

**WYROK**

**z dnia 19 maja 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2022 roku przez wykonawcę Integrated Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Naczelną Dyрекcję Archiwów Państwowych

przy udziale wykonawców:

- A) T-Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1156/22 po stronie odwołującego,
- B) Apex IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1156/22 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. odrzuca zarzut podniesiony w petitum odwołania w pkt 1a) w całości oraz w pkt 1b) w zakresie zastrzeżenia przez wykonawcę Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie informacji zawartych na stronach 12-69 oferty jako niepodlegających udostępnieniu,
2. uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie informacji zawartych w podmiotowych środkach dowodowych i innych oświadczeniach i dokumentach złożonych przez wykonawcę Apex IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w tym uzasadnienia zastrzeżenia objęcia

tajemnicą przedsiębiorstwa, unieważnienie wezwania wykonawcy Apex IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, odrzucenie oferty wykonawcy Apex IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych;

3. kosztami postępowania obciąża w części 1/4 odwołującego wykonawcę Integrated Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz w części 3/4 wykonawcę wnoszącego sprzeciw Apex IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę wnoszącego sprzeciw tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3.2. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 13 950 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiące 3/4 kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz od odwołującego na rzecz wykonawcy wnoszącego sprzeciw kwotę 900 zł 00 gr (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) tytułem 1/4 wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający - Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Dostawa, wdrożenie i uruchomienie infrastruktury hiperkonwergentnej oraz sieciowej realizującej potrzeby Naczelnej Dyrekcji Archiwów Państwowych”, numer sprawy BDG-WO.261.13.2021. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonym, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 sierpnia 2021 r. numer 2021/S 153-406440.

W dniu 25 kwietnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwanego dalej „Odwołującym”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu

1a) uzasadnienia dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia niejawności informacji, o którym mowa w pkt 7 oferty Apex.IT, pomimo iż Apex.IT wraz z przekazaniem takich informacji, tj. uzasadnienia zastrzeżenia niejawności informacji, nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – a to z uwagi na brak uzasadnienia dla zastrzeżenia niejawności treści uzasadnienia, że zastrzeżone informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

1b) zastrzeżonych przez Apex.IT jako niepodlegające udostępnieniu, informacji zawartych na stronach 12- 69 oferty Apex.IT oraz informacji zawartych w złożonych przez tego wykonawcę w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych i innych oświadczeń i dokumentów, pomimo faktu braku wykazania przez Apex.IT, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy,

a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia informacji niepodlegających wyłączeniu z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie

art. 18 ust. 3 Pzp;

2. niezasadne dokonanie czynności wezwania Apex.IT do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu dostaw w trybie art. 128 ust. 4 Pzp w dniu 1 kwietnia 2022 r., poprzez udzielenie przez Apex.IT informacji o zakresie wskazanego w wezwaniu zamówienia, w szczególności uwzględniając, czy w zakresie była dostawa i instalacja przełączników sieciowych oraz platformy hiperkonwergentnej lub jej elementów, które wraz z infrastrukturą zamawiającego pozwalało stworzyć platformę hiperkonwergentną, podczas gdy wymaganie dostarczenia jedynie elementów, które wraz z infrastrukturą zamawiającego pozwalają stworzyć platformę hiperkonwergentną (a nie kompletnej platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych) jest sprzeczne z treścią warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 SWZ, co stanowi naruszenie art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 112 ust. 1 Pzp;
3. zaniechanie odrzucenia oferty Apex.IT z uwagi na fakt, że Apex.IT nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ), pomimo tego, że Apex.IT nie wykazał wykonania co najmniej 1 dostawy (umowy) polegającej na dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia niejawności informacji, o którym mowa w pkt 7 oferty Apex.IT, a także uzasadnienia dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia niejawności informacji zawartych w podmiotowych środkach dowodowych oraz wyjaśnieniach Apex.IT;
3. odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych na stronach 12 - 69 oferty Apex.IT oraz informacji zawartych w złożonych przez tego wykonawcę w postępowaniu podmiotowych środkach dowodowych i innych oświadczeniach i dokumentach;
4. unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2022 r. wezwania Apex.IT do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu dostaw jako sprzecznej z treścią warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 SWZ,

5. wykluczenia Apex.IT z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 SWZ i odrzucenia oferty Apex.IT zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

W dniu 14 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Apex.IT jako najkorzystniejszej. Na wniosek Odwołującego w dniu 19 kwietnia 2022 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu protokół postępowania wraz z załącznikami. Tym samym, Zamawiający zakończył proces weryfikacji poprawności i skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców informacji jako stanowiących tajemnicę ich przedsiębiorstwa w przedmiotowym postępowaniu, co uzasadnia wniesienie przedmiotowego odwołania. Na skutek tej czynności Odwołujący powziął wiadomość o zaniechaniu przez Zamawiającego odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacje zawarte w ofercie oraz w podmiotowych środkach dowodowych i innych oświadczeniach i dokumentach złożonych przez Apex.IT w postępowaniu.

Zamawiający na wniosek Odwołującego w dniu 19 kwietnia 2022 r. przekazał Odwołującemu następujące dokumenty wykonawcy Apex.IT:

- 1) Oferta Apex.IT - zawiera 4 dokumenty:
  - a) oferta nr 3 Apex.IT część jawna – 11 stron
  - b) JEDZ – 15 stron
  - c) Wadium – 1 strona
  - d) Pełnomocnictwo – anonimizacja – 1 strona
- 2) Informacja z Krajowego Rejestru Karnego o podmiocie zbiorowym – Apex.IT
- 3) Informacja z Krajowego Rejestru Karnego o osobie – członek organu zarządzającego Apex.IT
- 4) Informacja z Krajowego Rejestru Sądowego dotycząca Apex.IT
- 5) Oświadczenie Apex.IT o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę lub ofertę częściową
- 6) Oświadczenie Apex.IT o wyrażeniu zgody na wybór oferty.

W przekazanych przez Zamawiającego załącznikach do protokołu znajduje się wezwanie Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2022 r. skierowane do Apex.IT w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wykazu dostaw wraz z dowodami należytego wykonania dostaw, wykazu osób.

Powyższe wskazuje, że Odwołującemu nie zostały udostępnione podmiotowe środki dowodowe złożone przez Apex.IT w postaci wykazu dostaw i wykazu usług, a także nie zostało Odwołującemu udostępnione uzasadnienie zastrzeżenia niejawności informacji zawartych

w podmiotowych środkach dowodowych.

W przekazanych przez Zamawiającego załącznikach do protokołu znajduje się wezwanie Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2022 r. skierowane do Apex.IT w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu dostaw – dostawy zrealizowanej (...) – tekst wyczerpiony, która miała polegać na dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu infrastruktury IT do centrum przetwarzania danych składających się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych. W treści wezwania Zamawiający żądał złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, jaki dokładnie był zakres wskazanego w wezwaniu zamówienia, w szczególności uwzględniając, czy w zakresie była dostawa i instalacja przełączników sieciowych oraz platformy hiperkonwergentnej lub jej elementów, które wraz z infrastrukturą zamawiającego pozwalało stworzyć platformę hiperkonwergentną.

Wśród dokumentów udostępnionych Odwołującemu nie było odpowiedzi Apex.IT na powyższe wezwanie Zamawiającego.

Powyższe wskazuje, że Odwołującemu nie zostały udostępnione wyjaśnienia złożone przez Apex.IT na wezwanie Zamawiającego z dn. 1 kwietnia 2022 r., a także nie zostało Odwołującemu udostępnione uzasadnienie zastrzeżenia niejawności informacji zawartych w tych wyjaśnieniach.

Podkreślenia wymaga fakt, że w złożonej ofercie Apex.IT w punkcie 7 oświadczył:

„Oświadczamy, że niniejsza oferta zawiera na stronach nr od 12 do 69 informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; UZASADNIENIE:

Uzasadnienie zawiera tajemnica przedsiębiorstwa.”

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w udostępnionych protokole i załącznikach do protokołu nie przekazał Odwołującemu uzasadnienia Apex.IT zastrzeżenia niejawności informacji zawartych w ofercie, ani też uzasadnienia zastrzeżenia niejawności treści podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu dostaw i wykazu usług.

Powyższe czynności i zaniechania Zamawiającego naruszają przepisy ustawy.

### **Zarzut 1 (a i b)**

**Zaniechanie wykazania skuteczności zastrzeżenia niejawności uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie, podmiotowych środkach dowodowych, wyjaśnieniach wykonawcy**

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „znk”), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nakaz zawarty w przywołanym przepisie oznacza, że wykonawca ma obowiązek jednocześnie ze złożeniem informacji zastrzeganych jako niepodlegające uzasadnieniu, wykazać że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Apex.IT nie wykonał powyższego obowiązku. Z treści oferty wykonawcy, z pkt 7 wynika, że Apex.IT zastrzegł jako niepodlegające udostępnieniu uzasadnienie że oferta zawiera na stronach nr od 12 do 69 informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ofercie brak jest jednak uzasadnienia takiego zastrzeżenia, tj. uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia zastrzeżenia niejawności informacji zawartych w ofercie.

W świetle art. 18 ust. 3 Pzp już tylko z tego powodu, tj. braku uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia zastrzeżenia niejawności informacji zawartych w ofercie, Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu treść uzasadnienia, o którym mowa w pkt 7 oferty, tj. treść uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia zastrzeżenia niejawności informacji zawartych w ofercie.

Analogiczny obowiązek spoczywał na Zamawiającym w stosunku do uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia niejawności podmiotowych środków dowodowych (wykazu dostaw, wykazu usług) oraz innych oświadczeń i dokumentów złożonych przez Apex.IT w postępowaniu.

Podsumowując, Zamawiający z naruszeniem art. 18 ust. 3 Pzp zaniechał udostępnienia Odwołującemu treści uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia zastrzeżenia niejawności informacji zawartych w ofercie Apex.IT, w podmiotowych środkach dowodowych oraz innych oświadczeniach i dokumentach złożonych przez Apex.IT w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czym naruszył przepisy ustawy.

### **Nieskuteczność zastrzeżenia niejawności całej treści oferty, podmiotowych środków dowodowych, oświadczeń i dokumentów**

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że Apex.IT nie sprostał obowiązkowi wykazania, że informacje zastrzeżone przez tego wykonawcę jako niejawne

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, że w świetle art. 18 ust. 3 Pzp mogą zostać wyłączone z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności odwołujący zwraca uwagę, że Apex.IT zastrzegł całą treść dokumentów i oświadczeń, a ponadto treść uzasadnienia zastrzeżenia nieudostępniania informacji zawartych w zastrzeganych dokumentach i oświadczeniach.

Należy podkreślić utrwalony w orzecznictwie KIO pogląd, o zastrzeganiu informacji, a nie dokumentów. W wyroku z dnia 24 lutego 2017 sygn. akt KIO 242/17, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem, powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane”.

Za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentu, w sytuacji gdy może on zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, że w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 uznk. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp.

Tezę tę potwierdza wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 715/21, w którym Izba wskazała, że nieuzasadnione i sprzeczne z prawem jest akceptowanie działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które w sposób oczywisty nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Innymi słowy, ochroną poufności co do zasady powinny być objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk”.

Konieczne jest zatem aby takie informacje posiadały dla wykonawcy wartość, a ich ujawnienie groziło poniesieniem szkody. Przy czym szkoda ta ma mieć inny wymiar niż tylko umożliwienie konkurencyjnym wykonawcom rzetelnej weryfikacji złożonych wyjaśnień dotyczących zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego, czy też faktu spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Należy podkreślić, że Zamawiający prowadząc postępowanie każdorazowo ma obowiązek zweryfikowania, czy dane informacje, oznaczone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają stawiane jej w art. 11 ust. 2 uznk przesłanki. W wypadku gdy zamawiający stwierdzi, że nie posiadają one takiego charakteru wówczas



podlegają one ujawnieniu. Zgodnie bowiem z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. III CZP 74/05), „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.”

Zakaz wyręczenia wykonawcy w obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia dotyczy także bezkrytycznego przyjmowania zastrzeżenia o charakterze ogólnikowym i sprowadzającego się do abstrakcyjnych deklaracji wykonawcy, w oderwaniu od faktycznego zakresu i znaczenia zastrzeganych dokumentów.

### **Brak wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy**

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa – zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy znk – 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. Zatem z legalnej definicji pojęcia "tajemnica przedsiębiorstwa" wynika, iż podstawą faktyczną uznania danych informacji za podlegające ochronie jest ich charakter, okoliczność, że nie są one powszechnie znane albo łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji oraz podjęte przez wykonawcę czynności zmierzające do ich ochrony i zachowania poufnego charakteru. Podkreślenia wymaga, że aby wykonawca mógł określone informacje skutecznie zastrzec tajemnicą przedsiębiorstwa, wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji muszą być spełnione łącznie.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzeżona informacja spełnia łącznie wystąpienie następujących o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy znk:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

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

W kontekście obowiązku wykazania spełnienia tych przesłanek podkreślenia wymaga, że nie jest wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek, konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w konkretnych okolicznościach. Powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia określone okoliczności muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, a także powinny być – stosownie do możliwości i potrzeb – poparte dowodami.

Odwołujący wskazuje, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wbrew obowiązkowi wynikającemu z treści art. 18 ust. 3 Pzp, Apex.IT nie wykazał, z jakiego względu informacje zawarte w treści oferty, jak również w podmiotowych środkach dowodowych oraz oświadczeniu stanowiącym wyjaśnienie treści podmiotowych środków dowodowych, winny podlegać ochronie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

W celu objęcia informacji ochroną należną tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest wykazanie spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 pkt 1-3 znk łącznie. Oznacza to, że w przypadku niewykazania zaistnienia choćby jednej z przesłanek należy uznać, że ochrona ta przedstawionym przez Apex.IT informacjom nie przysługuje.

Podkreślić należy, że nie wszystkie informacje zastrzeżone przez Apex.IT i zawarte w utajnionej części oferty Apex.IT – biorąc pod uwagę określoną przez Zamawiającego w pkt 9.3 SWZ zawartość oferty, mają charakter techniczny, technologiczny, czy też organizacyjny przedsiębiorstwa. Podobnie cała treść wykazu dostaw i wykazu usług jako takie nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa tego wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji określenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów, dokumenty te jako całość nie mogą zostać wyłączone z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Taki skutek zastrzeżenia informacji, bez wskazania tych informacji, które faktycznie spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy - nie jest objęty ochroną w świetle art. 11 ust. 2 znk, a tym samym nie podlega wyłączeniu z zasady jawności postępowania na podstawie art. 18 ust. 3 pzp.

W ocenie Odwołującego, powyższe informacje w zakresie wskazanym w odwołaniu zostały bezpodstawnie uznane przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżone jako

tajemnica przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, powinny zostać przez Zamawiającego udostępnione.

W okolicznościach sprawy nie było podstaw do wyłączenia informacji zawartych na stronach 12 – 69 oferty Apex.IT, informacji zawartych w treści podmiotowych środków dowodowych oraz w treści oświadczeń i dokumentów złożonych przez tego wykonawcę, z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp. Prowadzi to do wniosku, że zastrzeżenie treści złożonych przez Apex.IT oferty, podmiotowych środków dowodowych oraz udzielonych wyjaśnień, miało na celu jedynie uniemożliwienie ich weryfikacji przez Odwołującego, a w konsekwencji utrudnienie korzystania ze środków ochrony prawnej.

Jak przyjmuje się w doktrynie, nie może budzić żadnych wątpliwości, że jedną z podstawowych zasad, jakimi kierować się musi zamawiający prowadzący postępowania o udzielenie zamówienia, jest jawność postępowania. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie innych fundamentalnych zasad obowiązujących w toku jego prowadzenia, tj. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy zamówienia publicznego, z czym muszą się liczyć wykonawcy pragnący wziąć udział w postępowaniu. Wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia

z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego. Zasada jawności postępowania ma dodatkowo służyć umożliwieniu samodzielnej kontroli przez wykonawców pod kątem prawidłowości i zgodności z przepisami czynności podejmowanych przez zamawiającego” (tak: A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 18.). Innymi słowy zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stanowiska doktryny i orzecznictwa są zgodne, że aby zastrzeżenie tajemnicy było skuteczne, musi zostać wykazane przez wykonawcę, że spełnione zostały łącznie przesłanki o charakterze formalnym nakazujące wykazanie, iż zastrzeżona informacja faktycznie nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Przy czym, wykonawca zobligowany jest wskazać na konkretne działania, jakie podjął w celu ochrony poufności danej informacji, jak również na przesłanki o charakterze materialnym pozwalające na stwierdzenie, że informacja, którą wykonawca stara się chronić, ma walor techniczny, technologiczny,

organizacyjny lub inny, oraz wykazać, że dana informacja posiada wartość gospodarczą. „Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa” (za: A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 18.). Innymi słowy, możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonej w art. 18 ust. 1 ustawy. Wyjątek nie może być interpretowany w sposób rozszerzający, a tym samym nie jest możliwe przyjęcie założenia, że wszystko, co oznaczył dany wykonawca jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowi informację, którą można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie podejście do badania uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z brzmieniem art. 18 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym dopiero wykazanie przez wykonawcę, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa pozwala na jej utajnienie.

Podsumowując, informacja nie tylko musi spełniać ustawowo określone warunki, pozwalające uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – aby dana informacja mogła zostać wyłączona z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca musi wykazać (udowodnić), że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nadto, wykonawca już w chwili składania informacji zastrzeganych przez siebie jako niepodlegające ujawnieniu, zobowiązany jest nie tylko zastrzec ich niejawność, ale wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Apex.IT w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 18 ust. 3 Pzp.

## **Zarzut 2**

### **Brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Apex.IT**

Zgodnie z brzmieniem pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 SWZ, wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli wykazać, że dysponują zdolnością techniczną i zawodową zapewniającą wykonanie niniejszego zamówienia, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy

– w tym okresie, wykonali należycie co najmniej 1 dostawę (umowę) polegające na dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych.

Należy podkreślić, że warunek sformułowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu brzmi: „(...) Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje zdolnością techniczną 1 zawodową zapewniającą wykonanie niniejszego zamówienia, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 dostawę (umowę) polegające na dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych.”

Aby spełnić powyższy warunek, Wykonawca winien nie tylko wykazać, że dostarczył sprzęt do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych, ale również ją wdrożyć i uruchomić, czyli zrealizował w pełni dostawę.

Apex.IT przedłożył na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy wykaz dostaw wraz z dowodami mającym na celu potwierdzenie należytego wykonania dostaw wskazanej w wykazie.

Podczas badania tych dokumentów Zamawiający spostrzegł (jak wynika z wezwania z dnia 24.03.2022), że:

- wykaz dostaw zawiera informacje, że data świadczenia dostawy została określona przez Apex.IT jako termin od 27.03.2020 do 25.05.2022, a przedmiot zamówienia wskazanego przez Apex.IT w wykazie jest nadal świadczony;
- na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia Apex.IT przedłożył protokół odbioru opatrzony datą 25.05.2020, który potwierdza odbiór sprzętu do zbudowania infrastruktury IT. Brak jest w protokole informacji na temat wdrożenia i uruchomienia infrastruktury.

Po stwierdzeniu braków w przedłożonym przez Apex.IT wykazie dostaw Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał pismem z dnia 24 marca 2022 r. Apex.IT do uzupełnienia wykazu dostaw wraz z dowodami należytego wykonania dostaw. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że zgodnie z przedłożonymi dokumentami domniemywa, że zamówienie realizowane przez wykonawcę dla [...] – tekst wyczerpiony, nadal trwa (informacja wskazana w wykazie), oraz do chwili obecnej została dostarczona tylko infrastruktura IT (informacja zawarta w protokole odbioru), a co za tym idzie realizowane zamówienie nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 6 pkt 6.1 d) tiret 1. SWZ.

Z powyższego wezwania wynika, że Apex.IT nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Apex.IT nie legitymuje się wykonaniem zamówień potwierdzających spełnieniem warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 SWZ.

Odwołujący wskazuje, że Apex.IT jest bardzo aktywny w sektorze publicznym i zawarł szereg umów z podmiotami publicznymi. Z dużym prawdopodobieństwem zamówienie, którym mógł posłużyć się dla potwierdzenia doświadczenia może więc pochodzić z tego sektora.

Informacje na temat umów z podmiotami publicznymi są jawne i można je odnaleźć między innymi w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (TED).

Zgodnie z załączoną do odwołania tabelą przygotowaną na podstawie ogólnodostępnych informacji na platformie TED, Apex.IT uzyskał 35 zamówień publicznych w okresie od września 2018 do kwietnia 2022 – dowód numer 1.

Po analizie treści korespondencji Zamawiającego z Apex.IT, w szczególności wezwania z dnia 24 marca 2022 r. i wezwania z dnia 1 kwietnia 2022 r., można przedstawić

w dowodzie nr 1 listę uzyskanych zamówień zawęzić do 6 umów (zamówień publicznych) najbardziej zbliżonych zakresem do wymaganej do wykazania dostawy oraz do dat wskazanych w treści wezwania z dnia 24 marca 2022 r. - z których jednak faktycznie żadna z umów nie spełnia wymogów dotyczących dysponowania zdolnością techniczną i zawodową zapewniającą wykonanie niniejszego zamówienia określoną przez Zamawiającego w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 SWZ. Zestawienie tabelaryczne tych 6 umów stanowi dowód numer 2.

Odwołujący podnosi, że fakt, że żadna z umów nie potwierdza spełnienia przez APEX.IT warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 SWZ, był prawdopodobnie przyczyną objęcia całego wykazu dostaw wraz z dowodami należytego wykonania dostaw klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa i uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji tych informacji.

W tabeli stanowiącej dowód numer 2 tylko w jednej umowie (wskazanej w wierszu nr 5 tabeli) mowa jest o przełącznikach sieciowych.

Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że nawet ta umowa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 SWZ, ponieważ nie obejmuje pełnego zakresu dostaw wymaganego przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał aby wykonawca „wykonał należycie co najmniej 1 dostawę (umowę) polegającą na dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu

infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych”.

Tymczasem wskazana umowa dotyczy „sprzedaży i dostawy wraz z instalacją następujących elementów infrastruktury IT:

- 1) Serwery x86 Blade typ 1 w liczbie 8,
- 2) Serwery x86 Blade typ 2 w liczbie 12,
- 3) Półki do serwerów kasetowych typu Blade w liczbie 2,
- 4) Szafy montażowe 19” do serwerów o wysokości 45U w liczbie 2,
- 5) Rozbudowa używanych przez Zamawiającego 4 przełączników HP VC Flex 10/10D o moduły 10G,
- 6) Rozbudowa używanych przez Zamawiającego 4 przełączników HP 8/80 o wkładki FC 8 Gg/s w liczbie 128,
- 7) Aktywacja portów w 4 przełącznikach FC HP 8/80 używanych przez Zamawiającego.”

Zatem wskazana umowa nie obejmuje dostawy, wdrożenia i uruchomienia ani platformy hiperkonwergentnej, ani przełączników sieciowych (nie dotyczy dostawy samych przełączników lecz jedynie modułów i wkładek do posiadanych już przez Zamawiającego przełączników sieciowych).

Brak wykazania spełnienia przez Apex.IT warunku udziału w postępowaniu potwierdza, w ocenie Odwołującego, wezwanie skierowane przez zamawiającego do Apex.IT w dniu 1 kwietnia 2022 r. Zamawiający w treści wezwania żądanie złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, jaki dokładnie był zakres wskazanego w wezwaniu zamówienia, w szczególności uwzględniając, czy w zakresie była dostawa i instalacja przełączników sieciowych oraz platformy hiperkonwergentnej lub jej elementów, które wraz z infrastrukturą zamawiającego pozwalało stworzyć platformę hiperkonwergentną.

Treść wezwania do wyjaśnień sugeruje, że Zamawiający wobec uzasadnionych wątpliwości co to faktycznego zakresu wykonanej przez Apex.IT dostawy, wskazanej w wykazie dostaw, modyfikuje faktycznie treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 SWZ – i dokonuje tego po upływie terminu składania ofert, kiedy warunki i wymagania określone w SWZ są już wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Z treści wezwania z dnia 1 kwietnia 2022 r. wynika jednoznacznie, że Zamawiający, po terminie składania ofert, łągodzi wymagania dotyczące doświadczenia, jakim legitymować musi się wykonawca. Zamawiający nie wymaga już doświadczenia w wykonaniu dostawy, wdrożenia i uruchomienia infrastruktury IT, na którą ma składać się platforma hiperkonwergentna i przełączniki sieciowe, a wymaga jedynie dostarczenia „elementów, do stworzenia infrastruktury hiperkonwergentnej”. Innymi słowy Zamawiający, po terminie

składania ofert modyfikuje treść warunku, w taki sposób, aby APEX.IT mógł wykazać spełnienie warunku w zmienionym brzmieniu.

Gdyby Zamawiający przed dniem składania ofert doprecyzował warunek udziału w postępowaniu i stwierdził, że wymaga jedynie, aby zrealizowana przez wykonawcę dostawa obejmowała "elementy" platformy, a nie kompletną platformę hiperkonwergentną – ofertę mogliby złożyć inni wykonawcy, którzy zaniechali ubiegania się o niniejsze zamówienie

z powodu takiego a nie innego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, z powodu braku spełnienia warunków podmiotowych.

Działanie Zamawiającego stanowi rażące złamanie zasad wynikających z SWZ oraz naruszenie przepisów ustawy.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wniósł jak na wstępie.

W dniu 27 kwietnia 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca T-Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, wnosząc o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Apex.IT Sp. z o.o.

W dniu 28 kwietnia 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „Przystępującym”) wnosząc o odrzucenie zarzutu zaniechania odtajnienia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej w ofercie oraz zaniechania odtajnienia zastrzeżonej w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa (pkt 1 zarzutów Odwołania) oraz o oddalenie Odwołania w zakresie pozostałych zarzutów.

Pismem z dnia 6 maja 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o uwzględnieniu odwołania w całości.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, Przystępujący Apex.IT Sp. z o.o. w dniu 10 maja 2022 r. wniósł sprzeciw.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia



oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz Odwołującego i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na rozprawie do protokołu.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) Zamawiający w pkt 6.1.lit. d) ppkt 1 ustanowił warunek udziału w postępowaniu:

„6.1. Zgodnie z art. 112 ust 2 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu:

- d) dysponują zdolnością techniczną lub zawodową potwierdzającą zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, przejawiającą się następującym minimalnym poziomem zdolności.
  - 1) Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje zdolnością techniczną i zawodową zapewniającą wykonanie niniejszego zamówienia, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej 1 dostawę (umowę) polegające na dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych”.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 15 września 2021 r. W terminie wyznaczonym na składanie ofert wpłynęło 5 ofert.

Pismem z dnia 15 września 2021 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie, poprzez przesłanie w formie elektronicznej załączników do protokołu

z postępowania, w tym w szczególności: ofert firm konkurencyjnych złożonych w postępowaniu wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 17 września 2021 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu oferty następujących wykonawców:

- a) oferta nr 1 Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.;
- b) oferta nr 2 T-Systems Polska Sp. z o.o.;
- c) oferta nr 3 Apex IT sp. z o.o.;
- d) oferta nr 5 ESKOM IT Sp. z o.o.

Jednocześnie w piśmie, Zamawiający poinformował, że oferty Wykonawców: T-Systems Polska Sp. z o.o., Apex IT sp. z o.o. objęte są częściowo tajemnicą przedsiębiorstwa, z tej też przyczyny, Zamawiający może udostępnić wyłącznie jawną część ofert.

Pismem z dnia 7 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 126ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Przystępujący złożył w dniu 20 marca 2022 r.:

- Załącznik nr 1 – Informacja z Krajowego Rejestru Karnego,
- Załącznik nr 2 – Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego,
- Załącznik nr 3 – Oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej,
- Załącznik nr 4 – Wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- Załącznik nr 5 – Wykaz osób,
- Załącznik nr 6 – Informacja z banku,

zastrzegając jako poufne informacje znajdujące się w ofercie, w złożone wraz z ofertą lub później, informacje dotyczące wykazu wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykaz osób oraz informacje z banku. Do zastrzeżenia zostało załączone uzasadnienie dla objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 24 marca 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, m.in. do złożenia wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie - zgodnie z Rozdziałem 8 pkt. 8.9.1.4. SWZ. w zw. z warunkiem postawionym w pkt 6.1. lit. d) tiret 1. Zamawiający wyjaśnił, że w złożonym wykazie dostaw, data świadczenia dostawy została określona przez Wykonawcę jako termin od 27.03.2020 do 25.05.2022. Przedmiot zamówienia wskazanego przez Wykonawcę jest nadal świadczony. Ponadto dowód potwierdzający należyte wykonanie zamówienia -  
na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia opatrzony został datą 25.05.2020.

Protokół potwierdza odbiór sprzętu do zbudowania infrastruktury IT. Brak jest w protokole informacji na temat wdrożenia i uruchomienia infrastruktury.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że aby spełnić powyższy warunek udziału w postępowaniu, „Wykonawca winien nie tylko wykazać, że dostarczył sprzęt do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych, ale również ją wdrożył i uruchomił, czyli zrealizował w pełni dostawę. Zgodnie

z przedłożonymi dokumentami Zamawiający domniemywa, że zamówienie realizowane przez Wykonawcę dla (...) nadal trwa (informacja wskazana w wykazie) oraz do chwili obecnej została dostarczona tylko infrastruktura IT (informacja zawarta w protokole odbioru), a co za tym idzie realizowane zamówienie nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 6 pkt 6.1. d) tiret 1.SWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący pismem z dnia 28 marca 2022 r. wyjaśnił rozbieżność w datach podanych w złożonym wykazie dostaw, oraz złożył nowy wykaz dostaw wraz z dokumentami na potwierdzenie ich należytego wykonania, w którym oprócz dotychczas wskazanej dostawy, podał kolejną zrealizowaną dostawę. Dokumenty zostały również zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i opatrzone uzasadnieniem dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnienie w zakresie dodatkowa wskazanej dostawy „jaki dokładnie był zakres powyższego zamówienia, w szczególności uwzględniając czy w zakresie była dostawa i instalacja przełączników sieciowych oraz platformy hiperkonwergentnej lub jej elementów, które wraz z infrastrukturą Zamawiającego pozwalało stworzyć platformę hiperkonwergentną” .

Przystępujący, pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r. udzielił wyjaśnień na pytanie Zamawiającego, zastrzegając, iż ich treść stanowi tajemnice przedsiębiorstwa.

### **Izba zważyła co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie z wyjątkiem zarzutu podlegającego odrzuceniu.

Izba uznała, że zarzut dotyczący zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, o którym mowa w pkt 7 oferty Apex.IT Sp. z o.o.( podnoszony w pkt 1a) w całości), oraz zaniechania odtajnienia zastrzeżonych przez Apex.IT Sp. z o.o. jako niepodlegające udostępnieniu

informacji zawartych na stronach 12- 69 oferty Apex.IT Sp. z o.o. (pkt 1b)) został podniesiony z uchybieniem terminu na jego wniesienie.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zamawiający w dniu 17 września 2021 r. przekazał Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej m.in. informację, że treść oferty wykonawcy Apex IT sp. z o.o. objęta jest częściowo tajemnicą przedsiębiorstwa, z tej też przyczyny, Zamawiający udostępnił wyłącznie jawną część ofert, bez stron 12-69. Zatem w dnia 17 września 2021 r. Odwołujący został poinformowany o czynności Zamawiającego, polegającej na tym iż Zamawiający udostępnił informacje zawarte w ofercie Apex.IT Sp. z o.o. , które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego, bieg terminu na wniesienie środków ochrony prawnej w zakresie zaniechania udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, o którym mowa w pkt 7 oferty Apex.IT Sp. z o.o., oraz zaniechania odtajnienia zastrzeżonych przez Apex.IT Sp. z o.o. jako niepodlegających udostępnieniu, informacji zawartych na stronach 12-69 oferty Apex.IT Sp. z o.o. należy liczyć od dnia 17 września 2021 r., w którym to Odwołujący otrzymał informację o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę zarzutu. Podniesienie powyższego zarzutu w dniu 25 kwietnia 2022 r. należy uznać, jako wniesione z uchybieniem terminu na jego wniesienie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w złożonych Przystępującego Apex.IT Sp. z o.o. w postępowaniu podmiotowych środkach dowodowych i innych oświadczeniach i dokumentach, pomimo faktu braku wykazania przez Apex.IT Sp. z o.o., że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia informacji niepodlegających wyłączeniu z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie art. 18 ust. 3 Pzp, Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba podkreśla, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od zasady jawności jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę

przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w świetle którego: nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożony został obowiązek wykazania przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W analizowanym stanie faktycznym, przedmiotem oceny Izby było ustalenie, czy Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa skutecznie wykazał, że zastrzeżone podmiotowe środki dowodowe i inne zastrzeżone oświadczenia i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym celu Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. winien wykazać, że:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Wskazać należy również, iż w doktrynie podkreśla się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtyński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny

tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7.

Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego,

że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada (por. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 o sygn. akt KIO 500/21).

Ponadto, dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie konkretnych informacji, konieczne jest również wykazanie, że wykonawca podjął działania, które zapewniają ochronę tych informacji przed ich ujawnieniem. Dopóki bowiem wykonawca,

nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działania takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek dla przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nawet w sytuacji, gdy dane informacje, co do zasady mogą podlegać utajnieniu, wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności, nie jest zwolniony od wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Winien zatem wykazać spełnienie wszystkich warunków przewidzianych dla takich informacji, tj. że posiadają one wartość gospodarczą oraz jakie podjął działania w celu ochrony zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich, przy czym wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy, przedstawić, dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje, np. polityka bezpieczeństwa, klauzula poufności, itp.

Obowiązkowi wykonawcy wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiada obowiązek Zamawiającego rzetelnego przeanalizowania

takiego zastrzeżenia informacji, a w razie stwierdzenia, iż nie spełnia wymogów w tym zakresie, Zamawiający jest obowiązany odtajnić te informacje (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przechodząc do stanu faktycznego analizowanego w rozpoznawanej sprawie, w ocenie Izby Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżonym informacjom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wykazał żadnej z przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wykazał, na czym polega wartość gospodarcza informacji zastrzeżonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa ani jakie podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 20 marca 2022 r. Przystępujący na str. 6 wskazał, że z przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy, podobnie jak z art. 11 ust. 4 UZNK nie wynika, aby obowiązkiem wykonawcy, który zastrzegł i uzasadnił poufność informacji, w tym opisał działania podjęte w celu zachowania poufności informacji, było udowodnienie takich działań, dlatego Wykonawca ograniczył się do wyjaśnień.

Izba zauważa, że Przystępujący ograniczając się jedynie do złożenia wyjaśnień, pomija całkowicie obowiązek wynikający z treści art. 18 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym, zobowiązany jest on do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie działanie nie może zostać uznane przez Izbę, jako wyczerpujące przesłanki skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp. Samo stanowisko Przystępującego, iż nie udowodnił (co oznacza nie wykazał) – ponieważ nie był do tego zobowiązany - że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wskazuje na to, iż ich utajnienie nastąpiło z naruszeniem art. 18 ust. 3 Pzp, a zatem nieskutecznie.

Ponadto, odnosząc się do samej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba wskazuje, że Przystępujący przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne uzasadnienie, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Co więcej, można odnieść wrażenie, że zostało ono sporządzone na potrzeby innego postępowania, bowiem zawiera odwołanie do okoliczności

które nie miały miejsca w postępowaniu oraz dokumentów których Przystępujący nie składał w niniejszym postępowaniu, jak np. powoływanie się na wykazy zamówień i informacje o kontrahentach – w sytuacji w której Przystępujący wskazał tylko jedno zamówienie na potwierdzenie posiadanego doświadczenia, powoływanie się na złożone referencje – w sytuacji, gdy Przystępujący załączył jedynie protokół odbioru, powoływanie się na oświadczenia zawierające informacje o kontrahentach i wielkościach obrotów w sytuacji, gdy Przystępujący nie wskazał konkretnej wartości umowy, lecz określił ją jako wartość ponad

określoną kwotę, odwoływanie się do „wykazu usług” – w sytuacji gdy Przystępujący załączył „wykaz dostaw”, zastrzeżenie opłaconej polisy, w sytuacji gdy Zamawiający takiego dokumentu nie wymagał.

Wobec powyższych okoliczności, niezrozumiałym dla Izby jest również argument dotyczący obrazu skali i wartości relacji gospodarczych z odbiorcami na rynku jako posiadający wartość gospodarczą. Trudno również mówić, że powyższe informacje stanowią unikalny zbiór danych, świadczący o pozycji Przystępującego na rynku oraz o portfelu jego kontrahentów, których unikalność ma przesądzać o konieczności ich utajnienia. Trudno również w utajnionym wykazie dostaw znaleźć informacje stanowiące szerokie spektrum możliwości – w tym technologicznych i organizacyjnych, na co powołuje się Przystępujący. Powyższe, w ocenie Izby, w żaden sposób nie uzasadnia wartości gospodarczej utajnionych informacji.

W odniesieniu do Wykazu osób, Przystępujący wskazał że zawarł w nim informacje dotyczące kompetencji i doświadczenia osób, stanowiące dla niego istotną wartość gospodarczą, a ich utajnienie jest uzasadnione obawą przed ich „podkupieniem przez konkurencję”, co w rezultacie prowadziłoby do powstania szkody dla Przystępującego.

W ocenie Izby, powołanie się na możliwość „podkupienia” osób wskazanych w Wykazie osób, posiadających fachową wiedzę, nie jest argumentem wystarczającym, aby mówić

o wykazaniu wartości gospodarczej. Wykonawca nie musiał ujawniać całego doświadczenia zawodowego określonych osób, ale wyłącznie ich doświadczenie w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje Przystępujący. Zakres ten był więc bardzo ograniczony. Argumentacja odnośnie wartości gospodarczej ww. informacji jest ogólna i lakoniczna. Przystępujący powoływał się jedynie na obawę „podkupienia” personelu o specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu. Nie wskazał natomiast, czy i jak, a jeżeli tak, to kiedy, zetknął się z praktyką podkupywania osób, jaką liczbę osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawił też żadnego dowodu. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazał, aby wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, której Przystępujący się obawia.

Odnosząc się natomiast wprost do argumentu Przystępującego w zakresie obawy przed „podkupieniem” osób wskazanych w Wykazie osób, należy podkreślić, iż w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Okoliczność, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany



pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają jest praktyką powszechną, dotyczącą każdej branży. W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę np. odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, korzystnych warunków zatrudnienia a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów wskazanych do realizacji zamówienia, w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe.

Izba w pełni podziela utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że informacja o charakterze gospodarczym może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Dlatego wartość tę należy wykazać

w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie głośłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Tym samym argumentacja Przystępującego, dotycząca ryzyka związanego z ujawnieniem informacji dotyczących kompetencji

i doświadczenia osób, opisu fragmentu doświadczenia, oraz obawy przed „podkupieniem” osób wskazanych w Wykazie osób, bez jego wykazania, nie jest wystarczająca dla stwierdzenia, że stanowi ona wartość gospodarczą.

W odniesieniu do utajnienia informacji z banku oraz niewymaganej przez Zamawiającego polisy ubezpieczeniowej, poza przywołaniem wyroków sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, sprowadza się do argumentacji, że powyższe dokumenty zostały zastrzeżone, ponieważ stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba podkreśla również, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa brak jest wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu utrzymania poufności informacji zawartych w utajnionych dokumentach. Przystępujący powołał się na obowiązujące

u niego zasady dotyczące przechowywania poufnych informacji i ograniczony dostęp do takich informacji dla osób nieuprawnionych. Wskazał również na zawarte w umowach z pracownikami oraz kontrahentami klauzule o zachowaniu w poufności zastrzeżonych informacji oraz na wdrożony system zarządzania. Jednakże, żadna z powyższych informacji nie została poparta dowodem.

Ponadto, w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, poza obszernym odniesieniem się do orzecznictwa sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej brak jest merytorycznego wykazania zachowania w poufności zastrzeżonych informacji.

Tożsama argumentacja dla zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, została również zawarta w piśmie z dnia 28 marca 2022 r. skierowanym do Zamawiającego

w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust 1 ustawy Pzp z dnia 24 marca 2022 r. Przedłożone uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie drugiej ze wskazanych dostaw w wykazie dostaw jest całkowicie niezasadne, nawet nieadekwatne do informacji podanych w wykazie. Przedstawiona dostawa realizowana była na rzecz podmiotu publicznego, dla którego wskazane w zastrzeżeniu zasady dotyczące informacji poufnych nie mają zastosowania. Sam Odwołujący, korzystając z informacji dostępnych publicznie, uzyskał te informacje, które Przystępujący wskazał jako poufne.

Zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* (C 927/19, EU:C:2021:700 pkt 117; „Jednakże [...] instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne. Wykonawca taki musi bowiem wykazać, że informacje, których ujawnieniu się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter, na przykład poprzez dowiedzenie, że obejmują one tajemnice techniczne lub handlowe, że ich treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji lub że ich ujawnienie mogłoby przynieść mu szkodę”.

Działania Przystępujące są zatem całkowicie nieuprawnione i nie pozwalają na to, aby informacjom przez niego zastrzeżonym dać ochronę, ponad zasady obowiązujące w Prawie zamówień publicznych.

Izba nie podzieliła argumentacji Przystępującego podniesionej na rozprawie, że uzasadnienie zarzutu odnosiło się wyłącznie do wykazu dostaw, zatem w zakresie pozostałych podmiotowych środków dowodowych zarzut winien zostać oddalony.

Odwołujący w odwołaniu odnosił się do podmiotowych środków dowodowych, bez wskazywania na konkretny, natomiast wyraźne odniesienie do wykazu dostaw dotyczyło uzasadnienia dla pozostałych zarzutów.

Reasumując, wobec braku wykazania że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, a w konsekwencji przysługuje im status tajemnicy przedsiębiorstwa, zarzut Odwołującego jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Izba za zasadny uznała również zarzut niezasadnego wezwania Apex.IT Sp. z o.o. do złożenia na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu dostaw.

Warunek udziału w postępowaniu, określony w treści SWZ w pkt. w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 SWZ wymagał wykazania się przez wykonawców doświadczeniem, polegającym na

dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych. Literalna treść warunku wskazywała na konieczność posiadania doświadczenia w dostarczeniu sprzętu do budowy centrum przetwarzania danych, składającego się z platformy hiperkonwergentnej oraz przełączników sieciowych, a także ich wdrożenia i uruchomienia – objętych jedną umową, zrealizowanych jako całość.

Takie rozumienie powyższego warunku, przedstawił także Zamawiający, w piśmie z dnia 24 marca 2022 r. skierowanym do Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, w którym na str. 2 wskazał „Aby spełnić powyższy warunek, wykonawca winien nie tylko wykazać, iż dostarczył sprzęt do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych, ale również ją wdrożyć i uruchomił. Czyli zrealizował w pełni dostawę”.

Tymczasem w wezwaniu skierowanym do Przystępującego w dniu 1 kwietnia 2022 r. na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie dostawy wskazanej w wykazie dostaw, Zamawiający wyjaśniając zakres powyższego zamówienia, poprzez sformułowanie pytania dotyczącego zakresu zrealizowanego zamówienia, dopuścił również możliwość wykazania się doświadczeniem, polegającym na dostawie elementów platformy hiperkonwergentnej, które wraz z posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą pozwalały stworzyć platformę hiperkonwergentną. Zamawiający wzywając do wyjaśnienia w powyższy sposób zakres zrealizowanej dostawy, dokonał modyfikacji ww. warunku udziału w postępowaniu, dopuszczając możliwość wykazania się doświadczeniem polegającym również na dostawie elementów do stworzenia infrastruktury hiperkonwergentnej (rozbudowie lub doposażeniu istniejącej u Zamawiającego infrastruktury), a nie jak wynikało to z treści warunku wskazanego w SWZ dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych, składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych (w pełnym zakresie).

Wobec powyższego, w ocenie Izby treść wezwania do złożenia wyjaśnień dopuszczała możliwość, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem, które nie odpowiadało treści warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z brzmieniem zawartym w SWZ, przez co Zamawiający dokonał modyfikacji warunku udziału w postępowaniu po składaniu ofert.

Działanie takie należy uznać za niedopuszczalne, w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych.

Zarzut należało zatem uznać za zasadny.

Izba uwzględniła również zarzut zaniechanie odrzucenia oferty Apex.IT Sp. z o.o. z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa

w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 Specyfikacji warunków zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp. Odwołujący podnosi, że Apex.IT Sp. z o.o. nie wykazał wykonania co najmniej 1 dostawy (umowy) polegającej na dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej i przełączników sieciowych.

Izba podzieliła argumentację przedstawioną przez Odwołującego. W ocenie Izby złożony przez Przystępującego w dniu 20 marca 2022 r. Wykaz dostaw wraz z dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie dostawy nie potwierdzał, że Przystępujący legitymuje się posiadaniem doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu. Takie stanowisko prezentował również Zamawiający, wskazując w piśmie z dnia 24 marca 2022 r., że załączony do wykazu dostaw protokół odbioru, potwierdza odbiór sprzętu do zbudowania infrastruktury IT, jednak brak jest w protokole informacji na temat wdrożenia i uruchomienia infrastruktury. Bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest pomyłka w dacie wskazanej w wykazie dostaw (która została wyjaśniona), bowiem nawet gdyby Przystępujący jej nie popełnił i prawidłowo wskazał datę zakończenia realizacji zamówienia, to załączony protokół odbioru i tak nie potwierdzał posiadania doświadczenia w zakresie wdrożenia i uruchomienia infrastruktury IT, co było elementem warunku udziału w postępowaniu.

Uzupełniony na wezwanie Zamawiającego w dniu 28 marca 2022 r. wykaz dostaw zawierał nową, dodatkową dostawę, której zakres również budził wątpliwości Zamawiającego, co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tym przypadku, Zamawiający pismem z dnia 1 kwietnia 2022 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień, co do zakresu zrealizowanego zamówienia, dopuszczając jednak możliwość wykazania się doświadczeniem o zakresie węższym, mniejszym, niepełnym, w stosunku do wymagań postawionych w dokumentacji zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie, Przystępujący w ocenie Izby potwierdził, iż zrealizował przedmiotowe zamówienie w zakresie węższym niż zakres wymagany warunkiem udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, również druga ze wskazanych przez Przystępującego dostaw, wraz z dokumentem na potwierdzenie jej należytego wykonania, nie potwierdziła, że Przystępujący posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, tj. że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 6.1. lit. d) ppkt 1 Specyfikacji warunków zamówienia.

Konsekwencją braku spełnienia powyższego warunków udziału w postępowania, jest obowiązek Zamawiającego, polegający na konieczności odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp., który został przez Zamawiającego

zaniechany. Co więcej, Zamawiający zamiast odrzucić ofertę Przystępującego, dokonał w dniu 14 kwietnia 2022 r. jej wyboru, jako oferty najkorzystniejszej.

Zasadność zarzutów Odwołującego potwierdza również stanowisko Zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, w którym Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty odwołania. Podkreślenia wymaga również okoliczność, że Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji, żadnego uzasadnienia dla decyzji podejmowanych w trakcie prowadzonego postępowania, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dla okoliczności, które zadecydowały

o uwzględnieniu odwołania. Zgodnie z art. 533 ust. 2 Pzp „Gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane”. W związku z powyższym, Izba uznała że Zamawiający w całości podzielił argumentację Odwołującego, uznając zarzuty podniesione w odwołaniu za zasadne.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez Odwołującego i Przystępującego podczas rozprawy, Izba uznała, iż nie są one przydatne w sprawie, ponieważ odnoszą się do przedmiotu zamówienia, który nie był sporny w niniejszej sprawie.

Wobec powyższego, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Kosztami postępowania Izba obciążyła Przystępującego Apex.IT sp. z o.o. tj. wykonawcę wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu w części 3/4 oraz Odwołującego w części 1/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości

15 000 zł 00 gr, koszty poniesione przez pełnomocnika Przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr oraz koszty poniesione przez pełnomocnika Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr.

Izba za zasadne uznała zarzuty podniesione częściowo w pkt 1b), w pkt 2 i 3 odwołania. Zarzuty podniesione w pkt 1a) i częściowo w pkt 1b) Izba uznała za wniesione z uchybieniem terminu na ich wniesienie. Wobec powyższego Izba zasądziła od

Przystępującego Apex.IT Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego Integratet Solution Sp. z o.o. kwotę 13 950 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem 3/4 wartości wpisu od odwołania oraz 3/4 wartości wynagrodzenia pełnomocnika, oraz od Odwołującego Integratet Solution Sp. z o.o. na rzecz Przystępującego Apex.IT Sp. z o.o. kwotę 900 zł 00 gr (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) tytułem 1/4 kosztów, stanowiących wartość wynagrodzenia pełnomocnika, za które odpowiadają odpowiednio Przystępujący i Odwołujący w świetle wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....