

WYROK

Warszawa, dnia 17 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Michał Pawłowski

Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Orange Polska S.A. w sprawie o sygn. akt KIO 938/24 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika:

A. po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 938/24 wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie;

B. po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt 938/24 wykonawcy Axians Solutions Poland sp. z o.o.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Orange Polska 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Orange Polska S.A. tytułem wpisu od odwołania i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Orange Polska S.A. na rzecz Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.....

.....

.....

KIO 938/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup brzegowej infrastruktury sieciowej na potrzeby WAN”, znak sprawy: DPZ.DPZ 4.2421.18.2023.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod TED: 59157-2024.

W dniu 11 marca 2024 r. Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Orange Polska S.A. dowiedzieli się o udostępnieniu przez Zamawiającego oferty wykonawcy Netia S.A. z wyłączeniem informacji w Formularzu 2.1 oferty i Formularzu cenowym 4.1.

Nie zgadzając się z powyższym stanem rzeczy Odwołujący w dniu 21 marca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności, do której był on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, tj. zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ofercie wykonawcy Netia S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup brzegowej infrastruktury sieciowej na potrzeby

WAN".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia (udostępnienia w całości) oferty wykonawcy Netia – Formularza 2.1 oraz Formularza cenowego 4.1 – i uznanie przez Zamawiającego za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji dotyczących:

a)producenta rozwiązania – pkt 3 ppkt 1 lit. b Formularza 2.1.,

b)oferowanych urządzeń typu 1 – 3 oraz licencji na Centralny System Zarządzania urządzeniami, a także licencji na Centralny System Kolekcji Logów – kol. 2 Formularza 4.1, - pomimo, iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto wykonawca Netia S.A. nie wykazał, że przedmiotowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co stanowi naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia całości treści oferty złożonej przez wykonawcę Netia S.A., w szczególności:

a)informacji na temat producenta rozwiązania – pkt 3 ppkt 1 lit. b Formularza 2.1

b)informacji na temat oferowanych urządzeń typu 1 – 3 oraz licencji na Centralny System Zarządzania urządzeniami, a także licencji na Centralny System Kolekcji Logów – kol. 2 Formularza 4.1.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”.

Przyznał, że ustawa Pzp przewiduje ograniczenia zasady jawności postępowania, w szczególności wyrażony w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zakaz ujawniania 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 oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zauważył przy tym, że jest to wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie może być interpretowany rozszerzająco, a wykonawca może zastrzec określony rodzaj informacji: tylko takie, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a dodatkowo musi wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego - w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił, że informacje zastrzeżone w treści oferty przez wykonawcę Netia S.A. mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a także, że wykonawca ten w sposób prawidłowy wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do charakteru informacji i tego, że nie mogą one stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Netia S.A., Odwołujący zwrócił uwagę, jakiego rodzaju informacje zostały zastrzeżone przez wykonawcę Netia:

a)producenta rozwiązania – pkt 3 ppkt 1 lit. b Formularza 2.1,

b)oferowanych urządzeń typu 1 – 3 oraz licencji na Centralny System Zarządzania urządzeniami, a także licencji na Centralny System Kolekcji Logów – kol. 2 Formularza 4.1, - żadna z tych informacji nie może być tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy Netia S.A. sama z siebie, gdyż ewentualnym dysponentem tych informacji jest producent rozwiązania – urządzeń i licencji.

Wskazał, że w konsekwencji, ewentualna możliwość zastrzeżenia tych informacji może być rozpatrywana jedynie w kontekście tego, że w tym konkretnym zestawieniu te informacje stanowią przejaw know-how wykonawcy Netia S.A., do czego z resztą odnosi się w uzasadnieniu tajemnicy wykonawcy Netia S.A.

Według Odwołującego – ocena Zamawiającego, że przedmiotowe informacje stanowią know-how tego wykonawcy jest jednak nieprawidłowa, co wynika to z faktu, że przedmiot zamówienia nie wymagał stworzenia żadnego unikatowego rozwiązania przez wykonawcę Netia S.A., a dostarczenia rozwiązania, tj. urządzeń i oprogramowania dostępnych na rynku, spełniających ściśle określone wymagania Zamawiającego.

Wywodził przy tym, że krąg producentów takich rozwiązań został zawężony przez Zamawiającego poprzez dodanie wymagania, aby producent był obecny w raporcie Gartnera dla technologii SD-WAN lub w równoważnym raporcie (Roz. 10.1.3 SWZ). Nadto, Centralny System Zarządzania i Centralny System Kolekcji Logów musiały pochodzić od producenta urządzeń brzegowych (odpowiednio pkt 5.2 i 6.2 OPZ).

W opinii Odwołującego - Zamawiający nie tylko określił dokładnie wymagania dla dostarczanych urządzeń i

systemów, ale nawet określił krąg potencjalnych producentów, których rozwiązania mogą zostać zaoferowane, a także zastrzegł, że nie może zostać dobrane oprogramowanie inne niż pochodzące od producenta urządzeń.

W związku z powyższym, Odwołujący argumentował, że dobór oferowanego sprzętu oraz oprogramowania w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał posłużenia się dostępnym tylko wykonawcy Netia S.A. know-how, jakim nie dysponują inne podmioty na rynku. Dobór zaoferowanego sprzętu polegał na prostym dobraniu standardowych, dostępnych na rynku urządzeń i oprogramowania, do wymagań w sposób jednoznaczny określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, w który to sposób postępowali wszyscy wykonawcy składający oferty w postępowaniu.

Według Odwołującego - Formularz cenowy udostępniony przez Zamawiającego wprost wymagał wpisania tylko - producenta, nazwy, typu, modelu oferowanego urządzenia – (wiersz 1, 2, 3, 4, 5, 6, kolumna 2) spełniającego wymagania OPZ. Dobierany sprzęt był standardowy i dla jego wyboru wystarczające jest porównanie parametrów dostępnych urządzeń na rynku z OPZ. Każdy z pozostałych Wykonawców, poza Netia S.A. podał w sposób jawny wymagane w formularzu informacje, jako ogólnie odstępne, nie widząc powodu by traktować je jako tajemnice przedsiębiorstwa wynikające z unikatowego know-how.

W konsekwencji, w mniemaniu Odwołującego nie można mówić tu o żadnym unikatowym know-how, gdyż przygotowanie oferty sprowadzało się do porównania parametrów określonych produktów z wymaganiami Zamawiającego. W ten sposób postępuje każdy wykonawca w tego rodzaju postępowaniach i nie ma tu żadnego unikatowego rozwiązania wykonawcy Netia S.A.

Inaczej rzecz ujmując, w przedmiotowym postępowaniu, należało – zdaniem Odwołującego - dobrać rozwiązanie z dostępnych na rynku (urządzenia i systemy), a nie stworzyć rozwiązanie własne. Sam dobór rozwiązania opiera się na porównaniu parametrów dostępnych produktów z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, co jest uniwersalne dla wszystkich wykonawców.

Podkreślił przy tym, że ujawnienie zaoferowanego rozwiązania nie ma wpływu na sytuację wykonawcy Netia S.A. na rynku, gdyż po pierwsze, jak była o tym mowa powyżej, dobór produktów w analogicznych postępowaniach dokonywany jest w takim samym sposób przez wszystkich uczestników rynku i ujawnienie zaoferowanych urządzeń w żaden sposób nie ograniczy możliwości udziału w analogicznych postępowaniach w przyszłości, a po wtóre, dobrany sprzęt jest właściwy dla tego konkretnego postępowania i dla potrzeb Zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu, w związku z czym, ujawnienie zastrzeżonych informacji nie będzie miało wpływu na inne postępowania.

Odnosząc się do sposobu wykazania, że zastrzegane informacje a Formularzu 2.1 i Formularzu 4.1 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący uznał je za nieadekwatne i niespełniające wymagań określonych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

W szczególności wskazują na to następujące treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdzie Wykonawca Netia S.A. oświadczył, że „Informacje zawarte w dokumentacji dla przyjętego rozwiązania i projekt techniczny ilustrują sposób przygotowania przez Wykonawcę rozwiązania technicznego w Postępowaniu, wskazują na przygotowanie niestandardowych rozwiązań technicznych i technologicznych, a także właściwy dobór sprzętu oraz sprawdzenie poprawności przyjętych rozwiązań wymaga skorzystania z unikalnej wiedzy i doświadczenia”.

Według Odwołującego – już samo to oświadczenie wskazuje na nieadekwatność uzasadnienia w stosunku do utajnianych informacji.

Po pierwsze, Odwołujący wskazał, że wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu nie mieli przygotować żadnego unikatowego rozwiązania, lecz dobrać i zaoferować rozwiązania – urządzenia i systemy – z dostępnych na rynku i nie ma zatem mowy o przygotowaniu rozwiązania technicznego w postępowaniu, a w konsekwencji uzasadnienie nie może dotyczyć tego rodzaju informacji.

Po drugie, Odwołujący podniósł, że niezależnie od tego, że nie było konieczności przygotowania żadnego szczególnego rozwiązania, a zastrzeżone informacje nie ilustrują sposobu przygotowania rozwiązania, lecz co najwyżej końcowy wynik tego procesu. Z zastrzeżonych informacji w żaden sposób nie wynika proces przygotowywania rozwiązania przez wykonawcę Netia S.A., czy też metody stosowane na poszczególnych jego etapach, a jedynie rezultat, z którego nie można wywnioskować, w jaki sposób wykonawca do tego rezultatu dochodził. W związku z powyższym uzasadnienie nie odnosi się do informacji zastrzeżonych w ofercie złożonej w postępowaniu.

Po trzecie, z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, zastrzeżone informacje – w ocenie Odwołującego - nie mogą dotyczyć „niestandardowych rozwiązań technicznych i technologicznych”, ani „sprawdzenia poprawności

przyjętych rozwiązań". Zamawiający nie wymagał, ani nie dopuszczał niestandardowych rozwiązań, a informacja na temat dobranego sprzętu nie wskazuje na wynik sprawdzenia poprawności przyjętych rozwiązań, lecz jedynie na to, jakie urządzenia i systemy zostały dobrane. To również wskazuje na to, że uzasadnienie nie odnosi się w istocie do zastrzeżonych informacji.

Dalej, Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca Netia S.A. w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji oświadczył, że „Umiejętność odpowiedniego dobrania rozwiązań, także minimalizujących koszty świadczonych usług jest wartością stanowiącą swoiste know how decydujące o pozycji Wykonawcy na rynku usług telekomunikacyjnych”, a także „Informacja o dobranym rozwiązaniu technicznym tj. nazwie, producenta, modelu, typie pozwoliłaby konkurencyjnym wykonawcom powziąć wiedzę na temat realizacji usługi”.

Odwołujący te oświadczenia uznał za chybione i nie powiązane z utajnianymi w przedmiotowym postępowaniu informacjami – Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia nie jest świadczenie usług, na potrzeby którego wykonawca ma stworzyć unikatowe rozwiązanie zapewniające ich realizację zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dobór produktów do ściśle określonych wymogów Zamawiającego, co w żaden sposób nie pozwoli na pozyskanie wiedzy o świadczeniu usługi – postępowanie nie dotyczy świadczenia usług.

Zupełnie niezrozumiałe dla Odwołującego było także oświadczenie wykonawcy Netia, że „Informacje te stanowią również źródło danych dla podmiotów zewnętrznych na temat infrastruktury sprzętowej Zamawiającego. Oferowane urządzenia uwzględniają wewnętrzne potrzeby Zamawiającego, które nie są i nie powinny być dostępne dla podmiotów zewnętrznych z uwagi na krytyczność obszaru, którego dotyczą.”.

Odwołujący podniósł, że oferowane urządzenia mają zostać dopiero dostarczone do Zamawiającego, więc nie mogą w tym momencie stanowić jego infrastruktury, a wymagania Zamawiającego mają charakter jawny, gdyż zostały opublikowane w dostępnych publicznie dokumentach zamówienia. W konsekwencji należy to oświadczenie uznać za zupełnie chybione.

Podobnie, w ocenie Odwołującego - oświadczenie wykonawcy Netia S.A. zgodnie z którym „Możliwość dostarczenia Zamawiającemu określonych rozwiązań, poprzedzone są wieloletnimi badaniami i testami technicznymi w zakresie kompatybilności poszczególnych, pojedynczych rozwiązań technologicznych. Takie działania, przy współpracy z określonymi podmiotami, pozwalają na zaproponowanie optymalnie najlepszych rozwiązań technicznych, których ujawnienie z pewnością spowodowałoby ich wykorzystanie przez konkurencję, a tym samym utraciłyby przypisywaną Netii cechę unikalności. Wartość gospodarczą tej dokumentacji potwierdza fakt, że wskazane w nim rozwiązania przekładają się na wymierne korzyści finansowe, które jest w stanie osiągnąć Spółka przy ich wykorzystywaniu. Ich ujawnienie zapewne zmniejszyłoby poziom konkurencyjności usług oferowanych przez Netia i pogorszyłoby możliwość oferowania przez Wykonawcę tak zoptymalizowanych kosztów ich świadczenia.” nie jest adekwatne do utajnianych informacji. Dobór rozwiązania nie mógł zostać poprzedzony wieloletnimi badaniami i testami, gdyż wymagania Zamawiającego zostały opublikowane 29 stycznia 2024 r. Po raz kolejny pojawia się odniesienie do usług, których nie dotyczy przedmiotowe postępowanie.

Zwrócił również uwagę, że wykonawca Netia S.A. wskazując na wartość finansowa tych informacji w żaden sposób jej nie uzasadnia, a jedynie podaje kwoty, co więcej sam nie jest w stanie określić jaka to kwota raz wskazując na 4.000.000 zł, a raz na 4.600.000 zł.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez wykonawcę Netia ma charakter sztatpowy, ogólny i mogłoby zostać złożone w dowolnym postępowaniu, a przy tym nie odnosi się do informacji zastrzeganych w tym konkretnym postępowaniu, co oznacza, że nie spełnia wymagań określonych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wykonawca Axians IT Solutions Poland sp. z o.o. dokonał takiego zgłoszenia po stronie Odwołującego.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie, ewentualnie o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, w tym uzasadnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 6 marca 2024 r. wraz z informacjami

zastrzeżonymi klauzulą tej tajemnicy wymienionymi w formularzu 2.1. oferty oraz w formularzu cenowym 4.1. pod l.p.1-5, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15 kwietnia 2024 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 18 ust.3 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczną podstawę prawną do odtajnienia zastrzeżonych przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa określonych w powołanych wyżej formularzach informacji.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Przystępujący składając ofertę w piśmie z dnia 6 marca 2024 r. dokonał zastrzeżenia tajemnica przedsiębiorstwa niektórych informacji w następujący sposób: „Wykonawca zastrzega poufność informacji wymienionych w ofercie na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 poz. 1605) („Ustawa”), który przewiduje uprawnienie do zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) - („UZNK”).

Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje zawarte w:

-załączniku nr 2.1 pkt. 3b)

-załączniku nr 4.1 tabela kolumna druga, pozycja 1, 2, 3, 4, 5 w zakresie nazwy, producenta, typu, modelu licencji lub urządzenia.

Zgodnie z 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.

Zwrot "informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje" należy interpretować szeroko. Znowelizowana ZNKU kontynuuje tradycję wskazywania przykładów tajemnic przedsiębiorstwa, tym niemniej zakres informacji objętych ochroną jest identyczny, jak w przypadku TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right), obowiązującego w Polsce od 01.01.2000 r.(dalej jako „TRIPS”) oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. (dalej jako „Dyrektywa 2016/943”) - potencjalnie każdy rodzaj informacji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Informacje te można określić mianem know-how. W potocznym rozumieniu know-how oznacza zdolność, wiedzę, umiejętność w zakresie osiągania określonego rezultatu lub prowadzenia działalności. Pojęcie know-how oznacza m.in. doświadczenia o charakterze technicznym i technicznoorganizacyjnym oraz doświadczenia o charakterze finansowym i handlowym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, które nie są związane z cyklem produkcyjnym. Informacje zawarte w dokumentacji dla przyjętego rozwiązania i projekt techniczny ilustrują sposób przygotowania przez Wykonawcę rozwiązania technicznego w Postępowaniu, wskazując na przygotowanie niestandardowych rozwiązań technicznych i technologicznych, a także właściwy dobór sprzętu oraz sprawdzenie poprawności przyjętych rozwiązań wymaga skorzystania z unikalnej wiedzy i doświadczenia. Umiejętność odpowiedniego dobrania rozwiązań, także minimalizujących koszty świadczonych usług jest wartością stanowiącą swoiste know how decydujące o pozycji Wykonawcy na rynku usług telekomunikacyjnych.

Niewątpliwie takie informacje należy uznać jako know-how i poddać najwyższej ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Informacja o dobranym rozwiązaniu technicznym tj. nazwie, producenta, modelu, typie pozwoliłaby konkurencyjnym wykonawcom powziąć wiedzę na temat realizacji usługi. Nie ulega żadnym wątpliwościom, że dobór odpowiedniego rozwiązania technicznego nie może zostać udostępniony konkurencyjnym wykonawcom biorącym udział w tych samych postępowaniach. Informacje te stanowią również źródło danych dla podmiotów zewnętrznych na temat infrastruktury sprzętowej Zamawiającego. Ofertowane urządzenia uwzględniają wewnętrzne potrzeby Zamawiającego, które nie są i nie powinny być dostępne dla podmiotów zewnętrznych z uwagi na krytyczność obszaru, którego dotyczą.

Tym bardziej, że Zamawiający jest podmiotem do którego mają zastosowanie przepisy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa.

Wartość gospodarcza informacji o wynosi około 4 000 000,00 zł (tajemnica przedsiębiorstwa) przeliczając te kwoty na możliwości udziału w innych postępowaniach Netia S.A. może stracić możliwość uzyskania dochodu powyżej 7 000 000,00 zł (tajemnica przedsiębiorstwa).

Możliwość dostarczenia Zamawiającemu określonych rozwiązań, poprzedzone są wieloletnimi badaniami i testami technicznymi w zakresie kompatybilności poszczególnych, pojedynczych rozwiązań technologicznych. Takie działania, przy współpracy z określonymi podmiotami, pozwalają na zaproponowanie optymalnie najlepszych rozwiązań technicznych, których ujawnienie z pewnością spowodowałoby ich wykorzystanie przez konkurencję, a tym samym utraciłyby przypisywaną Netii cechę unikalności. Wartość gospodarczą tej dokumentacji potwierdza fakt, że wskazane w nim rozwiązania przekładają się na wymierne korzyści finansowe, które jest w stanie osiągnąć Spółka przy ich wykorzystywaniu. Ich ujawnienie zapewne zmniejszyłoby poziom konkurencyjności usług oferowanych przez Netia i pogorszyłoby możliwość oferowania przez Wykonawcę tak zoptymalizowanych kosztów ich świadczenia.

Informacje te stanowią zestaw informacji, na podstawie których Spółka prowadzi działalność rynkową. Za bezsprzeczną wartością gospodarczą opisu technicznego przemawia ponadto okoliczność, że jest to kompletny opis parametrów posiadający charakter informacji technicznej i technologicznej, która tworzy pełny projekt rozwiązania, jakie oferuje Netia.

Nie ulega żadnym wątpliwościom, że informacje mieszczą się w pojęciu polityki cenowej Wykonawcy, która ze swej istoty nie może zostać udostępniona konkurencyjnym wykonawcom biorącym udział w tych samych postępowaniach.

Dowód: Polityka Bezpieczeństwa Informacji w Grupie Netia S.A.

Odtajnienie danych umożliwiłaby konkurencji Wykonawcy ustalić w jakich postępowaniach przetargowych Wykonawca może wziąć udział, jakie nakłady i koszty będzie musiał ponieść żeby wykonać określone zamówienia publiczne, a w konsekwencji, ustalić potencjalną cenę jaką mógłby zaoferować Wykonawca w takich postępowaniach.

Powyższe, w oczywisty sposób naraża Wykonawcę na szkodę polegającą na zmniejszeniu jego szans w pozyskaniu przyszłych zamówień publicznych. Minimalna wartość gospodarcza ujawnionych danych to powyżej 4 600 000, 00 zł (tajemnica przedsiębiorstwa) przeliczając te kwoty na możliwości udziału w innych postępowaniach Netia S.A. może stracić możliwość uzyskania dochodu powyżej 7 000 000,00 zł (tajemnica przedsiębiorstwa).

Trzeba też zauważyć, iż sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Tę myśl wprost wyraża druga przesłanka definicyjna ujęta w art. 39 ust. 2 lit. b TRIPS i art. 2 pkt 1 lit. b Dyrektywy 2016/943) – tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające "wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą".

Zgodnie z definicją legalną "poufnych informacji" zawartą w art. 39 ust. 2 TRIPS:

"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 w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są poufne; i

c) poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności".

Przepisy art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS mają charakter samowystarczający. Oznacza to, że nie wymagają one transponowania do prawa wewnętrznego. Powołane przepisy TRIPS stanowią część obowiązującego w Polsce prawa. W literaturze przedmiotu wyrażono opinię, że mimo pewnych różnic terminologicznych art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS i art. 11 ZNKU określają analogicznie przedmiot ochrony, tzn. poufne (nieujawnione) informacje, które posiadają określoną wartość gospodarczą.

Z kolei, zgodnie z legalną definicją zawartą w art. 2 ust 1 Dyrektywy 2016/943, tajemnica przedsiębiorstwa" oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość

handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;

c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Zastrzeżone informacje jako całość lub w tym szczególnym ich zestawieniu nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Wykonawca pozawierał z kontrahentami umowy o zachowaniu poufności, które przeciwdziałają ujawnieniu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę informacji.

Wykonawca jest związany umowami o poufności zawartymi z kontrahentami, co więcej w samych umowach znajdują się klauzule poufności, które wiążą zarówno kontrahentów Wykonawcy jak i jego samego.

W przedsiębiorstwie Wykonawcy są podejmowane działania mające zabezpieczyć zastrzeżone informacje. Wykonawca wdrożył w swoim przedsiębiorstwie system zarządzania mający na celu utrzymanie poufności na najwyższym poziomie.

W szczególności poufne informacje są przechowywane na nośnikach informacji, do których dostęp mają wyłącznie osoby do tego upoważnione (tj. przede wszystkim zarząd, osoby przygotowujące rozwiązania techniczne itp.). Dokumenty zawierające informacje poufne są przechowywane w zamkniętych pomieszczeniach, zabezpieczających dostęp przed osobami nieuprawnionymi.

Dowód: Polityka Bezpieczeństwa Informacji w Grupie Netia S.A.

Wykonawca zawarł ponadto umowy o zachowaniu poufności ze swoimi pracownikami i współpracownikami, które to umowy przeciwdziałają ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.”.

Po przeanalizowaniu treści uzasadnienia do powyższych zastrzeżeń niektórych informacji z oferty, a także samych objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa informacji Izba doszła do przekonania, że zarzut odwołania nie jest zasadny.

Jest poza sporem, że zgodnie z art.18 ust.1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Jednakże w art.18 ust.2 ustawy Pzp ustawodawca przewidział wyjątek od powyższej zasady prawa zamówień publicznych przejawiający się tym, że Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Natomiast, stosownie do art.18 ust.3 ustawy 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 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w .

Przechodząc zaś na grunt powołanej wyżej ustawy szczególnej nie można pominąć definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art.11 ust.2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Biorąc pod uwagę treść powołanych wyżej przepisów prawa wymaga wskazania, że Zamawiający był zobowiązany do ustalenia i oceny wystąpienia przesłanek opisanych w art.11 ust.2 ustawy, o której wyżej mowa.

Według zapatrywania Izby – Zamawiający w granicach powyższego przepisu prawa dokonał oceny powyższych przesłanek ustawowych.

Zdaniem Izby – zastrzeżone przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa znajdujące się w spornych formularzach informacje stanowią informacje o charakterze technicznym i technologicznym posiadające dla niego określoną wartość gospodarczą.

Powyższe informacje dotyczą szczegółowych zestawień sprzętowych i określonych licencji (informacje techniczne i technologiczne), które mają charakter know-how i łącznie gwarantują Przystępującemu zachowanie odpowiedniej pozycji na konkurencyjnym rynku, a zatem posiadają dla niego istotną wartość gospodarczą.

Powyższe informacje nie zostały w żaden sposób przekazane do sfery powszechnej dostępności, a

Przystępujący wykazał, że podjął stosowne środki zabezpieczające tego rodzaju informacje poprzez realizację szczegółowych postanowień Polityki Bezpieczeństwa Informacji w Netia S.A. (obowiązujących od dnia 1 października 2019 r.) oraz poprzez wykonanie Polityki Bezpieczeństwa Netia S.A.

Izba postanowiła oddalić dowód A złożony przez Odwołującego z karty katalogowej urządzenia jednego producenta i z opracowania własnego Odwołującego, z tego powodu, że dowody te dotyczą tylko jednego urządzenia w warstwie sprzętowej (hardwarowej), a nie zestawienia sprzętowego wielu urządzeń powiązanych różnymi sieciami licencyjnymi w sferze oprogramowania (software).

Ponadto, Izba oddaliła dowód B złożony przez Odwołującego z odwołania Netia S.A. z dnia 8 lutego 2024 r. z tego powodu, że podane w tamtym odwołaniu informacje techniczne wraz z opisami funkcjonalności urządzeń zostały wskazane jedynie dla potwierdzenia zarzutów odwołania w tamtym postępowaniu odwoławczym i nie przesądzały jakie zestawienie sprzętu i oprogramowania zostanie zadeklarowane w ofercie Przystępującego.

Z tych wszystkich powodów, Izba doszła do wniosku, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.18 ust.3 ustawy Pzp nie jest trafny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:.....

.....

.....