

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę **Hensoldt Sensors GmbH** Willy-Messerschmitt-Strasse 3, 82024 Taufkirchen (Niemcy) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, Agencja Uzbrojenia**, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa

przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – Wykonawcy **Indra Sistemas S.A**, Avenida de Bruselas 35, 28108 Alcobendas, Madryt (Hiszpania)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu odtajnienie dokumentów załączonych do oferty Indra Sistemas S.A., tj. załączników nr 3.1 Wykaz kompletacji oraz wartość sprzętu LINIA BAZOWA, 3.1 Wykaz kompletacji oraz wartość sprzętu OPCJA, 3.2 Wykaz kompletacji oraz wartość pakietu 1do1, 3.3 Wykaz kompletacji oraz wartość pakietu 1do5, 3.4 Wykaz kompletacji oraz wartość DT, 3.5 Wykaz kompletacji oraz wartość szkolenia, 7.1 do FO Wykaz parametrów toru radiowego MSSR, 7.1 do FO Wykaz parametrów toru radiowego PSR.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Przystępującego po stronie Zamawiającego wnoszącego sprzeciw – Wykonawcę Indra Sistemas S.A. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego;

2.2. zasądza od Przystępującego po stronie Zamawiającego – Wykonawcy Indra Sistemas S.A. na rzecz Odwołującego kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego stanowiących wpis i wynagrodzenie pełnomocnika strony.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1562/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – skarb Państwa, Agencja Uzbrojenia w Warszawie, w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na dostawę 15 systemów radarowej kontroli rejonu lotniska (nr postępowania: AU/149/IX-99/ZO/PO/DOS/Z/2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej \ dnia 26.07.2023 r., OJ S 142/2023 00453107 wobec odmowy udostępnienia oferty Wykonawcy Indra Sistemas S.A, wniesione zostało w dniu 02.05.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy HENSOLDT Sensors GmbH z/s w Taufkirchen (Niemcy)(sygn. akt KIO 1562/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 PZP w zw. art. 18 z ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”) poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Indrę w ofercie, tj. Tom 1 (we wskazanym powyżej zakresie) oraz Tom 2 - dalej łącznie jako „Zastrzeżone Informacje”, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, podczas gdy Indra nie wykazała przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa – co skutkowało ich nieudostępnieniem Odwołującemu z naruszeniem zasady jawności postępowania, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu dokonania weryfikacji w zakresie poprawności oferty złożonej przez Indrę;
2. art. 16 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niezgodnie z zasadami przejrzystości oraz proporcjonalności, w zakresie w jakim Zamawiający bezkrytycznie zaakceptował oświadczenie Indry co do przesłanek objęcia Zastrzeżonych Informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, uniemożliwiając wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu (w tym Odwołującemu) weryfikację oferty ich konkurenta w kluczowym obszarze, tj. co do rodzaju i parametrów oferowanego sprzętu, pomimo, iż Zastrzeżone Informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i powinny być jawne.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w zastrzeżonych informacjach złożonych Zamawiającemu przez Indrę wraz z ofertą, jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na odmowę przez Zamawiającego udostępnienia informacji zastrzeżonych w ofercie Indra, mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy z dnia 22.04.2024 r. W ocenie Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie było skuteczne z uwagi na brak wykazania ich niejawnego charakteru. W szczególności Wykonawca nie wykazał, że informacje posiadają obiektywną wartość gospodarczą, ani że nie są one powszechnie znane/łatwo dostępne. Wykonawca w sposób lakoniczny wskazał, że informacje stanowią jego know-how, a ich ujawnienie mogłoby „poważnie zagrozić naszym interesom handlowym”, względnie poznanie tych informacji „prowadziłoby do zniweczenia przewagi konkurencyjnej Indra” albo do bezpodstawnego czerpania przez konkurentów z efektów pracy tego wykonawcy.

Załączniki nie zawierają żadnej szczegółowej kalkulacji cenowej oferowanych świadczeń. Zamawiający wymagał jedynie aby wykonawcy przedstawili w nich prosty wykaz kompletacji i wartość elementów składających się na poszczególne zbiorcze pozycje zamówienia wycenione w Załączniku nr 3 do FO, który to Załącznik zresztą nie został przez Indra objęty tajemnicą. Poszczególne Załączniki do FO utajnione przez Indra dotyczyły kolejno: sprzętu (Załącznik 3.1), pakietu logistycznego 1:1 (Załącznik 3.2), pakietu logistycznego 1:5 (Załącznik 3.3), Dokumentacji Technicznej (Załącznik 3.4) oraz szkolenia (Załącznik 3.5) i zawierały ceny jednostkowe za poszczególne wyroby wskazane w tych załącznikach. Wykonawcy zobowiązani byli wskazać w nich m.in. ceny jednostkowe poszczególnych wyrobów składających się na oferowany przedmiot zamówienia, a więc przykładowo za: oferowany radar i elementy jemu towarzyszące składające się na pozycję „sprzęt” (np. system teleinformatyczny, symulator, odbiornik GPS, etc), wymagane części zamienne, sprzęt IT, dokumentację techniczną, szkolenie operacyjne/techniczne, materiały szkoleniowe, etc.

Załączniki 3.1-3.5 dotyczą parametrów toru radiowego dla wszystkich urządzeń radioelektronicznych wchodzących w skład oferowanego sprzętu. Zamawiający wymagał wypełnienia wniosku o uzgodnienie częstotliwości (...) narzuconego decyzją MON 202/MON z 29.12.2021 r. Wypełnienie Wniosku nie wymaga – wbrew twierdzeniom Indra – podania wrażliwych i szczegółowych parametrów oferowanych systemów radarowych w stopniu pozwalającym na pozyskanie przez innych wykonawców wiedzy co do „konkretnych rozwiązań technologicznych”. Jego opracowanie przez podmioty oferujące systemy radarowej kontroli rejonów lotniska stanowi standardowe działanie w tej branży. Z treści Wniosku wynikać ma zgodność oferowanych radarów z międzynarodowymi standardami EUROCONTROL i ICAO, które definiują przydział częstotliwości (częstotliwość odbioru i nadawania). Istotna część informacji, które mają zostać zadeklarowane we Wniosku jest w pełni jawna, gdyż wynika bezpośrednio z modelu/typu oferowanego radaru. Przykładowo, radary typu S-Band (S-Band PSR) działają w tym samym paśmie częstotliwości, tj. od 2,7 do 2,9 GHz. Dodatkowo na rynku istnieją komercyjne narzędzia pomiarowe pozwalają zmierzyć częstotliwość w jakiej działa radar w odniesieniu do dowolnego radaru zainstalowanego w terenie. Należy więc podkreślić, że znaczna część informacji zawartych w Załącznikach nr 7.1. do Formularza Ofertowego Indry w ogóle nie spełnia przesłanki, aby zastrzegane informacje nie były „powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo (...) łatwo dostępne dla takich osób”, którą formułuje art. 11 ust. 2 UZNK in fine.

Wykonawca utajnił również Tom 2 oferty pn. „Główny opis systemu”, uzasadniając to koniecznością ochrony tajemnicy handlowej i ochroną własności intelektualnej, co również nie było wystarczającym do wykazania skuteczności objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa na gruncie art. 11 ust. 2 UZNK.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Indra Sistemas S.A.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty (pismo z 23.05.2024 r.).

Przystępujący po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego (pismo z 23.05.2024 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także stanowiska stron i Przystępującego po stronie Zamawiającego prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.

Odwołanie podlegało rozpoznaniu w całości, w związku z oświadczeniem uczestnika przystępującego po stronie

Zamawiającego – Indra Sistemas S.A. (dalej jako Indra) o sprzeciwie wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego. Przystępujący wnosił o wyłączenie z akt sprawy odwoławczej części dokumentów załączonych do oferty, co do których zastrzegł, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (zawierających opis technologiczny oferowanego systemu - Tom 2). Izba włączyła w poczet materiału dowodowego w całości dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego w wersji elektronicznej, w tym ofertę Wykonawcy Indra, wobec oceny której sformułowane zostały zarzuty w odwołaniu. Wskazane we wniosku dokumenty, jako element oferty złożonej w postępowaniu, składają się na okoliczności faktyczne sprawy, podlegające ocenie i badaniu w zakresie skuteczności zastrzeżenia w całości informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na posiedzeniu Izba nie uwzględniła również wniosku Przystępującego o odroczenie posiedzenia na czas pozwalający Wykonawcy na wniesienie odwołania wobec czynności Zamawiającego będących następstwem oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów w całości. Przystępujący, jako czynność Zamawiającego stanowiącą podstawę ewentualnego odwołania, traktował oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu. Oddalając ten wniosek Izba miała na uwadze, iż zgodnie z art. 513 Ustawy odwołanie jako środek ochrony prawnej przysługuje wobec czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze znaczenie oświadczenia w przedmiocie uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego, stanowiącego wyraz czynności procesowej w postępowaniu odwoławczym, oświadczenie to nie jest czynnością zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z Ustawą ochrona interesu prawnego przystępującego po stronie zamawiającego realizowana jest w drodze oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego (w całości lub w części). Z jego złożeniem Ustawa wiąże skutek w postaci merytorycznej oceny zasadności zarzutów (art. 523 ust. 3 Ustawy). W przypadku sprzeciwu przystępującego po stronie zamawiającego, od rozstrzygnięcia w przedmiocie tych zarzutów, uzależnione zostaną dalsze czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na podstawę odwołania, w całości okoliczności istotne z punktu widzenia oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikają z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności uzasadnienia złożonego wraz z zastrzeżeniem informacji w dokumentach złożonych wraz z ofertą. Nie zachodziła zatem w tej sprawie sytuacja, w której Zamawiający miałby podjąć jakieś czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, od których uzależnione miałyby być rozpoznanie zarzutów. Nie ma również podstawy do stwierdzenia, iż Przystępujący mógłby w ramach swojego odwołania uzupełnić czynności mające miejsce na etapie postępowania przetargowego. W świetle powyższego Izba nie stwierdziła potrzeby odroczenia posiedzenia i rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiotem zarzutów jest ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w dokumentach złożonych wraz z ofertą przez Wykonawcę Indra, w tym Tom 1 (wskazane załączniki) oraz w całości Tom 2 (główny opis systemu).

Załączniki wskazane w Tomie 1 stanowiły wymagane do złożenia wraz z ofertą dokumenty identyfikujące przedmiot wyceny. Natomiast dokumenty załączone w Tomie 2 nie były dokumentami wymaganymi i zawierają opis oferowanego systemu.

Załączniki nr: 3.1 *Wykaz kompletacji oraz wartość sprzętu LINIA BAZOWA*, 3.1 *Wykaz kompletacji oraz wartość sprzętu OPCJA*, 3.2 *Wykaz kompletacji oraz wartość pakietu 1do1*, 3.3 *Wykaz kompletacji oraz wartość pakietu 1do5*, 3.4 *Wykaz kompletacji oraz wartość DT*, 3.5 *Wykaz kompletacji oraz wartość szkolenia* – zawierają:

- zał. 3.1, 3.2 i 3.3. do formularza ofertowego – oznaczenie wyrobu (nazwa, nr referencyjny producenta, nr magazynowy NATO, jeżeli został przydzielony), jednostka miary, ilość, cena jednostkowa z VAT i wartość brutto;
- zał. 3.4 do formularza ofertowego – rodzaj dokumentacji wykonanej w formie elektronicznej i papierowej, ze wskazaniem jednostki miary, ceny jednostkowej z VAT, ilości, wartości brutto dokumentacji;
- zał. 3.5 do formularza ofertowego – wycenę oferowanego szkolenia operacyjnego, technicznego, oraz materiały szkoleniowe, ze wskazaniem czasu szkolenia i ilości szkolonych;

Załączniki nr: 7.1 *do FO Wykaz parametrów toru radiowego MSSR*, 7.1 *do FO Wykaz parametrów toru radiowego PSR* stanowiące potwierdzenie wymagań opisanych w pkt 6.1.12.16 OPZ (Aplikacja RF/szablon) – prezentuje informacje ogólne o urządzeniu i sposobie jego wykorzystania, dane techniczne nadajnika, odbiornika prezentowane we wniosku o uzgodnienie częstotliwości dla urządzeń radiokomunikacyjnych (radioelektronicznych) planowanych do wprowadzenia w komórkę (jednostkę) organizacyjnej.

Wykonawca Indra na str. 342-345 oferty złożył oświadczenie dotyczące informacji zawartych w Tomie 1 (częściowo) i Tomie 2 (w całości), które stanowić mają tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzeżone jako poufne i strategiczne dla

działalności, opracowane na przestrzeni lat badań, inwestycji i zgromadzonego doświadczenia. W odniesieniu do załączników 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 i 3.5 – jako zawierające szczegółowe zestawienie cen oferowanych dostaw i usług ujawniają informację o tym, w jaki sposób Indra Sistemas kształtuje cenę oferowanych przez siebie rozwiązań w ramach kompletacji. Poznanie tych informacji przez konkurentów pozwoliłoby im na zapoznanie się ze szczegółowym know-how Wykonawcy dotyczącym kalkulacji cen ofertowych, co w konsekwencji doprowadziłoby do zniweczenia przewagi konkurencyjnej Indra, przejawiającej się na przykład w relacjach wypracowanych przez lata z dostawcami i podwykonawcami. W odniesieniu natomiast do załącznika 7.1 (MSSR i PSR) – jako zawierające szczegółowe parametry techniczne charakteryzujące systemy radarowe, a przez to wrażliwe i wymagające ochrony ze względów bezpieczeństwa, a także ze względu na tajemnicę handlową wymagają ochrony, a ujawnienie tych informacji prowadziłoby do poznania przez konkurentów Wykonawcy jego know-how w tym zakresie i w konsekwencji do zniweczenia przewagi konkurencyjnej wypracowanej przez Wykonawcę w trakcie lat działalności na rynku. Każdy z konkurentów Wykonawcy, po zapoznaniu się ze wskazanymi dokumentami mógłby bezpodstawnie czerpać z efektów jego pracy, w tym powziąć wiedzę o konkretnych rozwiązaniach technologicznych, będących podstawowym przedmiotem ochrony na wskazanym rynku właściwym. W odniesieniu natomiast do Tomu 2 Wykonawca wskazał, iż zawiera szczegółowe informacje projektowe proponowanego systemu, które są uważane za tajemnicę przedsiębiorstwa i chronione prawem własności intelektualnej. Analogicznie jak w przypadku załączników 7.1 zawarte tamże informacje to konkretne rozwiązania technologiczne, wypracowane przez Wykonawcę na przestrzeni lat i podlegające ochronie. Dalej Wykonawca wspomina o podjęciu odpowiednich działań polegających na utrzymaniu ich w poufności o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym. Wykonawca wyraził wolę zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. W przypadku wątpliwości co do skuteczności zastrzeżenia informacji Wykonawca oczekiwałby wezwania do wyjaśnienia tej kwestii na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp lub art. 187 Pzp. Załącznikiem do tego uzasadnienia są procedury obowiązujące aktualnie w przedsiębiorstwie.

Pismem z dnia 22.04.2024 r. Zamawiający poinformował w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o zakończeniu badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Indra, w wyniku którego uznał zastrzeżenie za skuteczne.

Zamawiający w OPZ, pkt 6 Wymagania taktyczno-techniczne opisał wymagania w tym parametry krytyczne elementów systemu, a w ppkt 6.1.2.16 wskazał na obowiązek przedstawienia parametrów toru radiowego wszystkich urządzeń radioelektronicznych promieniujących energię elektromagnetyczną w zakresie fal radiowych, wchodzących w skład oferowanego SpW, wykorzystując w tym celu Załącznik Nr 4 decyzji Nr 202/MON z dnia 29 grudnia 2021 r. w sprawie zarządzania widmem częstotliwości radiowych w resorcie obrony narodowej (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. z dnia 31 grudnia 2021 r., poz. 285).

Izba uwzględni odwołanie.

Ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonana została przez Zamawiającego w sposób wybiórczy bez odniesienia się do rzeczywistej wartości informacji i charakteru danych prezentowanych w załącznikach. Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny informacji w zestawieniu z uzasadnieniem ich zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa, co prowadziło do uwzględnienia odwołania w całości.

Zasadniczym błędem Zamawiającego było uznanie, iż uzasadnienie dotyczące nadania klauzuli i przedstawione w ofercie Indra na str. 342-345, było wystarczające dla stwierdzenia, iż wypełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sposób w jaki Wykonawca uzasadniał potrzebę ochrony interesów nie uwzględniał konieczności wykazania spełnienia przesłanek, a w zasadzie miał jedynie charakter zapewnienia i przekonania o poufności informacji. Temu uzasadnieniu można w zasadzie przypisać walor deklaracji własnej Wykonawcy o woli zachowania w poufności informacji, a nie wykazania, iż informacje prezentowane w załącznikach stanowią w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tajemnicę przedsiębiorstwa. Również w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy odwoławczej, Wykonawca składając sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego, odnosząc się do przesłanek, jakie należy spełnić, aby informacja mogła być chroniona jako tajemnica przedsiębiorstwa, chociażby dla wykazania wartości handlowej informacji, ograniczył się w zasadzie do stwierdzenia, iż *mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą*. Dalsza część argumentów prezentowanych w stanowisku procesowym miała na celu wykazanie, iż zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, faktycznie stanowiła uzupełnienie uzasadnienia w tym zakresie.

Kwestia wartości gospodarczej informacji zastrzeganych przez Wykonawcę nie została omówiona przy nadawaniu klauzuli, jak sugeruje to w piśmie procesowym. Sprowadzała się wyłącznie do ogólnikowego zapewnienia znaczenia tych informacji dla przedsiębiorcy, jako jego *know-how* których ujawnienie miałyby prowadzić do *zniweczenia przewagi konkurencyjnej wypracowanej przez Wykonawcę w trakcie lat działalności na rynku*.

Mając na uwadze prezentowane w tej materii jasne wytyczne wypracowane w judykaturze, należy wskazać, iż nie jest wystarczającym dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, samo przekonanie, czy też wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowalnych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Za wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 783/23 należy podkreślić, iż *tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających. (...) Nie wystarczy zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą. Taka informacja może 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 gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.*

Odnosząc powyższe do uzasadnienia dla klauzuli nadanej informacjom wymaganych do złożenia w ofercie (załączniki od 3.1-3.5 oraz 7.1) skład orzekający wskazuje, że dopiero w piśmie procesowym Przystępujący odnosił się do zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co nie mogło być podstawą oceny skuteczności oklauzulowania informacji złożonych już w ofercie. Nie można bowiem przyjmować, iż dopiero na etapie sporu przed Izłą jest możliwość podjęcia czynności, do której wykonawca zobowiązany jest w momencie składania informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w niniejszej sprawie miało miejsce w ofercie. Analizie podlegało zatem samo uzasadnienie w kształcie, w jakim zostało przedstawione Zamawiającemu i przez niego ocenione.

Analiza uzasadnienia wraz z zestawieniem informacji prezentowanych w dokumentach zastrzeżonych jako poufne, nie pozwala przypisać znaczenia, jakie nadawał Wykonawca tym informacjom. Poza gołostownym zapewnieniem o znaczeniu danych prezentowanych w załącznikach, jako pozwalających poznać know-how, czy też podstawy wyceny na przyszłość, co miałoby zaburzać pozycję Wykonawcy na rynku, w uzasadnieniu nie ma żadnego odniesienia, które potwierdzałoby takie znaczenie danych identyfikujących parametry oferowanego systemu. Składane załączniki poza identyfikacją produktu i jego podstawowych parametrów nie zawierają żadnych opisów technicznych, które wskazywałyby na konkretne rozwiązania mające znaczenia dla samego przedsiębiorcy i jego pozycji na rynku właściwym. Z hasłowych opisów, które mogą mieć zastosowanie w zasadzie do każdej informacji, Zamawiający nie mógł przyjąć, iż dane zawarte w załącznikach ujawniają informacje pozwalające na budowanie przewagi rynkowej nad konkurencją. Zupełnie nie zostało to wykazane chociażby opisem mechanizmu, jaki miałby wynikać z informacji o cenie jednostkowej systemu zestawionego na potrzeby tego konkretnego zamówienia, a mający mieć przełożenie na przyszłe zamówienia i kalkulację ceny w innych postępowaniach. Warto również powtórzyć, za orzeczeniem z 27 marca 2023 r., sygn. akt KIO 674/23, iż wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 nie zmienia treści art. 18 ust. 3 Ustawy, w zakresie obowiązku „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. *Jest to zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna”), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne”, o ile „nie przewidziano inaczej (...) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji”. Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny. Trybunał potwierdził to także w pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdził: „W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter”.*

Podsumowując w tej części stanowisko, skład orzekający uznał, iż uzasadnienie podane przez Wykonawcę przy zastrzeżeniu informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie pozwala przypisać im znaczenia jakie próbował nadać Wykonawca. Informacje prezentowane w tych załącznikach (Tom 1) mają bardzo ogólny charakter, wyznaczony przedmiotem zamówienia i nie prezentują żadnych szczegółów co do stosowanych rozwiązań. Natomiast samo

stwierdzenie, że urządzenie posiada wskazany konkretny parametr nie identyfikuje zarówno pod względem ekonomicznym, jak i technologicznym procesów produkcyjnych i ich wartości (kosztów). Podobnie, informacja o długości i ilości szkoleń i uczestników, nie identyfikuje organizacji i kosztów prowadzenia przedsiębiorstwa, co pozwalałoby nadać tym informacjom walor gospodarczy (ekonomiczną wartość). Również należy zauważyć, iż Wykonawca przedstawił dane z wykorzystaniem *wniosku o uzgodnienie częstotliwości (...)* narzuconego decyzją MON 202/MON z 29.12.2021 r. Słusznie w tym zakresie Odwołujący podnosił, iż charakter prezentowanych danych nie ujawnia szczegółów technicznych pozwalających zidentyfikować konkretne rozwiązania pozwalające na uzyskanie parametrów sprzętowych, które są znane z racji oferowania tego rozwiązania na rynku. Izba przyjęła jako okoliczność nie budzącą sporu, iż podmioty oferujące systemy radarowej kontroli rejonów lotniska, jako standardowe traktują procedury wymagane w branży, a z treści *wniosku* wynikać ma zgodność oferowanych radarów z międzynarodowymi standardami EUROCONTROL i ICAO, które definiują przydział częstotliwości (częstotliwość odbioru i nadawania). Przystępujący żaden sposób nie skomentował stanowiska Odwołującego, w którym wskazywał, iż istotna część informacji, które mają zostać zadeklarowane we *wniosku* jest w pełni jawna, gdyż wynika bezpośrednio z modelu/typu oferowanego radaru. Przykładowo, radary typu S-Band (S-Band PSR) działają w tym samym paśmie częstotliwości, tj. od 2,7 do 2,9 GHz. Dodatkowo na rynku istnieją komercyjne narzędzia pomiarowe pozwalają zmierzyć częstotliwość w jakiej działa radar w odniesieniu do dowolnego radaru zainstalowanego w terenie.

Uwzględniając powyższe skład orzekający uznał, iż nie zostało skutecznie wykazane, aby informacje prezentowane w załącznikach 7.1 nie były „powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo (...) łatwo dostępne dla takich osób”, co stanowi jedną z okoliczności dla skutecznego uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK in fine.

Mając jednocześnie na uwadze, że w części dokumenty nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (Tom 2), nie były dokumentami wymaganymi do złożenia wraz z ofertą, naruszenie przepisów dotyczących jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mogło mieć znaczenia dla wyniku postępowania. W tym zakresie Izba uznała, iż nie ma konieczności przekazywania dokumentów identyfikujących szczegóły rozwiązań technologicznych, niewymaganych na etapie badania i oceny ofert.

Należy również wskazać, iż ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa była powiązana wyłącznie z badaniem przesłanek pozwalających uznać to zastrzeżenie za skuteczne w świetle wymagań ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie była ona natomiast oceniana z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa i obronności. Zamawiający nie zdecydował o nadaniu klauzuli bezpieczeństwa informacjom przekazywanym w dokumentacji postępowania, które ma charakter jawny.

Tym samym, dla wyniku oceny prowadzonej w związku z odwołaniem znaczenie miało wyłącznie wykazanie, iż Przystępujący wnoszący sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego, skutecznie zastrzegł informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponieważ to po stronie Wykonawcy spoczywał ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia informacji, któremu nie sprostał składając ogólnikowe i oderwane faktyczne od zakresu prezentowanych danych wnioski, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu odtajnić dokumenty załączone do oferty, tj. opisane jako załączniki nr 3.1-3.5 i 7.1.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł oraz uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego wykazane rachunkiem złożonymi przed zamknięciem rozprawy w wysokości 3.600 zł i obciążyła nimi w całości Przystępującego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Przewodnicząca:.....