiający wymagał stworzenia próbki zgodnie z wizerunkiem Mieszka I zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich". Wykonawca nie wykazał, że ujawnienie próbek mogłoby wiązać się z naruszeniem jego pozycji konkurencyjnej. Inni Wykonawcy nie mogliby bowiem użyć pozyskanych informacji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający nie pozostawił wykonawcom dużej swobody w przygotowaniu przedmiotowych środków dowodowych. Nie jest przy tym zgodne z prawdą twierdzenie Wykonawcy Trias AVI sp. z o. o., iż z przedmiotowej wypełnionej tabeli wynikają fakty takie jak: zastosowane przez wykonawcę rozwiązania techniczne i technologiczne, model, producent i pochodzenie oferowanych urządzeń. Wzór kalkulacji został bowiem określony w sposób jednoznaczny przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 do SWZ. Zawiera on już

wypełnione przez Zamawiającego pola „Opis pozycji". Wykonawca zaś uzupełnić ma jedynie cenę oferowanych urządzeń, bez wskazywania ich producenta, modelu, czy pochodzenia, a tym bardziej proponowanych rozwiązań technicznych i technologicznych. Argumentacja Trias AVI w tym zakresie jest zatem całkowicie nietrafiona i zapewne pochodzi ze wzoru stosowanego we wszystkich postępowaniach, w których wykonawca ten

zobowiązany jest do przedłożenia odpowiedniej kalkulacji. Wynika to zresztą z treści uzasadnienia innego orzeczenia KIO, w którym nakazano odtajnienie kalkulacji przedłożonej przez TRIAS AVI sp. z o. o., z uwagi na nietrafność identycznej jak w

niniejszym przypadku argumentacji w zakresie zastrzeżenia tajemnicy (wyrok KIO z 12.05.2023 r., sygn. KIO 1199/23 w załączeniu). Ponadto należy zarzucić uzasadnieniu wykonawcy, że skoro zastrzeżone dokumenty i informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego (jak twierdzi Trias Avi sp. z o. o.) to nie jest możliwe, żeby ujawnienie fragmentów zastrzeżonych informacji mogło stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Brak jest w szczególności ryzyka dla ewentualnej przyszłej działalności rynkowej wykonawcy w sytuacji, w której próbki zostały udostępnione, gdyż, zgodnie z zapewnieniem samego wykonawcy, zostały one przygotowane wyłącznie w celu przedłożenia w jednym, konkretnym postępowaniu. Udostępnienie zastrzeżonych 11

dokumentów i informacji nie powinno mieć w realiach niniejszej sprawy wpływu na generowanie zysków lub

zaoszczędzenia środków przez wykonawcę, który powinien wykazać, że zastrzeżone dokumenty i informacje wpływają na wartość jego przedsiębiorstwa na rynku (Wyrok KIO z 6.03.2023 r., KIO 448/23). Treść uzasadnienia nie wskazuje, żeby w tym zakresie wykonawca udźwignął ciężar dowodu. W dalszej kolejności wykonawca podnosi, że podjął w stosunku do zastrzeżonych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności, wskazując m. in. za stosowanie rygorystycznej polityki bezpieczeństwa m. in. poprzez zawieranie odpowiednich postanowień w Regulaminie, umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z

pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami

współpracującymi, podwykonawcami. Jednocześnie jednak wykonawca nie wskazuje w wyjaśnieniach, że załącza na te okoliczności stosowne dokumenty (np. wspomniany

regulamin). Wykonawca w części uzasadnienia dotyczącej zastrzeżenia próbek oraz tabeli elementów scalonych powołuje się jedynie na wyciągi z umów w kontekście wykazu osób, który to nawet nie został jeszcze przedstawiony Zamawiającemu przez żadnego z wykonawców (na marginesie należy wskazać, że Wykonawca w momencie dokonywania zastrzeżenia i sporządzania uzasadnienia nie mógł być pewny, że zostanie wezwany do przedłożenia wykazów dostaw i osób wraz ze stosownymi załącznikami, co jedynie potwierdza blankietowy charakter uzasadnienia). Tym samym w ocenie Odwołującej wykonawca nie wykazał za pomocą żadnych środków dowodowych, że wspomniana przez niego rygorystyczna polityka bezpieczeństwa faktycznie ma miejsce i jest prowadzona. Tym samym w zakresie zastrzeżonych dokumentów i informacji Wykonawca nie wykazał, aby podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności. Należy podkreślić, że w wyroku KIO z 12.05.2023 r., sygn. KIO 1199/23, zakwestionowano, w kontekście innego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tożsamą treść uzasadnienia

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tego samego wykonawcy Trias AVI sp. z o. o. i uznano uzasadnienie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za ogólnikowe i gołosłowne, a w konsekwencji za niewystarczające do utajnienia dokumentów i informacji. Udostępnienie wszystkich załączników do oferty Trias AVI sp. z o. o., w szczególności przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbki animacji i próbki popiera oraz tabeli elementów scalonych jest niezbędne w celu dokonania weryfikacji, porównania oraz oceny ofert. Odwołująca posiada bowiem istotne wątpliwości co do mającego nastąpić wkrótce sposobu oceny ofert, w związku z czym konieczne i zasadne jest poznanie

kompletu dokumentacji załączonej do ofert przez pozostałych Wykonawców.

IV.B Niezasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie oferty Group AV sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie W treści wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca 12

Group AV sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie podnosi, że złożone przez niego przedmiotowe środki dowodowe – próbka animacji i próbka popiersia – stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Analogicznie jak w przypadku Trias AVI sp. z o. o., Wykonawca w znacznej części uzasadnienia zawarł jedynie teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów, poparte cytatami z orzecznictwa, które nie wnoszą żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w zastrzeżonych dokumentach składanych w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca podnosi, podobnie jak Trias AVI sp. z o. o., że próbki zostały indywidualnie przygotowane do celów niniejszego postępowania. Następnie jednak argumentuje, że ujawnienie tych informacji mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na pozycję Wykonawcy na rynku. Ponownie należy podkreślić, że skoro zastrzeżone dokumenty i informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego to brak jest ryzyka dla ewentualnej przyszłej działalności rynkowej wykonawcy w sytuacji, w której próbki zostały udostępnione, gdyż, zgodnie z zapewnieniem samego wykonawcy, zostały one

przygotowane wyłącznie w celu przedłożenia w jednym, konkretnym

postępowaniu. Podobnie jak w przypadku Trias AVI sp. z o. o. należy podnieść, że Zamawiający w opisie cech i sposobu przygotowania próbek, stanowiącym załącznik nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, precyzyjnie i ściśle określił wymagania dla przygotowanych próbek. W szczególności w kontekście próbki popiersia Zamawiający wymagał stworzenia próbki zgodnie z wizerunkiem Mieszka I zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich". Wykonawca nie wykazał, że ujawnienie próbek mogłoby wiązać się z naruszeniem jego pozycji konkurencyjnej. Inni Wykonawcy nie mogliby bowiem użyć pozyskanych informacji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż

Zamawiający nie pozostawił wykonawcom dużej swobody w przygotowaniu przedmiotowych środków dowodowych. Wykonawca w żaden sposób nie wykazuje również, że w stosunku do zastrzeżonych dokumentów podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności. W szczególności nie przedkłada jakichkolwiek dowodów na te okoliczności, w tym jakichkolwiek umów czy dokumentów zawierających klauzule poufności (np. ze wspomnianymi w uzasadnieniu pracownikami). Wykonawca jedynie w sposób gołosłowny powołuje się na szczególne procedury dot. poufności. Tym samym nie wykazał, aby podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca stwierdza, że próbki stanowią dla niego istotną wartość gospodarczą, która zapewnia przewagę konkurencyjną. Odwołująca podkreśla jednak, że z samego faktu ujawnienia próbek nie można wywodzić, że zostałaby zniweczona możliwość konkurowania przez Wykonawcę na rynku z innymi wykonawcami, ponieważ, jak sam wskazał Wykonawca, próbki zostały indywidualnie przygotowane dla celów niniejszego postępowania. Skoro nie doszłoby do ryzyka zmian w 13

generowaniu przez Wykonawcę zysków albo możliwości zmian w zaoszczędzeniu przez niego środków nie można uznać, że próbki stanowią istotną wartość gospodarczą, szczególnie że na tę okoliczność Wykonawca nie powołuje żadnej szerszej argumentacji. Za gołosłowne i niepoparte innymi dowodami czy twierdzeniami należy uznać stwierdzenie przez Wykonawcę, że opracowywane próbki na potrzeby postępowań przetargowych są informacji technicznymi i technologicznymi. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że próbki przygotowane na potrzeby przedmiotowego postępowania mogą zostać zakwalifikowane jako informacje techniczne i technologiczne. Nie można przyjąć, że ogólnikowe stwierdzenie w tym zakresie jest dostateczne dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść uzasadnienia Wykonawcy sugeruje, że zakwalifikowanie próbek jako utwór w rozumieniu przepisów prawa autorskiego ma znaczenie dla uznania, iż wartość gospodarcza próbek zgłoszonych wraz z ofertą w przedmiotowym postępowaniu jest oczywista i niewątpliwa. Odwołująca kwestionuje to stanowisko. Ponownie należy podkreślić, że przygotowane próbki zostały przez Wykonawcę stworzone wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania. W doktrynie wskazuje się za istotne, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 2, Warszawa 2024, Legalis). Wykonawca nie jest w stanie wykorzystać załączonych próbek więcej niż raz, gdyż zostały one przygotowane według precyzyjnych wytycznych Zamawiającego. Siłą rzeczy w kolejnych postępowaniach, w których Wykonawca brałby udział, konieczne okazałoby się opracowanie nowych, odmiennych wersji. Wykonawca nie wykazał również, że w razie ujawnienia próbek szerszemu gronu podmiotów mógłby w konkretnej sytuacji ponieść szkodę. Okoliczności te powoływane

są przez Wykonawcę bez przywołania argumentacji, co nie pozwala uznać, że Wykonawca wykazał zasadność dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie próbek. W ocenie Odwołującej zastrzeżenie dochowania poufności, złożone przez pozostałych Wykonawców stanowi jedynie próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych i nie stanowi natomiast podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności, a uwzględnienie przez Organ dokonanych zastrzeżeń narusza podstawową zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego. Zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Trias AVI sp. z o. o. oraz Group AV sp. z o. o. i w związku z tym uznał ich gołosłowne, ogólnikowe twierdzenia za przekonującą argumentację. Stąd też Odwołująca kwestionuje czynności Zamawiającego, polegającą na bezpodstawnym, 14

niezgodnym z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, utajnienia i w konsekwencji zaniechania niezwłocznego udostępnienia Odwołującej załączników do protokołu postępowania, pomimo wniosków Odwołującej w tym zakresie, oraz wnosi o uwzględnienie odwołania i zawartych w nim wniosków.

Zamawiający w dniu 27.08.2024 r. (za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej – email) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.08.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) GROUP AV Sp. z o. o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: GROUP AV Sp. z o. o.

W dniu 30.08.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) Trias AVI Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Trias AVI Sp. z o.o.

W dniu 05.09.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający nie dokonał ani nie zaniechał dokonania jakichkolwiek czynności w sposób naruszający przepisy PZP jak zarzuca mu to Odwołujący. 1) W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP poprzez rzekome „utajnienie" załączników do ofert złożonych Po pierwsze, Zamawiający nie utajnił jakichkolwiek załączników do ofert złożonych przez Wykonawców, a jedynie, działając zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 PZP, nie ujawnił informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), które Wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Zgodnie z poglądami doktryny, Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji /A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 18/, a zatem Izba nie może orzec o unieważnieniu czynności Zamawiającego w postaci utajnienia załączników do ofert złożonych przez Wykonawców, skoro Zamawiający nie posiada w ogóle 15

kompetencji do dokonywania czynności utajnienia jakichkolwiek dokumentów w zakresie w jakim postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tak jak w niniejszej sprawie co do zasady – w całości, ma charakter jawny. Powyższe czyni zatem zarzut dokonania czynności Zamawiającego, o którym mowa w pkt 1 w części „wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy" Odwołania jak i wniosek, o którym mowa w pkt 1) części „Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania" całkowicie bezzasadnymi. 2) W zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia załączników do ofert zastrzeżonych przez Wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa W pierwszej kolejności poczynić należy pewną

uwagę natury ogólnej. Przedmiotem niniejszego postępowania nie jest wykonanie zamówienia obejmującego dostawę powszechnie dostępnych na rynku materiałów, urządzeń i elementów ekspozycyjnych, a w pierwszej kolejności ich zaprojektowanie, a następnie wykonanie na specyficzne, konkretne i niedające się powtórzyć nigdzie indziej potrzeby Zamawiającego, opisane w dokumentach zamówienia jak również w oparciu o artystyczną wizję oraz zdolności technologiczne w jej realizacji konkretnego Wykonawcy, któremu przedmiotowe zamówienie zostanie udzielone. W związku z powyższym, w niniejszym postępowaniu Zamawiający jako przedmiotowe środki dowodowe żądał wykonania przez Wykonawców próbek: 1) animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentującą

proponowaną estetykę projekcji na stanowisku „57. Służebnicy panującego – projekcja środków transportu wodnego", 2) popiersia księcia Mieszka I zgodną z przedstawieniem księcia na rysunku Jana Matejki zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich", co do których techniczne wymagania ich wykonania określił w SWZ II - Opis przedmiotu zamówienia - Opis próbek. Jednocześnie, jak wynika z zapisów SWZ próbki te następnie podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, w kryterium „Jakość". Wskazać bowiem należy, w szczególności w kontekście przedmiotowych środków dowodowych, że jak dostrzegł sam Odwołujący: Zamawiający w opisie cech i sposobu przygotowania próbek stanowiącym załącznik nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, precyzyjnie i ściśle określił wymagania dla przygotowanych próbek. W szczególności w kontekście

próbki popiersia Zamawiający wymagał stworzenia próbki zgodnie z wizerunkiem Mieszka I zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich" to jednak wyraźnie zaznaczył również w SWZ /SWZ II - Opis przedmiotu zamówienia - Opis próbek/, że mają być one wykonane przy zastosowaniu zdolności technicznej i artystycznej intuicji Wykonawcy – artysty, co znalazło odzwierciedlenie również w wyjaśnieniach treści SWZ /Wyjaśnienia treści SWZ z dnia 05 czerwca 2024 r./, gdzie Zamawiający wielokrotnie podkreślił rolę zdolności technicznej i artystycznej intuicji Wykonawcy – artysty oraz, w graniach określonych w SWZ, jego swobodnej impresji w przygotowaniu przedmiotowych środków dowodowych. Co do 16

kwestii szczegółowości technicznego opisu przygotowania próbek, co nie jest przedmiotem niniejszego postępowania, należy wskazać tylko krótko, że wynika to z ich roli i charakteru w niniejszym postępowaniu tj. przedmiotowych środków dowodowych, w szczególności, że Zamawiający w trybie przepisu art. 107 ust. 3 w zw. z przepisem art. 107 ust. 2 PZP nie przewidział wezwania do ich uzupełnienia/złożenia. Zamawiający musiał zatem precyzyjnie określić pewne cechy przedmiotowych środków dowodowych, które oceniał będzie na zasadach spełnia – nie spełnia, aby następnie, w pozostałym zakresie (obejmującym właśnie zdolności techniczne i artystyczną intuicję Wykonawcy – artysty) ocenić je w ramach kryteriów oceny ofert. Przy uwzględnieniu powyższego zrekonstruować należy, że w niniejszym postępowaniu Wykonawcy: 1) TDC POLSKA Sp. z o.o.; (Odwołujący) 2) GROUP AV Sp. z o. o. (Przystępujący po stronie Zamawiającego Ad 1) 3) Trias AVI Sp. z o.o. (Przystępujący po stronie Zamawiającego Ad 2) zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa przedmiotowe środki dowodowe w postaci: 1) próbki animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentującą proponowaną estetykę projekcji na stanowisku „57. Służebnicy panującego – projekcja środków transportu wodnego", 2) próbki popiersia księcia Mieszka I zgodną z przedstawieniem księcia na rysunku Jana Matejki zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich".

Każdy z w/w Wykonawców czyniąc zadość zarówno przepisom PZP jak również wskazaniom Zamawiającego zawartym w SWZ niniejszego postępowania wraz z ofertą złożyli dokument wskazujący, że przedmiotowe środki dowodowe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Każdy z w/w Wykonawców sporządził rzeczone wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w gruncie rzeczy w zbieżny sposób powołując się na takie okoliczności jak: 1) w zakresie Wykonawcy TRIAS AVI: a) wykonanie przedmiotowych środków dowodowych przygotowane wyłącznie na potrzeby prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i materiały te nie były wcześniej wykorzystywane ani ujawniane stanowiąc przejaw autorskiej twórczości Wykonawcy; b) wykonanie przedmiotowych środków dowodowych stanowiących indywidualną koncepcję realizacji zamówienia przy zastosowaniu danych technologicznych dostępnych Wykonawcy, wskazując tym samym na opis sposobu, w jaki Wykonawca proponuje Zamawiającemu realizację przedmiotowego zamówienia; c) posiadanie przez przedmiotowe

środki dowodowe znaczenia i wartości gospodarczej dla Wykonawcy jako wynik know-how Wykonawcy; d) ochronę przez Wykonawcę rzeczonych informacji w ofercie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa poprzez rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez m.in. zawieranie odpowiednich postanowień w Regulaminie, umowach

o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami

oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, 17

podwykonawcami, których wzory Wykonawca przedłożył Zamawiającemu 2) W zakresie Wykonawcy Group AV: a) przedmiotowe środki dowodowe stanowią know-how wypracowane przez Wykonawcę i które indywidualnie zostały przygotowane dla celów niniejszego postępowania będąc wynikiem doświadczenia i pracy twórczej Wykonawcy; b) całość oferty w zakresie części utajnionej była przechowywana w siedzibie Wykonawcy z zachowaniem szczególnych procedur bezpieczeństwa. Dostęp do materiałów miały tylko upoważnieni pracownicy Wykonawcy, biorący udział w opracowywaniu oferty do niniejszego postępowania. Pracownicy dopuszczeni do ww. informacji (związanych z przygotowaniem oferty w przedmiotowym postępowaniu) zostali poinformowani o ich poufnym charakterze i zobowiązani zostali do zachowania ww. informacji w poufności; c) próbki animacji, popiersia są utworem w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych stanowiąc przy tym know – how Wykonawcy, w skład którego wchodzą prawa własności intelektualnej; 3) W zakresie Wykonawcy TDC sp. z o.o: a) próbki stanowią produkt autorski, przygotowany wyłącznie dla celów niniejszego postępowania; b) próbki stanowią ujawnienie zawartych rozwiązań i koncepcji oraz zawierają elementy wskazujące na indywidualny sposób i podejście do realizowanych przedsięwzięć przez Wykonawcę;

c) celem przygotowania próbek Wykonawca wykorzystał standardowe oprogramowanie oraz produkty, które korzystają z ochrony prawno-autorskiej oraz ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, a

więc które nie kwalifikują się jako powszechnie dostępne dla każdego zainteresowanego' d) na stworzenie załączonych do oferty próbek składała się wiedza, doświadczenie oraz użyte środki i nakłady, które pozwoliły Wykonawcy na wykorzystanie informacji

dotyczących wiedzy historycznej, ale również stworzenie, już na podstawie własnych prób i doświadczeń, dokumentacji technicznej, określonego sposobu produkcji, linii technologicznej i użytych materiałów i technologii; e) o ile Zamawiający nad wyraz ściśle określił wymogi dla próbek to należy wskazać, że stworzenie każdej z nich nie opiera się wyłącznie o treść SWZ, ale przede wszystkim o know-how Wykonawcy oraz autorskie projekty i koncepcje, m. in. w zakresie stworzenia elementów wystawy o wysokim stopniu realizmu i naturalizmu; f) Wykonawca zabezpieczył zastrzeżoną tajemnicę m. in. poprzez zawieranie umów o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami, których wzory Wykonawca przedłożył Zamawiającemu. Powyższe jest zdaniem Zamawiającego w pełni wystarczające dla uznania, że Wykonawcy skutecznie zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa w zastrzeżonym zakresie, wykazując, że zastrzeżone informuje (obejmujące przede wszystkim wykonane przedmiotowe środki dowodowe): 1) mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą (z uwagi na fakt wykorzystania przy ich przygotowywaniu know – how przedsiębiorców, ich artystycznego wyczucia, zasobów technologicznych w zakresie 18

sposobu wykonania próbek jak również fakt, że jako indywidualny wytwór twórczy będący utworem, korzystają z ochrony w trybie przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz poniesienia nakładów finansowych jak również osobowych na ich wykonanie), 2) nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej (zastrzeżone materiały zostały wykonane konkretnie na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego jako wyniki doświadczenia i pracy twórczej Wykonawców, które zgodnie z oświadczeniami Wykonawców nie zostały ujawnione dotychczas do publicznej wiadomości i w gruncie rzeczy, na chwilę obecną znane są wyłącznie Zamawiającemu jak i konkretnemu Wykonawcy), 3) Wykonawcy podjęli w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności (Wykonawcy oświadczyli w złożonych przez siebie wyjaśnieniach, że stosowani środki mające zagwarantować zachowanie poufności takie jak: zawieranie stosownych postanowień w wewnętrznie obowiązujących regulacjach dot. polityki prywatności, zawieranie umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, często przedkładając ku temu stosowne dowody, co zostało przedstawione powyżej). Niezależnie od kwestii przedmiotowych środków dowodowych, w kontekście zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie tabeli elementów scalonych przez Wykonawcę TRIAS AVI wskazać należy, w ślad za KIO, że: Sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia, metodologia, warunki współpracy z dostawcami, sposób wykonywania tych usług stanowi wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doborem właściwych rozwiązań technicznych może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości /Wyrok KIO z 28.12.2021 r., KIO 3513/21/. Co potwierdza

prawidłowość działania Zamawiającego w kontekście dania wiary zastrzeżeniom tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie jej zastrzeżenia, co do tabeli elementów scalonych. Wynika to również z faktu, że choć oczywiście, wzór tabeli elementów scalonych został określony przez Zamawiającego w załączniku SWZ III – Załącznik nr 2 do SWZ, to jednak jej wypełnienie możliwe jest wyłącznie po dokonaniu przez Wykonawcę, w oparciu o jego własne doświadczenia technologiczne, know – how, doświadczenie i wizję co do zrealizowania przedmiotu zamówienia (niebędącego możliwym do wykonania wyłącznie przez dostarczenie, konkretnych urządzeń dostępnych na rynku, a raczej ich zaprojektowanie i wykonanie na potrzeby tego, jednego, konkretnego zadania), treści wymagań Zamawiającego określonych zapisami SWZ. Prawdą jest zatem, co deprecjonuje

Odwołujący, że tabela została sporządzona zgodnie z dokumentacją przetargową

przedmiotowego postępowania oraz przygotowana wyłącznie na potrzeby prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Nie mogło być bowiem inaczej, skoro materiały będące przedmiotem zamówienia nie są nigdzie ogólnodostępne i zostaną dopiero wytworzone zgodnie ze specjalnymi potrzebami Zamawiającego. Dopuszczalność zastrzeżenia tabeli 19

elementów scalonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa również znalazła odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO /w szczególności wyrok KIO z 20.04.2018 r., KIO 613/18 oraz wyrok KIO z 17.02.2016 r., KIO 149/16/. Z ostrożności wskazać przy tym należy, na stanowisko KIO, które Zamawiający przyjął jako własne, że: Pojęcie "wykazania", o którym mowa w art. 18 ust. 3 p.z.p., nie wyklucza możliwości przyjęcia oświadczeń złożonych przez wykonawcę /Wyrok KIO z 8.05.2023 r., KIO 1098/23/. Ponadto, za autorem komentarza do ustawy PZP podnieść należy, że „Wykonawca obowiązany jest natomiast do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzegając więc określone informacje, powinien udowodnić, że spełnione są przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykazanie to może nastąpić za pomocą dowolnych środków, w tym złożenia oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, lub przedstawienia innych dokumentów, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności." /M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18/. Cytowany fragment komentarza w sposób jednoznaczny potwierdza możliwość wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, za pomocą oświadczenia, tak między innymi jak zostało to dokonane w rozpatrywanej sprawie. W art. 18 ust. 3 ustawy PZP ustawodawca posługuje się sformułowaniem „wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Słownik języka polskiego PWN definiuje pojęcie „wykazać" jako „uzewnętrznić coś, ujawnić istnienie czegoś, przedstawić coś w sposób przekonujący". W ocenie

Zamawiającego, sformułowania „wykazał” nie można w sposób automatyczny zrównywać ze

sformułowaniem „udowodnił”. Ustawa PZP nie przewiduje w tym zakresie obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu przedstawienia określonych dowodów. Mając na uwadze racjonalność ustawodawcy przyjąć należy, że gdyby intencją ustawodawcy był wymóg przedstawiania wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa określonych dowodów, znalazłoby to wyraz wprost w ustawie lub rozporządzeniu. Ustawodawca posługuje się bowiem pojęciem udowodnienia lub dowodów np. w art. 85 ust. 2, art. 101 ust. 5 ustawy PZP a także w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Nieracjonalnym byłoby zatem nadawanie takiego samego znaczenia dwóm różnym pojęciom występującym na gruncie jednego aktu prawnego. W ocenie Zamawiającego oświadczenia złożone przez Wykonawców – Przystępującego po stronie Zamawiającego ad. 1 oraz Przystępującego po stronie Zamawiającego ad 2 mogą zostać uznane za wystarczające i pozostają wiarygodne, rzeczowe i dostatecznie potwierdzają okoliczności wykazywane przez Przystępującego po stronie Zamawiającego 20

ad. 1 oraz Przystępującego po stronie Zamawiającego ad 2 w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zwraca w tym miejscu uwagę na wyrok KIO z dnia 17.01.2022 r. w którym Izba orzekła, iż „W ocenie składu orzekającego, na gruncie art. 18 ust. 3 Pzp, istotne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można przy tym utożsamiać "wykazania" z "udowodnieniem", zwłaszcza w sytuacji, gdy Pzp zawiera regulacje o charakterze materialnoprawnym, które literalnie formułują obowiązek udowadniania określonych okoliczności. W art. 110 ust. 2 Pzp przewidziano udowodnienie zamawiającemu braku podstaw wykluczenia w warunkach tzw. samooczyszczenia. Wykonawca, w odniesieniu do którego zachodzą niektóre przesłanki wykluczenia, może się uchylić od tej konsekwencji podejmując czynności potwierdzające jego rzetelność. Podobne regulacje zawiera art. 224 ust. 2 Pzp wskazujący na konieczność żądania złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Analogicznych postanowień nie ma w art. 18 ust. 3 Pzp, który wymaga wykazania tajemnicy. (…) W kontekście zakresu inicjatywy dowodowej należy zwrócić uwagę, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega utajnieniu. Tak więc musi być sporządzone w sposób z jednej strony umożliwiający weryfikację zastrzeżenia, ale zarazem taki, aby nie ujawniało metod chroniących poufne dane. W rezultacie nie można oczekiwać, aby przedsiębiorca dokładnie scharakteryzował narządzenia wykorzystywane do zabezpieczenia danych, albowiem stwarzało by to ryzyko ich sforsowania. To zaś niweczyłoby wszystkie starania w celu ich ukrycia.” /wyrok KIO z 17.01.2022 r., KIO 3730/21/. Z kolei w wyroku z dnia 29 sierpnia 2018 r. Izba

przyjęła iż „Zgodnie z treścią przepisu art. 8 ust. 3 ZamPublU wykonawcy w celu skutecznego zastrzeżenia swojej tajemnicy przedsiębiorstwa nie muszą dowodzić, a jedynie wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.” /Wyrok KIO z 29.08.2018 r., KIO 1588/18 / Podsumowując tę część odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazuje, iż w jego ocenie możliwym i zasadnym było uznanie, iż Przystępujący po stronie Zamawiającego ad. 1 oraz Przystępujący po stronie Zamawiającego ad 2 skutecznie zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego po stronie Zamawiającego ad. 1 oraz Przystępującego po stronie Zamawiającego ad 2 miało charakter wyłącznie ogólnikowy Przystępujący po stronie Zamawiającego ad. 1 oraz Przystępujący po stronie Zamawiającego ad 2 w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie działań podjętych w celu zachowania informacji w poufności, zaznaczyli m. in., że: -osoby tworzące ofertę stanowią ściśle zamknięty krąg osób, które zobowiązane były zachować w poufności informacje objęte ofertą, - zabezpieczenie danych do ofert miało również charakter fizyczny poprzez ograniczenie dostępu do tych pomieszczeń Wykonawcy, 21

w których przechowywane były przedmiotowe informacje, - dostęp do danych zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa mają jedynie ściśle upoważnione osoby, którzy są zobowiązani do nieudostępniania tych informacji innym osobom. Skoro są to działania podejmowane w rzeczywistości przez Przystępujących, trudno oczekiwać by na potrzeby zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa „wymyślali” oni jakieś dodatkowe działania czy zabezpieczenia, tym bardziej mając na uwadze cytowany już wyżej wyrok o sygnaturze KIO 3730/21, w którym Izba zauważa, że „art. 11 ust. 2 UZNK referuje do należytej staranności. Ustawodawca nie wymaga żadnych konkretnych działań od podmiotu uprawnionego do rozporządzania tajemnicą, a jedynie ogólnej staranności w tym zakresie. Sensem tej regulacji jest wyeliminowanie zarzutów naruszenia tajemnicy w odniesieniu do informacji, której sam zainteresowany nie osłaniał. Aby domagać się ochrony uprawniony musi najpierw sam odpowiednio się zachować (w sposób świadczący o woli zabezpieczenia danych). Nie można tego zrównywać z obowiązkiem wdrożenia najnowszych i najlepszych rozwiązań mechanicznych, czy systemowych. O adekwatności użytych narzędzi decyduje przedsiębiorca, bacząc na wagę określonych informacji, ich podatność na działania konkurencji, własne możliwości i prawdopodobieństwo złamania (sforsowania) zabezpieczeń. Reasumując - nie można generalizować oczekiwań w zakresie czynności asekurujących aktywa przedsiębiorców.” Odnosząc się natomiast do podnoszonego przez Odwołującego twierdzenia, jakoby Przystępujący nie wykazali wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Zamawiający za wyrokiem KIO pragnie podkreślić, iż „trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy by w każdym przypadku wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej - czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenie kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości gospodarczej takich informacji.” /Wyrok KIO z 9.05.2022 r., KIO 1006/22/. Zarzut Odwołującego jest również niezrozumiały w świetle całokształtu okoliczności niniejszej sprawy, a szczególności faktów, że a) Odwołujący sam zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie w jakim uczynili to również Przystępujący po stronie Zamawiającego powołując się na okoliczności zbieżne z okolicznościami, na które powołali się

Przystępujący po stronie Zamawiającego; b) Odwołujący sam wskazał wyjaśniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, że zastrzeżone próbki stanowią ujawnienie zawartych rozwiązań i koncepcji oraz zawierają elementy wskazujące na indywidualny sposób i podejście do realizowanych przedsięwzięć przez spółkę, w odwołaniu wskazując przy tym, że [i]nni Wykonawcy nie mogliby bowiem użyć pozyskanych informacji w innych postępowaniach o udzielenie

zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający nie pozostawił wykonawcom dużej swobody w przygotowaniu przedmiotowych środków dowodowych. c) 22

Odwołujący sam podniósł w zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa, że o ile Zamawiający nad wyraz ściśle określił wymogi dla próbek to należy wskazać, że stworzenie każdej z nich nie opiera się wyłącznie o treść SWZ, ale przede wszystkim o know-how TDC Polska oraz autorskie projekty i koncepcje, m. in. w zakresie stworzenia elementów wystawy o wysokim stopniu realizmu i naturalizmu które to twierdzenia następnie, podniesione przez Przystępujących po stronie Zamawiającego, zakwestionował w treści Odwołania.

Zamawiający, w świetle wszystkiego powyższego stanął zatem przed dylematem, w szczególności po wniesieniu przez Odwołującego odwołania i zapoznając się z

argumentacją tam zawartą (niweczącą zdaje się zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Odwołującego) czy: 1) ujawnić tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkich wykonawców, którzy ją zastrzegli w sposób właściwie tożsamy; 2) chronić tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkich wykonawców, którzy ją zastrzeli w sposób właściwe tożsamy; i kierując się normą wynikającą z przepisu art. 18 ust. 3 PZP wskazującą w pierwszej kolejności, że Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, w tym konkretnym postępowaniu, w obliczu tych konkretnych wyjaśnień zdecydował się ją chronić. W orzecznictwie wskazuje się, bowiem że: Zainteresowany wykonawca już w momencie przekazania zamawiającemu informacji i dokumentów, których ochrony i utajnienia żąda, powinien złożyć stosowne zastrzeżenie. Z kolei ocena spełnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być każdorazowo dokonywana indywidualnie i uwzględniać wszystkie mające znaczenie okoliczności konkretnego przypadku /Wyrok KIO z 14.04.2023 r., KIO 841/23/. Zdaje się, że Wykonawcy, którzy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa, będący jednocześnie uczestnikami niniejszego postępowania odwoławczego, składając wyjaśnienia o właściwie zbieżnej treści wyznaczyli pewien standard zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, który powinien być każdorazowo badany przez Zamawiającego w ramach okoliczności danej, konkretnej sprawy. Kierując się tym, Zamawiający nie może spełnić żądania zawartego w odwołaniu w niniejszej sprawie, traktując Wykonawców z pominięciem zasady równego ich traktowania i ujawnić tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępujących po stronie Zamawiającego z pominięciem Odwołującego, skoro okoliczności, na które się powołują, wykazując jej zasadność jej zastrzeżenia, pozostają zbieżne. Na marginesie tylko wskazać przy tym należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie jest zobowiązany do udostępniania wszystkich załączników do protokołu w terminie 3 dni od dnia złożenia wniosku. Zgodnie bowiem z przepisem art. 74 ust. 2 pkt 1 PZP: Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo 23

unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, Co do zasady zatem załączniki do protokołu w zakresie innym niż oferty wraz z załącznikami udostępnia się dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie ergo Odwołujący nie może czynić Zamawiającemu zarzutu naruszenia przepisów ustawy w w/w zakresie. Końcowo już, odnosząc się do przywołanej sprawy KIO 1199/23 rzekomo „tożsamej" według Odwołującego z niniejszą, wskazać należy, że dotyczyła ono kompletnie odmiennego stanu faktycznego tj. przede wszystkim:
1) odwołanie w tamtej sprawie zostało wniesione na

czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie; 2) odwołanie dotyczyło również zaniechania dokonania odtajnienia składanych przez Wykonawców TRIAS AVI i Group AV kosztorysów ofertowych, a nie jak w niniejszej sprawie przede wszystkim – przedmiotowych środków dowodowych wykonanych przy zastosowaniu dostępnej konkretnemu Wykonawcy technologii i wizji artystycznej Wykonawcy – artysty. W związku ze wszystkim powyższym, wobec tego że odwołanie nie zawiera usprawiedliwionych podstaw winno zostać oddalone, o co Zamawiający wnosi jak w petitum.

W dniu 12.09.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Odwołujący wobec odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego złożył stanowisko pisemne. W zakresie pkt 1 uzasadnienia odpowiedzi Zamawiającego z dnia 5 września 2024 r. wskazuję, że twierdzenia Zamawiającego co do rzekomego, w ocenie Zamawiającego, utajnienia próbek są wzajemnie sprzeczne. Zamawiający powołuje się na poglądy doktryny, zgodnie z którymi Zamawiający miałby rzekomo nie być uprawniony do utajnienia informacji. Nie zauważa jednak, że przywołany fragment komentarza dotyczy braku uprawnienia Zamawiającego do utajnienia informacji w razie braku zastrzeżenia przez wykonawcę ich niejawnego charakteru lub braku wykazania tej okoliczności / A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 18/, nie zaś braku uprawnienia Zamawiającego do utajnienia informacji w ogóle. Zamawiający pomija dalszą część zacytowanego fragmentu, z którego wynika, że uprawnienie Zamawiającego do utajnienia informacji istnieje, a skorzystanie z niego wymaga zachowania reguł

wskazanych w art. 18 ust. 3 PZP. Tym samym chybione jest twierdzenie Zamawiającego, że nie utajnił jakichkolwiek załączników do ofert. Brak ujawnienia informacji stanowiących, w ocenie Zamawiającego, tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 PZP, pomimo wniosku Odwołującej, bezsprzecznie należy uznać za utajnienie. Natomiast w zakresie 24

punktu 2 uzasadnienia odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie Odwołująca wskazuje, co następuje. Zamawiający podnosi, że przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w pierwszej kolejności

zaprojektowanie materiałów, urządzeń czy elementów ekspozycyjnych, a następnie ich wykonanie według opisów znajdujących się w dokumentach zamówienia oraz w oparciu o artystyczną wizję oraz zdolności technologiczne Wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający akcentuje, że próbki mają być wykonane przy zastosowaniu zdolności technicznej i artystycznej intuicji Wykonawcy – artysty, a także podkreśla swobodną impresję Wykonawcy w przygotowaniu przedmiotowych środków dowodowych. Należy podnieść w tym miejscu, że fakt zakwalifikowania określonego wytworu jako utworu czy dzieła artystycznego, odznaczającego się wykonaniem wedle przyjętych wskazań nie może automatycznie oznaczać, że posiada on wartość gospodarczą. Odwołująca zwraca również uwagę, że z dokumentów załączonych do

protokołu postępowania, w tym w szczególności z SWZ, wyjaśnień treści SWZ, opisu cech i sposobu przygotowania próbek oraz projektu koncepcyjnego wystawy stałej, wynika, że Zamawiający w sposób nad wyraz precyzyjny określił wymagania w zakresie przedmiotowych środków dowodowych. W zakresie próbki animacji Zamawiający wskazał m. in. następujące wymogi: 1) próbka animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentująca proponowaną estetykę projekcji na stanowisku „57. Służebnicy panującego – projekcja środków transportu wodnego" (pkt 8.1.1. SWZ); 2) realistyczne odwzorowanie wody (odtworzenie ruchu tafli wody, koloru, głębi, dyferencji fal), realizm ruchu, realizm okresu historycznego (realizm łodzi jednopiennej – dłubanki, realizm strojów, realizm rekwizytów – replik narzędzi i przedmiotów wczesnośredniowiecznych) (pkt 19.2. lit. b SWZ); 3) ujęcie jednego środka transportu wodnego, zgodnie z założeniami stanowiska podanymi w

projekcie koncepcyjnym i opisie merytorycznym do poszczególnych stref tematycznych i stanowisk ekspozycyjnych; zastosowanie zaawansowanej symulacje płynów celem realistycznego odwzorowania wody; uwzględnienie ruchomych postaci z zachowaniem realizmów ruchu i realiów okresu historycznego – zgodnie z opisem sceny zawartym w opisie merytorycznym do poszczególnych stref tematycznych i stanowisk ekspozycyjnych (pkt 4.1. opisu cech i sposobu przygotowania próbek); 4) przedstawienie środków transportu wodnego oraz pracy rybaków; opis techniczny – działanie: wyświetlane monochromatyczne rysunki wykonane w stylu średniowiecznych manuskryptów zostają zabarwione poprzez zastosowanie kolorowej projekcji. Sylwetki zostają wprawione w ruch, a następnie rysunkowe sceny przybierają rzeczywiste kształty (postaci, przedmiotów, otoczenia); opis kontentu multimedialnego – animacja przedstawia pracę rybaków, oparta o ilustracje 2D oraz modele 3D przetworzone artystyczne np. poprzez tekstury w spójnej estetyce nawiązującej do epoki (projekt koncepcyjny wystawy stałej); 5) „Animacja stanowi tło dla prezentowanej na 25

podeście jednopiennej łodzi. To widok na jezioro Lednica, gdzie w oddali widać Ostrów Lednicki z zarysem drewniano-ziemnych wałów obronnych. Widać, że na wyspę prowadzą dwa drewniane mosty, po których poruszają się ludzie. Nad grodem w kilku miejscach widzimy unoszący się dym. Widzimy też wyspę Ledniczkę i wyspę Ptasią. W centrum sceny znajduje się około 6-metrowa dłubanka z dwoma rybakami, którzy przypłynęli na połów ryb. Zarzucają sieć i wyciągają ryby: szczupaki, liny, karasie, okonie. Sieć wyposażona jest w wykonane z kory pływaki. Rybacy, jeden w wieku około 20 lat, drugi w wieku około 40 lat ubrani są w proste, niebarwione, jasnoszare koszule z lnu z podwiniętymi rękawami i lniane spodnie, podwinięte do kolan. Nogi bose. Koszule przewiązane w pasie trójsplotowym sznurem z łyka. W dłubance znajduje się również kosz wykonany z wikliny na ryby oraz wiersza – pułapka na ryby. (można wyjść od przedstawienia sceny połowu ryb przez rybaków z łodzi z Tacuinium Sanitatis). Po zarzuceniu sieci i jej przeciągnięciu na pewnym odcinku rybacy wyciągają sieć, ryby z sieci wrzucają do kosza, a następnie do wiklinowej pułapki wrzucają przynętę oraz kamienie do jej obciążenia i wrzucają ją do jeziora. Wiersza na linie zakończona jest dużym pływakiem, który oznacza miejsce połowu i końca liny. Następnie, kiedy widać zachodzące za Ostrowem Lednickim słońce, rybacy odpływają w kierunku Ostrowa Lednickiego. Przestrzeń animacji wypełniają pływające po jeziorze kaczki, perkozy dwuczube i łyski. Nad jeziorem i rybakami latają kormorany i rybitwy rzeczne. Słychać plusk wody, kołyszące się na wietrze trzciny i śpiew trzciniaka zwyczajnego. W oddali w strefie brzegowej widać czaple" (załącznik nr 2 do SOPZ – opis merytoryczny do poszczególnych stref tematycznych i stanowisk ekspozycyjnych wraz z wytypowanymi zabytkami). Natomiast w zakresie próbki popiersia Zamawiający wskazał m. in. następujące wymogi:

1) próbka popiersia księcia Mieszka I zgodna z przedstawieniem księcia na rysunku Jana Matejki zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich". Przez popiersie Zamawiający rozumie rzeźbę przedstawiającą górną części postaci. Model ten w ujęciu do ramion powinien ukazywać realistycznie głowę księcia (hiperrealistyczne popiersie – manekin o naturalnych kolorach postaci z imitacją włosów, oczu i zębów) osadzoną na postumencie (pkt 8.1.2. SWZ);

2) naturalizm postaci z przedstawieniem detali skóry, karnacji, ewentualnych blizn, śladów przebytych chorób, włosów, opcjonalnie zarostu, wieku; wykorzystanie materiałów o wysokich walorach naturalizmu; technologia wykonania – trwałość, odporność na dotyk (pkt 19.2. lit. b SWZ);

3) hiperrealistyczne popiersie – manekin o naturalnych kolorach postaci z imitacją włosów, oczu i zębów, nie jednobarwnego portretu rzeźbiarskiego; wykonanie popiersia w skali 1:1; wykonanie głowy, „którą i tak będzie trzeba docelowo zainstalować na torsie", uwzględnienie

nakrycia głowy w próbce, które ma być „wykonane/opracowane" realistycznie (wyjaśnienia treści SWZ z dnia 16 maja 2024 r.);

4) przygotowanie próbki zgodnie z przedstawieniem księcia Mieszka I z rysunku Jana Matejki, zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich, wykonanym w technice heliograwiury, Wiedeń 1893, 41x31 cm, wydawca Maurycy Perles; trójwymiarowa rzeźba przedstawiającą górną część postaci. Model ten w ujęciu do ramion powinien ukazywać realistycznie głowę księcia (portret rzeźbiarski), który docelowo będzie ustawiony na stabilnym postumencie. Jak najbardziej oddany realizm ujęcia modelu jest bardzo ważnym elementem wystawy i ma wzmocnić jej przekaz; Zamawiający oczekuje pokazania trójwymiarowej głowy księcia Mieszka I wykonanej na

podstawie rysunku Jana Matejki zamieszczonego w cyklu „Poczet królów i książąt polskich” i w oparciu o zdolności technicznej i artystycznej intuicji Wykonawcy – artysty; Próbka, przy użyciu materiałów i środków artystycznych, powinna zaprezentować wysoki naturalizm postaci z przedstawieniem detali skóry, karnacji, ewentualnych blizn, śladów przebytych chorób, włosów, opcjonalnie zarostu, wieku; Do odtworzenia włosów, oczu, zębów Zamawiający wymaga wykorzystana materiałów o wysokich walorach naturalizmu; Zamawiający wymaga użycia technologii wykonania próbki, która musi zapewnić długotrwałą ekspozycję w warunkach wystawy stałej w obiekcie muzeum. Próbka powinna być wykonana z materiałów trwałych odpornych na dotyk, umożliwiających czyszczenie, odkurzanie itd. (pkt 4.2. opisu cech i sposobu przygotowania próbek);

5) Mieszko I z brodą, długimi włosami opadającymi na ramiona (zgodnie z przedstawieniem wizerunku księcia Mieszka I z rysunku Jana Matejki, zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich”, wykonanym w technice heliograwiury, Wiedeń 1893, 41x31 cm, wydawca Maurycy Perles); na głowie diadem w miejscu matejkowskiego kołpaka, choć może nawiązywać do niego wyglądem – otok matejkowskiego nakrycia głowy. Wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie próbek, zwłaszcza wymagania wskazane powyżej, wiążą się ze znacznym ograniczeniem swobody Wykonawcy co do przygotowania przedmiotowych środków dowodowych żądanych przez Zamawiającego. W szczególności należy podkreślić, że próbki mają spełniać bardzo precyzyjne wymogi wskazane w projekcie koncepcyjnym i opisie merytorycznym, a także mają zostać następnie użyte docelowo w finalnej wersji wystawy. Ponadto przyjęte przez Zamawiającego i wynikające z SWZ kryteria oceny ofert, wskazane w pkt 19.2. lit. b SWZ, powodują faktyczne narzucenie schematu przygotowania próbek i także nie dają Wykonawcom znaczącej swobody w zakresie ich przygotowania. Tym samym nie jest możliwe zastosowanie przez

Przystępujących daleko idącej wizji artystycznej, gdyż muszą oni sprostać precyzyjnym wymaganiom stawianym przez Zamawiającego. W związku z powyższym w ocenie 27

Odwołującej żaden z Przystępujących nie wykazał, że zastrzeżone przedmiotowe środki dowodowe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W konsekwencji Zamawiający w sposób bezpodstawny, niezgodny z zasadami

uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, utajnił oraz odmówił i zaniechał niezwłocznego udostępnienia Odwołującej załączników do protokołu postępowania w postaci kompletnych ofert wykonawców wraz z załącznikami, w szczególności próbek złożonych przez Trias AVI sp. z o. o. oraz Group AV sp. z o. o. Natomiast w wypadku utajnionej przez Zamawiającego tabeli elementów scalonych załączonych do oferty przez Trias AVI sp. z o. o. Odwołująca podkreśla, że Przystępujący również w tym zakresie nie sprostał wykazaniu, iż zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Stwierdzić należy, iż wykonawcy ubiegający się o

udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza, że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania /Wyrok KIO z 18.02.2022 r., KIO 253/22/. Z treści wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Trias AVI sp. z o. o. z dnia 30 lipca 2024 r. nie wynika w żaden sposób, jakie fakty przemawiają za tym, że zastrzegane informacje stanowią dla Wykonawcy wartość gospodarczą. W tym zakresie w treści wyjaśnień pojawia się jedynie subiektywne, niepoparte inną argumentacją twierdzenie Wykonawcy („ponadto ma dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą”). Tym samym w ocenie Odwołującej Przystępująca Trias AVI sp. z o. o. zdecydowanie nie sprostała wykazaniu, iż tabela elementów scalonych załączona do oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji Zamawiający błędnie utajnił i odmówił udostępnienia tabeli elementów scalonych Odwołującej. Należy również podkreślić, że przyjmowanie w innych orzeczeniach przez KIO, że określona „tabela elementów scalonych” posiada wartość gospodarczą, nie przesądza o tym, że w realiach niniejszej sprawy można automatycznie stwierdzić, że załącznik nr 2 do SWZ, dostarczony Zamawiającemu przez Trias AVI sp. z o. o., stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, fakt zakwalifikowania w innych stanach faktycznych tabeli elementów scalonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa w żaden sposób nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Sam fakt, że informacje dotyczą kalkulacji ceny ofertowej nie oznacza, że te informacje same w sobie mają wartość gospodarczą. Gdyby tak było to ceny usług nie byłyby przez wykonawców prezentowane w cennikach, czy podawane w kosztorysach ofertowych. Aby wykazać, że ceny mają wartość gospodarczą powinno się wykazać, że takie 28

ceny jak wynikające z umowy, oferty, zapytania ofertowego, nie są dostępne na rynku, a przeciwnie są efektem zdolności negocjacyjnych czy zbudowanej pozycji rynkowej /Wyrok KIO z 26.04.2023 r., KIO 1013/23/. W ocenie Odwołującej Trias AVI sp. z o. o. zdecydowanie nie zadośćuczynił obowiązkowi wykazania, a Zamawiający błędnie uznał, że Trias AVI sp. z o. o. wykazał należycie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Całkowicie nieprawidłowe jest stanowisko Zamawiającego, że sformułowanie „wykazał” nie można zrównywać ze sformułowaniem „udowodnił”. Na gruncie nowej ustawy PZP w najnowszym orzecznictwie KIO wprost wskazuje się, że: 1) sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podzieliła przy tym stanowisko wskazujące, że użyte w art. 18 ust. 3 Pzp przez ustawodawcę sformułowanie "wykazania", nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia" /Wyrok KIO z 4.08.2022 r., KIO 1823/22/; 2) ustawodawca w art. 18 ust. 3 p.z.p. nałożył na wykonawcę zastrzegającego określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa obowiązek wykazania, iż spełnione są przesłanki uzasadniające takie zastrzeżenia. Obowiązek "wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku "udowodnienia" w rozumieniu k.p.c. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla

potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 u.z.n.k. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa /Wyrok KIO z 6.02.2024 r., KIO 190/24/. Gdyby przyjąć twierdzenie Zamawiającego za prawidłowe, oznaczałoby to w praktyce możliwość dowolnego i nieskrępowanego ograniczania jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w drodze uwzględniania oświadczeń wykonawców, niepopartych szczegółową i rzetelną argumentacją w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie stanowisko należy uznać za rażące sprzeczne z zasadą jawności postępowania. Należy podkreślić, że stanowiska Przystępujących dot. działań podjętych w celu zachowania informacji w poufności, które wylicza Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie, są gołosłowne i nie zostały poparte innymi dowodami, m. in. załączonymi umowami czy też dokumentami zawierającymi klauzule poufności. Ponownie więc należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazali, że podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności. Odwołująca ponownie podkreśla, że Przystępujący nie sprostali wykazaniu, że zastrzeżone informacje posiadają obiektywną wartość gospodarczą.

Skrótowość argumentacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępujących w tym zakresie nie przemawia za przyjęciem takiego stanowiska. Podkreślić należy, że samo oświadczenie i deklaracja zastrzegającego w tym zakresie to zdecydowanie za mało, by uznać wymóg wykazania wartości gospodarczej lub charakteru informacji za spełniony. Wartość gospodarcza musi mieć charakter obiektywny, oderwany od subiektywnej oceny i stanowiska zastrzegającego. Oczywistym jest bowiem, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego, mają w jego ocenie wartość gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakakolwiek wartość dla innych podmiotów. Wykonawca powinien zatem wykazać, że takie informacje mogą być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne /Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 28.04.2023 r., XXIII Zs 24/23/. Końcowo należy

wskazać, że Zamawiający niezasadnie różnicuje stan faktyczny w niniejszej sprawie od stanu faktycznego, o którym mowa jest w wyroku KIO z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1199/23. Zarzuty stawiane w przywołanym orzeczeniu również dotyczyły

zaniechania odtajnienia i udostępnienia złożonych załączników do ofert, co zresztą przyznaje sam Zamawiający. Ponadto niniejsza sprawa również jest powiązana z utajnieniem przez Zamawiającego zestawienia kosztorysowego, tj. w niniejszym przypadku tabeli elementów scalonych. Zgodnie z postanowieniami SWZ tabela elementów scalonych

służy jako pomoc w określeniu ceny ofertowej (pkt 16.16. lit. i SWZ), a jej wzór bezpośrednio sugeruje, że zawiera ona elementy typowe dla kosztorysu ofertowego.

W dniu 16.09.2024 r. (e-mailem) Przystępujący GROUP AV Sp. z o. o. złożył pismo procesowe w ramach, którego wnosił o oddalenie odwołania. Powodem wniesienia Odwołania jest jego subiektywna ocena, iż zastrzeżone przez pozostałych wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, z czym nie można się zgodzić. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, natomiast z treści art. 18 ust. 3 Pzp wynika, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu 30

nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący Group AV sp. z o.o. skorzystał z możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tj. przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbki animacji oraz próbki popiersia składane. Przystępujący wraz z przekazaniem próbek dokonał skutecznego zastrzeżenia, w tym załączył uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (Pismo Group AV sp. z o.o. z dnia 12.08.2024 r. - Wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa). Odwołujący w istocie zarzuca, iż zastrzeżenie przez Przystępującego nie jest skuteczne, gdyż:

1) Próbki przygotowane dla potrzeb danego postępowania nie mogą być tajemnicą a ich ujawnienie nie wiąże się z naruszeniem pozycji konkurencyjnej wykonawcy,

2) Przystępujący nie wykazał, że zachował działania zw. z przedłożeniem próbek w poufności. Oba zarzuty nie znajdują uzasadnienia.

Zamawiający określił wymagania co do próbek w załączniku nr 3 do OPZ (Załącznik nr 3 do Opisu Przedmiotu Zamówienia - SWZ II). Jednocześnie pozostawił swobodę co do wykonania próbek tak, aby spełniały one wymagania Zamawiającego. Spełnienie tych wymagań przez każdego z wykonawców w rzeczywistości może nastąpić przy użyciu różnorodnych metod, materiałów oraz technik. Z tego powodu, że próbki mogą się różnic jakością wykonania podlegają one ocenie w kryterium oceny ofert.

W zakresie próbki animacji wykonawca powinien był uwzględnić założenia zawarte w projekcie koncepcyjnym oraz opisie merytorycznym, co spowodowało konieczność utworzenia specjalnie dobranego zespołu osób posiadających niezbędną wiedzę merytoryczną pozwalającą na uwzględnienie wszelkich wskazanych wymagań, do których zalicza się m.in. następujące wymagania: „(...) ruchome postaci z zachowaniem realizmu ruchu i realiów okresu historycznego (...)" „(...) powinna zostać zastosowana zaawansowana symulacja płynów celem realistycznego odwzorowania wody".

Przywołane opisy jednoznacznie pozwalają na stwierdzenie, iż specjalnie dobrany zespół osób musiał się zmierzyć z zadaniem o charakterze bez wątpienia „artystycznym", co wymagało po-pierwsze umiejętnego doboru technik, materiałów oraz technologii, a po drugie - umiejętnego wykorzystania tychże technik oraz technologii celem spełnienia wymagań Zamawiającego.

W zakresie próbki popiersia wykonawca tak samo, jak i w przypadku próbki animacji musiał dołożyć starań, żeby uczynić zadość wymaganiom stawianym przez Zamawiającego: popiersie miało przedstawiać trójwymiarową rzeźbę; model popiersia „powinien ukazywać realistycznie głowę księcia wraz z nakryciem głowy (hiperrealistyczne popiersie - manekin o naturalnych kolorach postaci z imitacją włosów, oczu i zębów(...)"; (...) zamawiający 31

oczekiwał pokazania trójwymiarowej głowy „(...) w oparciu o zdolności techniczne i artystycznej intuicji Wykonawcy - artysty"; „(...) przy użyciu materiałów i środków artystycznych, powinna za reprezentować wysoki naturalizm postaci z przedstawieniem detali skóry, karnacji, ewentualnych blizn, śladów przebytych chorób, włosów, opcjonalnie zarostu, wieku (...)"; „Do odtworzenia włosów, oczu, zębów Zamawiający wymaga wykorzystania materiałów o wysokich walorach naturalizmu."; (...)".

Powyżej przywołane opisy niezbicie potwierdzają artystyczny charakter próbki, którą każdy z wykonawców powinien był przygotować - próbka ta z istoty swojej stanowić ma produkt indywidualny, który wykazuje cechy szczególne. Każdy z wykonawców przystępujących do postępowania mógł użyć zupełnie innych technik, materiałów oraz technologii, żeby ostatecznie doszło do powstania próbki, która może uzyskać najwyższą ocenę w kryterium określonym w swz. Nie sposób więc uznać, że w opisanym przypadku próbki nie mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przedmiotem tajemnicy może być informacja posiadająca wartość gospodarczą. Próbka bez wątpienia wartość taką posiada. Uzyskanie dostępu do próbki, a w szczególności przekazanie kopii elektronicznej filmu, pozwala na profesjonaliście w danej dziedzinie uzyskać informacje o charakterze specjalistycznym. Mając takie informacje można powtórzyć proces, powielić pomysł, wykorzystać techniki lub metody które zastosował dany wykonawca. Tego typu informacje stanowią know - how firmy, a jego zastosowanie może wpływać na ocenę w tym postępowaniu, jak też w kolejnych procedurach lub opracowaniu produktu. Mając na względzie przedstawione powyżej opisy wymagań stawianych próbkom wydaje się oczywiste i bezsporne, iż każdy z wykonawców przygotuje chociaż i spełniającą wymagania Zamawiającego, ale nadal unikalną i niepowtarzalną próbkę. Samo już ujawnienie próbki osobie zajmującej się wykonywaniem podobnych produktów naraża wykonawcę ujawniającego na poznanie jego własnej metodologii, sposobu wykorzystania materiałów, technologii i technik w praktyce. Każda z próbek bowiem może sama w sobie stanowić przejaw innowacyjności, co oznacza, że nawet przy posiadaniu podobnego „instrumentarium" każdy z wykonawców może zastosować owe instrumentarium w sposób odmienny, w wyniku czego powstanie innowacyjny produkt końcowy w postaci próbek.

Drugą kwestią podnoszoną przez Odwołującego jest rzekomo niewłaściwe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego. Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę zgodnie z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Norma pozostawia przy tym swobodę wykonawcy co do sposobu wypełnienia obowiązku wykazania. Jest to o tyle logiczne, ze każdy wykonawca

może zastrzegać inną tajemnicę o różnej wartości gospodarczej oraz stosować indywidualne środki zabezpieczenia przed ujawnieniem takiej tajemnicy.

Przystępujący uczynił zadość wymaganiom ustawy Pzp - w wyjaśnieniach wskazał na to, że ujawnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na pozycję Wykonawcy na rynku. Przystępujący w wyjaśnieniach zwrócił uwagę na to, że próbki (próbka animacji, próbka popiersia) stanowią utwór w rozumieniu prawa autorskiego oraz zwrócił szczególna uwagę na zindywidualizowany i nowatorski charakter w stosunku do rozwiązań istniejących na rynku. Z uzasadnienia da się wyczytać ponadto, iż próbki w przypadku ich ewentualnego nieprzyjęcia do realizacji przez Zamawiającego będą mogły zostać wykorzystane przez Przystępującego w innych przetargach / projektach o podobnym charakterze, a wiedza o tych próbkach (w przypadku jej pozyskania przez konkurentów) zniweczyłaby możliwość konkurowania zastosowanymi technologiami z innymi wykonawcami. Z tego faktu wynika wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Przystępujący wskazał, iż próbki opracowane dla potrzeb niniejszego Postępowania stanowią informacje, wobec których Wykonawca podjął wszelkie niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności zgodnie z wewnętrznymi regulacjami spółki. Informacje utajnione Przystępujący przechowywał w swej siedzibie z zachowaniem szczególnych procedur bezpieczeństwa a dostęp do próbek ograniczył tylko do osób upoważnionych, biorących udział w opracowaniu oferty. Przystępujący poinformował pracowników dopuszczonych do informacji objętych tajemnicą o poufnym charakterze tych informacji oraz zobowiązał tych pracowników do zachowania poufności. Trudno uznać w świetle tych informacji, że podjęte środki są niewystarczające, jak podnosi to Przystępujący. Wskazał też, że w podniesionych zarzutach Odwołujący uznał, że Zamawiający dokonał czynności utajnienia, co w sposób oczywisty nie miało miejsca. Przystępujący prawidłowo zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z czym Zamawiający musiał odmówić dostępu do zastrzeżonych informacji innym wykonawcom - zachował się zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Nie doszło też w żaden sposób do naruszenia zasady równego traktowania - każdy wykonawca, który złożył ofertę w tym postępowaniu, zastrzegł przedmiotowe środki dowodowe jako tajemnicę i Zamawiający wolę wykonawców prawidłowo rozpoznał i nie ujawnił zastrzeżonych informacji każdego z wykonawców. Każdy z wykonawców złożył przy tym porównywalne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W podobnej sytuacji faktycznej wykonawcy zostali potraktowani w ten sam sposób.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz 33

Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ", SWZ III - WZORY FORMULARZY - Załącznik nr 2 /SWZ III Załącznik nr 2/, załącznika nr 3 do OPZ /Załącznik nr 3 do Opisu Przedmiotu Zamówienia - SWZ II - opis próbek/, wszystkich wyjaśnień SWZ udzielonych przez Zamawiającego, informacji z otarcia ofert z 13.08.2024 r., wniosku Odwołującego o udostępnienie ofert pozostałych

Wykonawców wraz załącznikami, obu Przystępujących z przedłożonymi przez nich przedmiotowymi środkami dowodowymi (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, załączników dołączonych do uzasadnienia zastrzeżenia Trias AVI Sp. z o.o. (Wzór umowy na świadczenie usług oraz Wzór umowy o zachowaniu poufności), jak i tabeli elementów scalonych Trias AVI Sp. z o.o. /tajemnica przedsiębiorstwa/.

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączoną do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

1) Korespondencje e-mailowa pomiędzy Odwołującą a Zamawiającym.

Dodatkowo, Izba wzięła pod uwagę załączony do odwołania przez Odwołującego wyrok KIO z 12.05.2023 r., sygn. akt: KIO 1199/23.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentacje wynikającą z odwołania, przystąpień, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Odwołującego oraz pism procesowych obu Przystępujących (pismo Trias AVI Sp. z o.o. złożone na posiedzeniu), jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

• art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 5 ust. 1, 3 i 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 18 ust. 1 i 3 Pzp poprzez bezpodstawne, niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, utajnienie i w konsekwencji odmowę i zaniechanie niezwłocznego udostępnienia Odwołującej załączników do protokołu postępowania w postaci kompletnych ofert wykonawców wraz z załącznikami, w szczególności: a. przedmiotowych środków dowodowych wymaganych do złożenia Zamawiającemu przez wykonawców wraz z ofertą w zakresie ofert Trias AVI Sp. z o. o. oraz Group AV Sp. z o. o., oraz b. tabeli elementów scalonych stanowiącej załącznik do oferty Trias AVI Sp. z o. o., – pomimo wniosków Odwołującej w tym zakresie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpień, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Odwołującego oraz pism procesowych obu Przystępujących (pismo Trias AVI Sp. z o.o. złożone na posiedzeniu). Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego. W ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączonego do oferty Trias AVI Sp. z o.o. wskazał: „(…) przedstawimy poniżej argumentację wykazującą zasadność zastrzeżenia części oferty Trias AVI Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, dalej "Wykonawca", zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Dz. U. z 2018, poz. 419, z późn. zm.], dalej jako „uznk", tj. wyłączenia jawności: • przedmiotowe środki dowodowe: próbka animacji, próbka popiersia; • tabela elementów scalonych oraz w przypadku najkorzystniej ocenionej oferty dokumenty składane na wezwanie: • wykaz dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie; • wykaz osób wraz z informacją na temat kwalifikacji i doświadczenia. Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych jest odpowiednikiem przepisu art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 20204r. Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji zachowuje on całą argumentację poprzedniego stanu prawnego. Zgodnie z powyższym art. 18 ust. 3 nowego prawa zamówień publicznych: Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Poniższe wyjaśnienia dotyczą każdego z dokumentów i informacji, co do których Wykonawca – realizując swe ustawowe uprawnienie wyrażone m.in. w art. 18 ust. 3 pzp - zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. W niniejszym piśmie (o ile nie wskazano inaczej) pojęcia „informacja" i „dokument" używane są zamiennie. Zawarte poniżej wyjaśnienia dotyczą zatem każdego z dokumentów i każdej informacji zawartych w zastrzeżonej części oferty Wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że informacje zastrzeżone w ofercie Wykonawcy, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji i jako takie podlegają ochronie. I. Definicje tajemnicy przedsiębiorstwa Ustawodawca, kreując w Prawie zamówień publicznych zasadę jawności (art. 18 ust. 1 Pzp), przewidział od niej wyjątek. Zgodnie z art. 18 ust. 3 pzp, Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa" jest definiowane nie tylko w uznk, ale także w umowie międzynarodowej, która weszła w życie 1 stycznia 1995r. i stanowi Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej tzw. Porozumieniu TRIPS. Z art. 39 tego aktu wynika, że Zamawiający musi zatem honorować regulacje wynikające z całego systemu prawnego Rzeczypospolitej i nie podejmować działań opartych na wyrywkowej interpretacji przepisów. Porozumienie stanowi, iż: „1. Dla zapewnienia skutecznej ochrony przed nieuczciwą konkurencją, jak postanowiono w Artykule lObis Konwencji paryskiej (1967), Członkowie będą chronić informacje nieujawnione zgodnie z ust. 2, a także dane przedstawione rządowi lub agencjom rządowym zgodnie z ust. 3. 2. (vide: Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 12 lutego 1996 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO) (Dz. U. z dnia 19 marca 1996r.). Osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi, tak długo, jak takie informacje: a. są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane łub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji; b. mają wartość handlową dlatego, że są poufne; c. poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla 36

utrzymania ich poufności." W myśl art. 11 ust. 2 uznk 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: a. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, b. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zgodnie z opinią UZP: „określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: - ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, - nie została ujawniona do wiadomości publicznej, - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Biorąc pod uwagę orzecznictwo 37

sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55)." Warto wskazać, że tajemnica przedsiębiorstwa podlega ochronie nie tylko w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również na etapie realizacji umowy. a. W szczególności wskazać należy art. 5 ust 2 ustawy o dostępie do informacji publicznejz dnia 6 września 2001 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1198), który stanowi, iż: „Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa." b. Jak również, art. 35 ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz.U. Nr 157, poz. 1240): „Klauzule umowne dotyczące wyłączenia jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa w umowach zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych lub inne podmioty, o ile wynikające z umowy

zobowiązanie jest realizowane lub przeznaczone do realizacji ze środków publicznych, uważa się za niezastrzeżone, z wyłączeniem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, w rozumieniu przepisów o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy, lub w przypadku gdy jednostka sektora finansów publicznych wykaże, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że wymaga tego istotny interes publiczny lub ważny interes państwa." Przedstawione w zastrzeżonej części oferty informacje i dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w związku z czym, podlegają ochronie. Każdy z dokumentów i informacji zawartych w zastrzeżonej części oferty ma dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. II. Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. a. Zasadność zastrzeżenia koncepcji sposobu realizacji zamówienia – próbek: próbka animacji oraz próbka popiersia] oraz załącznika nr 2 – 25.06.2024 r.- Tabela elementów scalonych Koncepcja sposobu realizacji zamówienia tj. przygotowane próbki sporządzone zgodnie z wymaganiami określonymi w załącznik nr 3 do Opisu Przedmiotu

Zamówienia – SWZ II - Opis cech i sposobu przygotowania próbek oraz pozostała dokumentacją przetargową przedmiotowego postępowania zostały przez Wykonawcę przygotowane wyłącznie na potrzeby prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Nie były on wcześniej wykorzystywane ani tym bardziej ujawniane do wiadomości publicznej i stanowi przejaw autorskiej twórczości Wykonawcy. Tabela elementów scalonych 38

przygotowana na podstawie załącznika nr 2 z dnia 25.06.2024 r. sporządzona zgodnie z dokumentacją przetargową przedmiotowego postępowania oraz przygotowana wyłącznie na potrzeby prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Stanowczego podkreślenia wymaga, iż wszystkie powyższe informacje zawierają istotne dane o charakterze technologicznym (informacje dotyczące zastosowanych technologii), których poufność ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności, a ponadto ma dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Informacje te obejmują bowiem opis sposobu, w jaki Wykonawca proponuje Zamawiającemu realizację przedmiotowego zamówienia, spełniając przy tym jednocześnie warunki zawarte w SIWZ. Jest to stworzona jednostkowo,

indywidulana koncepcja realizacji zamówienia, która zawiera informacje posiadające znaczącą wartość gospodarczą. Analiza wymagań Zamawiającego, której wyrazem są przedmiotowe środki dowodowe (próbka animacji oraz próbka popiersia) ma znaczenie i wartość gospodarczą dla Wykonawcy i jest chroniona przez Wykonawcę jako stanowiąca tzw. know-how przedsiębiorcy, gdyż jest wynikiem wnikliwej i kosztownej (w

znaczeniu poniesionych kosztów pracy pracowników Wykonawcy) analizy zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dokonanej przez Wykonawcę w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym informacje te posiadają wartość gospodarczą. Wartość tych informacji, wskazujących między innymi na rozwiązania techniczne oraz pochodzenie oferowanych rozwiązań, ma niebagatelne znaczenie dla określenia pozycji konkurencyjnej Wykonawcy i powoduje, że stanowią one jego tajemnicę przedsiębiorstwa i nie są podawane do wiadomości publicznej. Spełniona jest zatem przesłanka, iż informacja ta „ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub posiada wartość gospodarczą". Nawet jeżeli wymagania Zamawiającego mogą zostać spełnione przez standardowe rozwiązania stanowiące zamknięty katalog możliwości, to dobór poszczególnych elementów rozwiązania ma charakter twórczy i unikalny, podlegający ochronie nawet, mimo iż niektóre informacje dotyczące poszczególnych elementów mają charakter ogólnodostępny. Opracowany przez Wykonawcę zestaw elementów rozwiązania i ich konfiguracja – stanowiące efekt posiadanego przez Wykonawcę knowhow i umożliwiają mu złożenie oferty zgodnej ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego oraz konkurencyjnej cenowo. W orzecznictwie KIO nie jest kwestionowany pogląd, że rozwiązania stanowiące know – how wykonawcy, w szczególności dobrane indywidualnie na potrzeby konkretnego postępowania i charakteryzujące daną ofertę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być ujawniane pozostałym wykonawcom. Za reprezentatywne w powyższym zakresie należy uznać następujące wyroki KIO: wyrok z dnia 4 czerwca 2012 r. sygn. akt 1016/12 „Także zdaniem Izby tylko indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące know- how wykonawcy mogą być przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiących tajemnice 39

przedsiębiorstwa. Tym samym tylko te elementy opisu części B, które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i

mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom." Wyrok z dnia 17 maja 2011 r. sygn. akt: KIO 988/11 czy w wyroku KIO 289/16 z dnia 16 marca 2016 r. 2. W przypadku przedmiotu zamówienia, który jest wynikiem połączenia, w sposób przemyślany, indywidualnie, kilku elementów, można przyjąć, że zastrzeżone elementy techniczne oraz licencje połączone w takiej, a nie innej konfiguracji stanowią szczególne "know-how", a co za tym idzie może być to uznane, jako tajemnica przedsiębiorstwa. To dotyczy z pewnością wdrażania unikatowych e-usług, rozbudowy systemów informatycznych i bazy sprzętowo maszynowej, czy realizacji unikatowej koncepcji wykonawcy. Zakres sprzętowy, systemy informatyczne, licencje oraz zasoby kadrowe i podmioty współpracujące - podwykonawcy można

traktować, jako specyficzny know- how, unikalny pomysł na realizację zamówienia (oczywiście zgodnie z wymaganiami zamawiającego), co uprawnia do zastrzeżenia kwestionowanych w odwołaniu informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślenia wymaga fakt, iż nawet jeśli poszczególne informacje są same w sobie informacjami ogólnodostępnymi, w powyżej wskazanych okolicznościach nie mogą zostać ujawnione. Ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa podlega bowiem sam fakt stosowania przez Wykonawcę określonych rozwiązań technicznych i technologicznych oraz model, producent i pochodzenie oferowanych urządzeń. Każdy z zastrzeżonych w ofercie dokumentów towarzyszących w jakimś zakresie ujawnia ww. informacje, co najmniej w sposób

umożliwiający identyfikację producenta oferowanego rozwiązania. Informacje te jako całość mają z kolei dla Wykonawcy

wartość gospodarczą, nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a Wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania ich poufności. Tym samym wyczerpują wszystkie przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnione w ofercie informacje nigdy nie były i nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi; są one tajemnicą dla podmiotów trzecich i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Ujawnienie nawet fragmentu zastrzeżonych informacji może stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie podkreślamy, iż Wykonawca podjął w stosunku do w/w informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez m.in. zawieranie odpowiednich postanowień w Regulaminie, umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami. W związku z tym, pracownicy oraz podmioty współpracujące z Wykonawcą także są zobowiązani do zachowania w poufności 40

uzyskanych informacji. Zgodnie z polityką bezpieczeństwa Wykonawcy, nie są ujawniane m.in. materiały obejmujące własność intelektualną zarówno w odniesieniu do sfery konfiguracji urządzeń jak i do sfery twórczej i kreatywnej. Wyjątki od tej zasady wynikają z jednostkowych decyzji Wykonawcy albo z działań osób trzecich (np. kontrahentów). Obowiązek zachowania poufności znajduje również swoje źródło w zobowiązaniach do zachowania poufności, jakie zostały zawarte w umowach z kontrahentami. W załączeniu zatem wraz z wykazem osób przedkładam wyciąg z tych umów, które również zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. (…)". Z kolei, w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączonego do oferty GROUP AV Sp. z o. o. podniósł, że: „(…) Niniejszym oświadczam, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą i dostarczone osobiście do siedziby Zamawiającego w postaci: a) Próbki animacji, prezentującą proponowaną

estetykę projekcji na stanowisku: „57. Służebnicy panującego – projekcja środków transportu wodnego" b) Próbki popiersia księcia Mieszka I- zgodną z przedstawieniem księcia na rysunku Jana Matejki zamieszczonym w cyklu „Poczet królów i książąt polskich" Wykonawca oświadcza, że informacje zawarte w przedstawionym wykazie nie są

jawne i zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), dalej „uznk." W konsekwencji Wykonawca Group AV sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie

zastrzega, że informacje zawarte w ww. dokumentach nie mogą być udostępniane innym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie, jak i żadnym podmiotom trzecim. W świetle art. 18 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Oznacza to, że zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinno znajdować oparcie w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w której przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające 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. Aby zatem określona informacja uzyskała status tajemnicy przedsiębiorstwa musi spełniać łącznie trzy warunki: 1. ma 41

charakter techniczny, technologiczny, lub organizacyjny przedsiębiorstwa, 2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także Wszystkie powyższe przesłanki są spełnione odnośnie zastrzeżonych przez wykonawcę elementów: Składane wraz z ofertą próbka animacji i próbka popiersia księcia Mieszka I stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stanowi one know-how wypracowane przez Wykonawcę, który indywidualnie został przygotowany dla celów niniejszego postępowania i jest wynikiem doświadczenia i pracy twórczej Wykonawcy. Próbki stanowią dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą (zapewniającą przewagę konkurencyjną), która nigdy była nieujawniana do wiadomości publicznej. Opracowywane próbek na potrzeby postępowań przetargowych są informacjami technicznymi i technologicznymi, wobec których Wykonawca

podjął wszelkie niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (zgodnie z wewnętrznymi regulacjami spółki). Ujawnienie tych informacji mogłoby wywrzeć negatywny wpływa na pozycję Wykonawcy na rynku. Całość części utajnionej była przechowywana w siedzibie Wykonawcy z zachowaniem szczególnych procedur bezpieczeństwa. Dostęp do materiałów miały tylko upoważnieni pracownicy Wykonawcy, biorący udział w opracowywaniu oferty do niniejszego postępowania. Pracownicy dopuszczeni do ww. informacji (związanych z przygotowaniem oferty w przedmiotowym postępowaniu) zostali poinformowani o ich poufnym charakterze i zobowiązani zostali do zachowania ww. informacji w poufności. Przedstawione próbki animacji, popiersia są utworem w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych stanowiąc przy tym know – how Wykonawcy w skład którego wchodzą prawa własności intelektualnej. Już z definicji utworu wynika jego zindywidualizowany i nowatorski charakter w stosunku do rozwiązań istniejących na rynku. Sposób wykonania próbki objęty jest ochroną praw autorskich, co nie wymaga dowodu jako fakt wynikający wprost z prawa, a nie czynności prawnej, a jednocześnie nie mogą być ujawnione na co wskazujemy we wspomnianych wyjaśnieniach. Ich ewentualne nieprzyjęcie do realizacji przez Zamawiającego pozwoli wykonawcy wykorzystać je w innych przetargach lub projektach biznesowych o podobnym charakterze, a wiedza o nich uzyskana obecnie przez konkurentów wykonawcy zniweczyłaby możliwość konkurowania tymi technologiami z innymi wykonawcami. Jednocześnie niemożność ich skutecznego wykorzystania w walce konkurencyjnej powodowałaby konieczność opracowania nowych, odmiennych wersji narażając wykonawcę na zbędne koszty. Wartość próbki jest

więc oczywista i niewątpliwa. Możliwość objęcia ww. informacji tajemnicą przedsiębiorstwa została także potwierdzona w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym rozwiązania, które nie są standardowe i stanowią know-how wykonawcy mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (sygn.. akt: KIO 1186/13). Podobne stanowisko zaprezentowała KIO w wyroku z 28 lipca 42

2008 r. (KIO/UZP 720/08): „Jeżeli przedmiot zamówienia ma charakter nowatorski, to oferta w części opisującej sposób realizacji zamówienia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy oferent dochowa aktów staranności i zastrzeże tajność tej części oferty" Poniżej prezentujemy przykład orzecznictwa potwierdzającego, iż informacje m.in. dotyczące doświadczenia przedsiębiorstwa mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym uprawnione jest żądanie zachowania ich poufności i nieujawniania osobom trzecim: Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego („SN") z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00) przyjmuje się, że „informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość" „nieujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by została ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. […] Jednocześnie „tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym

toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony." Wymaga podkreślenia, że również Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę w wyroku z dnia 24 czerwca 1986 r. sygn. 58/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji (Rec. str I-1911, pkt. 37). Nie ujawnienie zatem informacji stanowiącej tajemnice przedsiębiorstwa, która została przez przedsiębiorcę zastrzeżona w ofercie, nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a wręcz

przeciwnie – stanowi wyraz ochrony uprawnionych interesów podmiotów gospodarczych działających na rynku w postępowaniu przetargowym. W świetle powyższych wyjaśnień prosimy o ochronę informacji zastrzeżonych przez nas jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż ujawnienie ich mogłoby przynieść szkodę naszej firmie. (…)".

Nadto, Trias AVI Sp. z o.o. w swoim piśmie procesowym stwierdził: „(…) 1.

Odwołujący zarzuca w odwołaniu, że: Wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie próbek, zwłaszcza wymagania wskazane powyżej, wiążą się ze znacznym ograniczeniem swobody Wykonawcy co do przygotowania przedmiotowych środków dowodowych żądanych przez Zamawiającego. W szczególności należy podkreślić, że próbki 43

mają spełniać bardzo precyzyjne wymogi wskazane w projekcie koncepcyjnym i opisie merytorycznym, a także mają zostać następnie użyte docelowo w finalnej wersji wystawy.

Niewłaściwa i wybiórcza interpretacją Odwołującego jest, że wymagania określone przez Zamawiającego wiążą się ze znacznym ograniczeniem swobody Wykonawcy do przygotowania przedmiotowych środków dowodowych żądanych przez Zamawiającego. Wydaje się, że Odwołujący myli pojęcia albo co gorsza nie rozumie istoty próbek i sensu ich składania. Zamawiający oczekiwał konkretnych próbek, pozostawiając Wykonawcy dobór materiałów i wizie artystyczna. W którym miejscu zatem dochodzi do ograniczenia swobody oferentów?

Zamawiający określa postać próbek, rozumiany jako sposób ich wykonania faktycznie w sposób otwarty, co nie oznacza, że każdy z oferentów miał przygotować inną próbkę. Zamawiający wskazał, że oczekuje próbki animacji oraz popiersia, który pozwalają na ocenę estetyki. Dla przykładu w próbce animacji, opisanej w załączniku z dokumentacji przetargowej SWZII OPZ-zal_3_opis_probek.pdf:

> 4.1. Próbka animacji o metrażu 10-15 sekund, prezentująca proponowaną estetykę projekcji na stanowisku: „57. Służebnicy panującego - projekcja środków transportu wodnego".

Zamawiający oczekuje tym samym od Wykonawcy zaproponowania projekcji w estetyce, która jest wartością artystyczna sama w sobie. Wykonawca zatrudniając artystów do pracy nad próbką nie chce, aby jego praca została upubliczniona dla nikogo innego niż Zamawiającego, gdyż walory artystyczne takie jak stylistyka animacji, kolorystyka, perspektywa, treść scenariusza, jakość modeli użytych w animacji, ogólna „wizja artystyczna", która jest opracowywana przez artystów mogą być niepożądaną inspiracją dla osób trzecich. Przy czym walory estetyczne zostały błędnie uznane za narzucone przez Zamawiającego - gdyż do realizacji próbki należało wybrać konkretne sceny z przedstawionego przez Odwołującego opisu próbki. W interesie Odwołującego, jako podmiotu, który specjalizuje się w usługach m.in. artystycznych, projektowych również jest, aby jego know-how artystyczne (oraz technologiczne, które pozwala na osiągniecie zamierzonych efektów artystycznych) pozostało utajnione dla osób trzecich, w szczególności dla podmiotów konkurencyjnych, które biorą udział w niniejszym postępowaniu. Odtajnienie próbek może zdecydowanie stanowić niepożądaną inspirację oraz ujawnienie know-how artystycznego i technologicznego dostępnego każdemu wykonawcy indywidualnie.

> 1. Powyższe rozumowanie znajduje potwierdzenie w opisie Zamawiającego próbki popiersia księcia Mieszka I. Zamawiający w dokumencie zawierającym wymagania dot. próbek (SWZ II OPZ- zal_3_opis_probek.pdf) opisuje:

[...] Zamawiający oczekuje pokazania trójwymiarowej głowy księcia Mieszka I wykonanej na podstawie rysunku Jana Matejki zamieszczonego w cyklu „Poczet królów i książąt polskich" i w oparciu o zdolności technicznej i artystycznej intuicji Wykonawcy - artysty.

2. Zamawiający wprost potwierdza, że zostawia decyzje o sposobie wykonania próbek (które jest know-how Wykonawcy (Przystępującego 2)) otwarta w SWZ przez zapis:

[...] d) Próbka, przy użyciu materiałów i środków artystycznych, powinna zaprezentować wysoki naturalizm postaci z przedstawieniem detali skóry, karnacji, ewentualnych blizn, śladów przebytych chorób, włosów, opcjonalnie zarostu, wieku.

To Wykonawca poprzez swoje doświadczenie oraz wiedze podejmuje decyzję, w jaki sposób technologiczny, artystyczny i za pomocą jakich materiałów osiągnie w jego ocenie najwyższy poziom.

Zamawiający celowo zostawia dowolność w tych fundamentalnych dla oceny próbki kwestiach, aby wyłonić wykonawcę, który zaoferuje najlepszą możliwą jakość. Gdyby próbki były jedynie „rzemieślnicze", jak stara się to przedstawić Odwołujący, czyli nie nosiły wartości artystycznych czy technologicznych, tylko miały na celu sprawdzenie „sprawności" Wykonawcy w wykonaniu próbki, gdzie nie ma miejsca na inwencję Wykonawcy, należy zadać pytanie, jaki sens ma wymóg takiej próbki? Zamawiający zdaje sobie sprawę z istoty tego pytania przedstawiając kryteria oceny odnoszące się do intuicji Wykonawców a zatem ich wiedzy i przede wszystkim know-how. Na potwierdzenie niniejszej tezy, Zamawiający słusznie w kryterium oceny, przykładowo kryterium oceny popiersia nr 2 ocenia dobór materiałów o wysokich walorach naturalizmu. Trudno o lepszy dowód dla

potwierdzenia know-how wykonawcy:

Wykorzystanie materiałów o wysokich walorach naturalizmu (0-6 pkt) Punktacja:

0 pkt - próbka nie została wykonana z materiałów o wysokich walorach naturalizmu,

6 pkt - próbka została wykonana z materiałów o wysokich walorach naturalizmu.

Próbka popiersia, jak i próbka animacji są to twory niestandardowe, stworzone specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania, a zatem indywidualnie produkowane i pochłaniające znaczne środki finansowe. W ocenie Przystępującego 2 posiada on najlepszą wiedzę, która wynika z wieloletniego doświadczenia oraz poświęconego czasu na badania, która pozwoli mu na osiągnięcie najlepszych rezultatów. Nie ma powodu, aby Przystępujący 2 powinien dzielić się wymienionymi wiedzą oraz doświadczeniem z osobami trzecimi, zwłaszcza z podmiotami konkurencji.

Zamawiający zdaje sobie sprawę z istoty tego faktu chcąc wybrać na realizację Zamówienia właśnie Wykonawcę, który zaproponuje nie tylko najniższa cenę, ale także poprzez złożone próbki dowiedzie, że dysponuje najlepsza wiedza i doświadczeniem 45

gwarantującym wykonanie przedmiotu zamówienia. Dostarczone próbki potwierdzają, że zostały wykonane w technologii i artystycznej wizji, spełniającej oczekiwania Zamawiającego, co nie było możliwe do osiągnięcia przez innych wykonawców. W konsekwencji, technika i dobór materiałów oraz wizja artystyczna, jest indywidualna sprawa każdego Wykonawcy i bez wątpienia stanowi jego know-how, podlegające ochronie. Ochrona zaś winna być realizowana poprzez tajemnice przedsiębiorstwa. (...)".

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów odwołania, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające częściowemu uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. jej ocena powinna być dokonywana na podstawie podanych przez Wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji (tak też w wyroku KIO z 01.06.2020 r., sygn. akt: KIO 477/20: „(…) zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże"). Podobnie w wyroku KIO z 13.03. 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, czy też w wyroku KIO z 17.12.2019 r., sygn. akt: KIO 2440/19.

W następnej kolejności wymaga podkreślania, że argumentacja powinna być poparta dowodami, gdyż wykazanie się wynikające z art. 18 ust. 3 Pzp z tym się niewątpliwie wiąże. Przy czym pojęcie „wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowodzenia każdej z przesłanek art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie wszystkie okoliczności można poprzeć stosownymi dowodami i w takich wypadkach zasadniczo wystarczające jest złożenie przez danego wykonawcę oświadczenia. W odniesieniu jednak do niektórych twierdzeń wykonawca może z łatwością takie dowody przedstawić, jeśli powołuje się na okoliczności, których wykazanie jest za ich pomocą możliwe. (za wyrokiem z 26.04.2021r., sygn. akt: KIO 902/21).

Niewątpliwie wykazanie trzeciej przesłanki działań zmierzających do zachowania poufności danej informacji jako

tajemnicy przedsiębiorstwa jest możliwe i zasadne dowodami i w tym wypadku Wykonawca powinien złożyć konkretne dowody w postaci klauzul poufności stosowanych w umowach o pracę, czy też regulaminów wewnętrznych (podobnie w wyroku KIO z 16.09.2024 r., sygn. akt: KIO 3016/24: „(…) Odnośnie trzeciej przesłanki, podjęcia działań zmierzających do zachowania poufności danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Formy takich działań mogą być różne. Ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku. Wykazanie tej przesłanki jest możliwe dowodami i w tym wypadku Wykonawca powinien złożyć konkretne dowody w postaci klauzul poufności stosowanych w umowach o pracę, czy też regulaminów obiegu dokumentów.”, czy też w wyroku KIO z 04.02.2016 r., sygn. akt: KIO 84/14: „(…)"Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać (...) np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności"). Podobnie w wyroku KIO z 17.12.2019 r., sygn. akt: KIO 2440/19.

Kwestia ta jest istotna, gdyż inna jest pod tym względem sytuacja Trias AVI Sp. z o.o. oraz GROUP AV Sp. z o. o., co zaważyło na ocenie w przedmiotowej sprawie. Ten pierwszy przedłożył bowiem Wzór umowy na świadczenie usług, gdzie w § 8 określono zasady poufności, jak i Wzór umowy o zachowaniu poufności, wykazał więc dowodami działania jakie podejmuje zmierzające do zachowania poufności. GROUP AV Sp. z o. o. ograniczył się jedynie do ogólnego oświadczenia i powołania ogólnie wewnętrznych regulacji spółki oraz opisu kroków jakie podejmuje w tym zakresie. W konsekwencji, Izba uznała, że jeśli Trias AVI Sp. z o.o. wykazał wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to GROUP AV Sp. z o. o. tego nie zrobił, tj. w zakresie trzeciej przesłanki.

Izba generalnie nie ma wątpliwości, że przedmiotowe środki dowodowe obu Przystępujących stanowią informację techniczną, technologiczną oraz mają wartość gospodarczą, gdyż stanowią know-how Wykonawców, element ich artystycznego wyczucia i talentu. Nadto, mają wartość gospodarczą, chociażby z racji tego, że będą stanowić podstawę pozacenowych kryteriów oceny ofert. Izba zgadza się też z Zamawiającym i Przystępującymi, iż mimo pewnych wytycznych określonych w SWZ (załącznik nr 3 do OPZ /Załącznik nr 3 do Opisu Przedmiotu Zamówienia - SWZ II - opis próbek/) pozostawiono Wykonawcom miejsce na zdolności techniczne i artystyczną intuicje Wykonawcy – artysty.

Obaj Wykonawcy przedstawili stosowną argumentację w tym zakresie w swoich uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dołączonych do ofert, przywołaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Jednakże, jak Izba wskazywała powyżej GROUP AV Sp. z o. o. nie wykazał trzeciej przesłanki, która w ocenie Izby należało udowodnić (gdyż wykazanie to udowodnienie, tak stanowi w przewarzającej części orzecznictwo np. wyrok KIO o sygn. akt: KIO 3016/24 i zacytowane tam orzecznictwo), chociażby tak jak uczynił to Trias AVI Sp. z o.o. Izba, zaś nie może oceniać zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w oparciu tylko o sam charakter zastrzeżonych informacji.

Odnośnie tabeli elementów scalonych (SWZ III - WZORY FORMULARZY - Załącznik nr 2 /SWZ III Załącznik nr 2/) zastrzeżonych przez Trias AVI Sp. z o.o., w ocenie Izby sytuacja jest inna niż w przywołanym w odwołaniu przez Odwołującego wyroku (z 12.05.2023 r., sygn. akt: KIO 1199/23). Nie jest to prosty kosztorys ofertowy, lecz tabela elementów scalonych złożona przy wynagrodzeniu ryczałtowym (okoliczność bezsporna). Po drugie, stanowi on wycenę także tych elementów które nie opisał Zamawiający w swoim wzorze z racji wynagrodzenia ryczałtowego. Nadto, Izba zgadza się z Zamawiającym, że sytuacja w tym stanie faktycznym jest specyficzna, gdyż wycena jest oparta o know-how Wykonawcy, doświadczenie i wizję, co do przedmiotu zamówienia (który wymaga zaprojektowania i wykonania na potrzeby konkretnego zadania, materiały zostaną dopiero wytworzone, nie są gotowe, choć zgodnie ze specjalnymi potrzebami Zamawiającego). Z uwagi na te okoliczności, Izba uznała, że argumentacje na rzecz tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawioną w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Trias AVI Sp. z o.o. należało przyjąć i uznać za wystarczającą.

Odnośnie zarzutów naruszenia art. 74 ust.1 i 2 Pzp i przepisów § 5 ust. 1, 3 i 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to zarzut jest czyściwo zasadny. Zgodnie z art. 74 ust. 2 Pzp udostępnienie załączników do protokołu ma miejsce po wyborze oferty najkorzystniejsze, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Jednakże, Ustawodawca w ust. 2 komentowanego przepisu ustanowił wyjątek od generalnej zasady, zgodnie z którą załączniki do protokołu zamawiający udostępnia dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania. Wyjątek ten dotyczy udostępniania ofert wraz z załącznikami i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami (art. 74 ust. 2 pkt 1 Pzp). Jednak tylko w zakresie udostępniania ofert wraz z załącznikami ustawodawca określił, że udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później niż w terminie 3 dni

od dnia otwarcia ofert. Powyższy termin nie dotyczy natomiast wniosków wraz z załącznikami. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny: „(…) 3. Moment udostępnienia

załączników do protokołu. Przepis art. 74 ust. 2 PZP wyznacza jednocześnie moment, od którego udostępnieniu podlegają poszczególne załączniki do protokołu. Załączniki do protokołu stanowią: oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji UE, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego. Co do zasady załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak

niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zd. 2 PZP; .

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od

dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków.

4. Wyjątki. Ustawodawca ust. 2 komentowanego przepisu ustanowił wyjątek od generalnej zasady, zgodnie z którą załączniki do protokołu zamawiający udostępnia dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania. Wyjątek ten dotyczy udostępniania ofert wraz z załącznikami i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami. Jednak tylko w zakresie udostępniania ofert wraz z załącznikami ustawodawca określił, że udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie, nie później niż w terminie 3 dni. Powyższy termin nie dotyczy natomiast wniosków wraz z załącznikami. Kolejny wyjątek dotyczy udostępniania ofert wstępnych, oraz ofert składanych w trakcie negocjacji Zgodnie z art. 166 ust. 3 PZP oferty te zamawiający udostępnia dopiero od dnia otwarcia ofert ostatecznych. Od dnia otwarcia ofert ostatecznych udostępnieniu będą podlegały również oferty, które podlegają negocjacjom w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3 PZP. (…)" (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 221). W konsekwencji częściowo uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 18 ust.1 i 3 Pzp, częściowemu uwzględnieniu podlega także ten zarzut, a Izba nakazał udostępnienie załączników do oferty GROUP AV Sp. z o. o. (przedmiotowych środków dowodowych) zgodnie z treścią sentencji. W konsekwencji także, tj. wynikowo częściowemu uwzględnienia podlegał także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Względem faktury pro forma złożonej przez Odwołującego na posiedzeniu, Izba uznała niniejsze koszty. Wskazując, że art. 574 Pzp stanowi o uzasadnionych, a nie o poniesionych kosztach stron.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba częściowo uwzględniła odwołanie w zakresie wskazanym powyżej na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Odwołanie okazało się zasadne częściowo w zakresie zarzutów odwołania, ale podlegało także częściowemu oddaleniu w zakresie tych samych zarzutów. Inaczej mówiąc w niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/2 i chybione w stosunku 1/2. Kosztami postępowania w części 1/2 obciążono zatem Odwołującego, a w części 1/2 – Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000, 00 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3.600, 00 zł), koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (3.600, 00 zł), koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu dojazdu na rozprawę (651, 30 zł) oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu opłaty od pełnomocnictw (34, 00 zł), co daje łącznie kwotę 22 885, 30 zł

Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 4 285,30 zł (3.600,00 +651,30+34,00), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 11.442,65 zł (22 885, 30 zł ÷ 2 = 11.442,65).

Odwołujący zaś, poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600,00 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 11.442,65 zł (22 885, 30 zł ÷ 2 = 11.442,65). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz

Odwołującego kwotę 7.157, 35 zł (18.600,00 – 11.442,65), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 7.157, 35 zł wyrównuje zatem także koszty, które powinien ponieść Zamawiający (4 285,30 zł + 7.157, 35 zł = 11.442,65 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: