

Sygn. akt: KIO 1845/22

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 28 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez wykonawcę **Hensoldt Sensors GmbH, Taufkirchen**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Uzbrojenia, Warszawa**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Hensoldt Sensors GmbH, Taufkirchen**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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 2019 r., poz. 2019 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

W dniu 11 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Hensoldt Sensors GmbH (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Agencji Uzbrojenia (dalej „Zamawiający”) naruszenie: (1) art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”) w zw. z art. 16 PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że zastrzeżone przez Hensoldt dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK i rzekomo nie zostały skutecznie zastrzeżone przez Odwołującego w Postępowaniu z tej przyczyny, iż Odwołujący nie wykazał dwóch spośród trzech przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa — podczas gdy w zaistniałej sytuacji konieczne i zarazem wystarczające, a przy tym zgodne z art. 18 ust. 3 PZP, było przyjęcie, że ww. przesłanki zostały skutecznie wykazane w związku z dotychczas podjętymi przez Odwołującego czynnościami, w szczególności podczas udziału w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego; względnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 powyżej, 2) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia części oferty jako zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa — w tym w zakresie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji oraz działań podjętych w celu zachowania ich w poufności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 PZP: 1) unieważnienia czynności z dnia 30 czerwca br. odtajnienia części oferty Odwołującego, a tym samym utrzymania w mocy dokonanego przez Odwołującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do treści informacji (łącznej wielkości kontraktu w ramach poprzedniego projektu) zawartych w referencjach oznaczonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa Hensoldt”, względnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia żądania z pkt 1 powyżej: 2) wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia części oferty jako zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto Odwołujący wniósł o: dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie powołania tych okoliczności w postępowaniu przed Izbą, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa 15 systemów radarowej kontroli rejonu lotniska (RKRL), w tym 8 w zamówieniu podstawowym i 7 w ramach prawa opcji, wraz z wykonaniem niezbędnej infrastruktury (w tym robót budowlanych) związanych z montażem i funkcjonowaniem RKRL oraz przeprowadzeniem szkoleń i dostawą niezbędnej dokumentacji i pakietu logistycznego.

Hensoldt jest wykonawcą, który złożył w Postępowaniu ważną ofertę. Do oferty Odwołujący załączył referencje pochodzące od swoich wcześniejszych kontrahentów, jednocześnie zastrzegając na piśmie wskazane w nich wartości zamówień jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa (dalej jako „Uzasadnienie Hensoldt”).

Odwołujący wskazał, że w dniu 30 czerwca br. Zamawiający ogłosił decyzję o odtajnieniu Tajemnicy Hensoldt z uwagi na rzekome niewykazanie przez Odwołującego, że zastrzegane przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą, oraz niewykazanie podjęcia działań mających na celu zachowanie owych informacji w poufności. W ocenie Odwołującego, działania Zamawiającego nie zostały poprzedzone jakimkolwiek wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień złożonego zastrzeżenia tajemnicy Hensoldt, pomimo tego, że w toku poprzedniego postępowania nr IU/130/XI-68/ZO/POOiB/DOS(SS/2020 Zamawiający uznał analogiczne w zakresie treści i przedmiotu (wartości zamówień zawartych w referencjach) zastrzeżenia za skuteczne.

Odnosząc się do bezpodstawnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Tajemnica Hensoldt nie posiada wartości gospodarczej w rozumieniu art. 18 ust. 3 PZP, Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że na gruncie prawa polskiego jakkolwiek postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, co obejmuje również jawność dokumentów i informacji składanych przez wykonawców, niemniej owa zasada jawności nie jest absolutna. Potrzeba ograniczenia tej zasady ujawnia się w szczególnym stopniu w przypadku postępowań objętych stosowaniem Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. (dalej jako „Dyrektywa obronna”). W prawie polskim ustawodawca nakazuje zamawiającym respektować poufność dokumentów składanych przez wykonawców, jeżeli stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK. Zgodnie z art. 18 ust. 3 PZP informacje takie są chronione pod warunkiem, że wykonawca: a) zastrzegł wraz z przekazaniem informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz b) wykazał, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK. Odwołujący wskazał, że pierwszą z przesłanek uznania informacji za

tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez nią wartości gospodarczej w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Przez wartość gospodarczą należy rozumieć „pewną wartość ekonomiczną”, przejawiającą się w możliwości zaoszczędzenia wydatków lub zwiększenia zysków poprzez przedsiębiorcę, który wejdzie w jej posiadanie. Co szczególnie godne uwagi, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO zamawiający w zakresie oceny tej przesłanki powinni prezentować podejście liberalne, w tym sensie, że winni uznawać za wykazaną już „minimalną aktualną lub potencjalną wartość gospodarczą informacji”. Tak więc do przyjęcia, że konsekwencją odtajnienia danej informacji będzie zakłócenie konkurencji, co należy uznać za jednoznaczne z posiadaniem przez nią wartości gospodarczej, wystarczy już, żeby jej ujawnienie mogło potencjalnie przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów konkurencji, na co wyraźnie wskazywał Odwołujący w Uzasadnieniu Hensoldt. Ponadto, w ocenie Odwołującego, również w świetle utrwalonych poglądów doktryny za informacje posiadające wartość gospodarczą uznaje się „informacje handlowe oraz dotyczące sfery organizacji i funkcjonowania przedsiębiorstwa, obejmujące całokształt doświadczeń i wiedzy przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązane bezpośrednio z wytwarzaniem określonych dóbr. Wartość gospodarczą mają również informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. Za tajemnicę przedsiębiorstwa uznać należy także wszelkie inne informacje, które w toku konkurencji mogą zachwiać jego pozycją na rynku świadczonych usług, dostaw lub robót budowlanych.” Podobnie przedstawiciele doktryny przyjmują, że „poza informacjami kwalifikowanymi jako techniczne, technologiczne czy organizacyjne mogą być zastrzegane tajemnicą przedsiębiorstwa inne informacje, pod warunkiem że obiektywnie posiadają wartość gospodarczą, np. dane dotyczące prowadzonej działalności handlowej, w tym zawarte przez wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy, stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu. Informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej”.

W ocenie Odwołującego nie ulega najmniejszej wątpliwości, że strategie cenowe przedsiębiorcy mieszczą się w zakresie informacji posiadających wartość gospodarczą. Ich treść, w szczególności zawarte w nich rozwiązania w sposób bezpośredni przekładają się na pozycję rynkową Odwołującego, pozwalając mu na maksymalizację zysków, a ich ujawnienie konkurentom w sposób bezpośredni pozwoliłoby im na zmodyfikowanie własnego podejścia rynkowego, co prowadziłoby do wzrostu zysków, jak również pozwoliłoby skuteczniej konkurować z Odwołującym, tym samym wyraźnie osłabiając jego pozycję rynkową.

Odnosząc się do bezpodstawnego zrównania przez Zamawiającego obowiązku wykazania, o którym mowa w art. 18 ust. 3 PZP, z obowiązkiem przedstawiania w każdym przypadku stosownych dowodów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarzucił Odwołującemu w decyzji o odtajnieniu, że „w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa winien przedstawić Zamawiającemu umotywowane stanowisko wraz z udowodnieniem zasadności zastrzeżenia, tj. przedłożyć dowody na potwierdzenie swojego stanowiska, nie ograniczając się jedynie do samego zastrzeżenia”. Z powyższego fragmentu nasuwa się konkluzja, że Zamawiający zrównał „wykazanie”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 PZP, z „udowodnieniem”, co oznacza, że Zamawiający przyjął, iż bez przedstawienia przez Hensoldt stosownych dowodów nie sposób uczynić zadość wymogom rozpatrywanej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, taką konkluzję należy uznać za całkowicie niezgodną z treścią art. 18 ust. 3 PZP oraz utrwaloną linią orzecznictwem KIO, która wyraźnie rozróżnia ww. pojęcia i pod żadnym pozorem nie pozwala, jak czyni to Zamawiający, przyjmować, że brak wskazania dowodów przez wykonawcę jest zawsze i bezwarunkowo jednoznaczny z niewykazaniem istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO 496/18, KIO 1132/18, KIO 979/20, KIO 2781/20, KIO 2322/21.

Odnosząc się do braku przedstawienia dowodów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnia, dlaczego jedynie przedstawienie dowodów w tym zakresie potwierdzałoby zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego bezwzględny wymóg przedstawienia dowodów w celu wykazania spełnienia przesłanek z art. 18 ust. 3 PZP należy uznać za nadmierny i stanowiący wykładnię contra legem. W konsekwencji należy przyjąć, że w świetle przywołanego orzecznictwa za całkowicie wystarczające powinno zostać uznane złożenie przez Hensoldt uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W zaistniałej bowiem sytuacji należy rozpatrywać je w świetle wszystkich okoliczności znanych Zamawiającemu, a na które składa się ww. specyfika postępowań toczonych w oparciu o Dyrektywę obronną, a także dotychczasowe działania podejmowane przez Odwołującego w poprzednich postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego. Tak więc próba nałożenia na Odwołującego obowiązku składania dalszych dowodów stanowi działania nadmierne i nieproporcjonalne, wynikające z niedostatecznie wnikliwego zbadania stanu faktycznego przez Zamawiającego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 69/20.

W ocenie Odwołującego, jeśli Zamawiającemu zostały więc przedstawione wiarygodne i spójne wyjaśnienia zawarte łącznie w Uzasadnieniu Hensoldt, to oczekiwanie jakichkolwiek dalszych dowodów uznać należy za nieuzasadnione w świetle wymogów z art. 18 ust. 3 PZP

oraz przywołanego powyżej orzecznictwa. Zwłaszcza że Zamawiający nie zgłaszał do tej pory żadnych zastrzeżeń ani wątpliwości względem identycznego zakresu treściowego uzasadnienia Hensoldt w jednym z poprzednich postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że każdorazowa ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa winna być przeprowadzana przez zamawiających ze szczególną uwagą oraz z uwzględnieniem specyfiki danego postępowania, treści zastrzeżonych informacji, jak i zwyczajów przyjętych w danej branży. Zatem po wnikliwym uwzględnieniu całokształtu okoliczności faktycznych Zamawiający powinien był dojść do wniosku o skutecznym zastrzeżeniu Tajemnicy Hensoldt. Przyczyn błędnej konkluzji o konieczności odtajnienia należy się więc doszukiwać w automatyzmie podejścia Zamawiającego, który z jednej strony nie wziął pod uwagę specyfiki postępowań objętych zakresem Dyrektywy obronnej, w których stosowanie zasady jawności powinno odbywać się ze szczególną ostrożnością i wrażliwością na poufny charakter występujących w nich danych, w tym również tajemnic przedsiębiorstwa. Jak bowiem zauważono już w preambule Dyrektywy obronnej: „(20) Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zawierają często poufne informacje, które na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych obowiązujących w danym państwie członkowskim muszą być ze względów bezpieczeństwa chronione przed dostępem ze strony osób nieupoważnionych.” Zdaniem Odwołującego, w przypadku więc tajemnic przedsiębiorstwa zastrzeganych w tego typu postępowaniach zamawiający, badając skuteczność zastrzeżenia odnoszącego się do informacji dotyczących innych postępowań obronnych, powinien a priori uwzględniać ich szczególny charakter, a także okoliczność, że co do zasady dotyczą one newralgicznej infrastruktury obronnej. W konsekwencji w przypadku dokumentów takich jak referencje — w sposób bezpośredni odnoszących się do postępowań obronnych — nie istnieje obiektywna potrzeba szerokiego uzasadniania podjęcia szczególnych środków ostrożności w celu utrzymania ich w tajemnicy. Już bowiem z samej istoty i charakteru tych postępowań, doskonale znanych Zamawiającemu jako podmiotowi działającemu w owym sektorze, wynika, że tego typu informacje są w sposób kompleksowy chronione zarówno przez zamawiających, jak i wykonawców i nie jest potrzebne przedstawianie na to jakichkolwiek dowodów. Zdaniem Odwołującego przyznał to de facto sam Zamawiający, który, jak już zostało wyżej wspomniane, w jednym z poprzednich postępowań uznał za skuteczne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego, które było podobne zarówno co do treści jak i charakteru przedmiotu (dotyczące wartości zamówień wskazanych w referencjach). Zamawiający w owym postępowaniu przyjął więc, że w zakresie pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 1 1 ust. 2 UZNK mieszczą się wartości zamówień

wskazane w referencjach przedstawianych przez Odwołującego. W szczególności więc stwierdził, że strategie cenowe Odwołującego zasługują na ochronę z uwagi na posiadanie przez nie wartości gospodarczej, a także że Hensoldt podejmuje względem swoich referencji działania mające na celu utrzymanie ich w poufności. Dowód: zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa HENSOLDT w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego 4.7. W świetle powyższego, na szczególnie negatywną ocenę (zarówno pod względem pewności stosowania prawa, jak i zgodności z PZP) zasługuje niespodziewana i nieuzasadniona decyzja Zamawiającego o odtajnieniu Tajemnicy Hensoldt. Rozumowanie Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za niekonsekwentne i mogące skutkować poniesieniem szkody przez Hensoldt.

Odwołujący wskazał, że w świetle argumentacji przedstawionej powyżej, nie ulega wątpliwości, że Tajemnica Hensoldt posiada wartość gospodarczą. Natomiast na podstawie tylko dotychczasowych działań Odwołującego, polegających na skutecznym zastrzeganiu analogicznych informacji jak te składające się na Tajemnice Hensoldt w toku postępowania nr IU 130/X1-68/ZO/POOiB/DOS/SS/2020, Zamawiający powinien dojść do konkluzji, że Odwołujący podejmuje konsekwentne działania mające na celu należyłą ochronę Tajemnicy Hensoldt przed ujawnieniem, ponieważ analogiczne typy dokumentów w sposób skuteczny chroni przed ujawnieniem w toku innych postępowań, w tym jednym przeprowadzonym przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego przedstawione powyżej okoliczności (w szczególności specyfika ochrony informacji niejawnych w zamówieniach obronnych oraz dotychczasowe skuteczne zastrzeganie wartości zamówień objętych referencjami przez Hensoldt przed Zamawiającym w toku poprzedniego postępowania), które powinny być rozpatrywane wraz z Uzasadnieniem Hensoldt jako całościowe uzasadnienie zastrzeżenia Tajemnicy Hensoldt, winny całkowicie wystarczyć Zamawiającemu do uznania przedmiotowego zastrzeżenia za wystarczające, a tym samym skuteczne w świetle art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

Odnosząc się do zarzutu zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego co do Uzasadnienia Hensoldt, Odwołujący wskazał, że w przypadku powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości w kwestii kompletności Uzasadnienia Hensoldt, mając na uwadze wrażliwość i specyfikę zastrzeganych informacji dot. postępowań obronnych, powinien był on w toku badania zastrzeżeń zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 PZP o udzielenie wyjaśnień w celu rozwiania wątpliwości odnoszących się do przekazanego Uzasadnienia Hensoldt, zwłaszcza że to właśnie Zamawiający w Postępowaniu całkowicie zmienił swoje dotychczasowe podejście do uznawania skuteczności zastrzegania wartości zamówień wynikających z referencji, zaskakując tym

samym Odwołującego i nie pozwalając mu w żaden sposób się do tego nowego podejścia odnieść.

W ocenie Odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, że w świetle zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Zamawiający, który niespodziewanie przyjął całkowicie odmienny sposób rozumienia „wykazywania” skuteczności zastrzegania wartości zamówień zawartych w referencjach od prezentowanego przez Odwołującego oraz siebie samego w poprzednim postępowaniu, powinien był chociaż wysłuchać Odwołującego — w trybie art. 223 ust. 1 PZP, pozwalając mu na ustosunkowanie się do swoich wątpliwości, zanim podjął daleko idącą i krzywdzącą dla Odwołującego decyzję o odtajnieniu Tajemnicy Hensoldt.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa 15 systemów radarowej kontroli rejonu lotniska (RKRL), w tym 8 w zamówieniu podstawowym i 7 w ramach prawa opcji, wraz z wykonaniem niezbędnej infrastruktury (w tym robót budowlanych) związanych z montażem i funkcjonowaniem RKRL oraz przeprowadzeniem szkoleń i dostawą niezbędnej dokumentacji i pakietu logistycznego. Postępowanie jest prowadzone na zasadach określonych w Dziale VI ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm. - dalej „PZP”), w trybie przetargu ograniczonego.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Odwołujący złożył dokumenty, których treść zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa tj.

- 1) „Wykaz wykonanych dostaw odpowiadających wymaganiom zawartym w sekcji 111.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu nr IU/208/IX-99/ZO/PO/DOS/Z/2021 ” sporządzony w dniu 30.05.2022 r. wraz z tłumaczeniem;
- 2) zaświadczenie z dnia 16.11.2021 r. o wywiązaniu się z dostaw w ramach umowy nr 5001 na dostawę ATNAVICS NAVAIR wraz z tłumaczeniem;
- 3) list referencyjny z dnia 27.04.2022 r. wraz z tłumaczeniem;
- 4) list referencyjny z dnia 21.02.2020 r. wraz z tłumaczeniem;
- 5) referencje z dnia 15.04.2022 r. wraz z tłumaczeniem;
- 6) list referencyjny firmy RAYTHON SYSTEMS LIMITED wraz z tłumaczeniem.

Odwołujący złożył również uzasadnienie zastrzeżenia powyższych informacji.

Izba ustaliła, że Zamawiający po dokonaniu oceny złożonego przez Odwołującego „Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, poinformował go (pismo nr AU/STIot/7646/22 z dnia 30 czerwca 2022 r.) o braku uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w/w dokumentów.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego okazały się niezasadne. Izba wskazuje na wstępie, że podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek i jako taki winien być stosowany ściśle. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że warunkiem sine qua non do uznania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest w pierwszej kolejności zastrzeżenie przez wykonawcę takich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz równoczesne wykazanie przez wykonawcę, iż spełniały się ustawowe przesłanki do ich zastrzeżenia. Niedochowanie takiego trybu ochrony informacji i bez wykazania przez wykonawcę przesłanek ich zastrzeżenia, skutkuje ich ujawnieniem przez zamawiającego.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. 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. W dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o

określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonej kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji dokumentów złożonych w postępowaniu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na

podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

W analizowanym stanie faktycznym, Izba uznała, że wykonawca Hensoldt nie wykazał w uzasadnieniu złożonym Zamawiającemu przesłanek koniecznych do zastrzeżenia jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa następujących dokumentów: Wykazu wykonanych dostaw odpowiadających wymaganiom zawartym w sekcji 111.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu nr IU/208/IX- 99/ZO/PO/DOS/Z/2021” sporządzonego w dniu 30.05.2022 r. wraz z tłumaczeniem, zaświadczenia z dnia 16.11.2021 r. o wywiązaniu się z dostaw w ramach umowy nr 5001 na dostawę ATNAVICS NAVAIR wraz z tłumaczeniem, listu referencyjnego z dnia 27.04.2022 r. wraz z tłumaczeniem, listu referencyjnego z dnia 21.02.2020 r. wraz z tłumaczeniem, referencji z dnia 15.04.2022 r. wraz z tłumaczeniem, listu referencyjnego firmy RAYTHON SYSTEMS LIMITED wraz z tłumaczeniem. Odwołujący, zdaniem Izby, w złożonym uzasadnieniu z dnia 13 czerwca 2022 r. (dalej „Uzasadnienie”) nie wykazał przesłanek zasadności zastrzeżenia, o których mówi ustawodawca w art. 11 ust. 2 UZNK.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Uzasadnienie jest lakoniczna i poza przywołaniem ustawowych przesłanek podlegających analizie w kontekście weryfikacji zasadności zastrzeżenia informacji, brak w nim merytorycznej argumentacji wykonawcy co do podstaw uznania, iż zastrzeżone dokumenty zasługują na ochronę. Odwołujący *de facto* nie odnosi się do zastrzeżonych informacji w treści uzasadnienia, ale powołuje się na ogólną definicję informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, oświadczając, iż zostały spełnione przesłanki do ich ochrony.

Po drugie, z Uzasadnienia wynika, że za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca uznaje wyłącznie „łączną wartość kontraktu w ramach poprzedniego projektu”. Izba zauważa, że wykonawca zastrzegł w całości dokumenty wskazane powyżej, nie zaś kwoty kontraktu.

Po trzecie, Izba wskazuje, że w Uzasadnieniu brak jest konkretyzacji ustawowych przesłanek ochrony zastrzeżonych dokumentów. Za taką konkretyzację nie sposób uznać ogólnego stwierdzenia wykonawcy, że ujawnienie informacji pozwoli na poznanie strategii cenowej wykonawcy. Izba zgadza się z poglądem Odwołującego, że strategia cenowa mieści się w zakresie informacji posiadających wartość gospodarczą, jednak w niniejszej sprawie

Odwołujący nie dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa cen, ale informacje z nimi związane w całości. Ponadto, zdaniem Izby zastrzeżone dokumenty nie stanowią o strategii cenowej wykonawcy, a w ich treści Izba nie odnalazła żadnego opis strategii cenowej. Strategia oznacza przyjęcie pewnych założeń, polityki wyceny określonych zamówień, przyjęcie pewnego sposobu postępowania na danym rynku w celu zdobywania zamówień, zidentyfikowanie współczynników rynkowych, które determinują powodzenie danej strategii, wskazanie sposobu implementacji strategii w przedsiębiorstwie wykonawcy. Na próżno szukać opisu takich czynników w zastrzeżonych dokumentach. Stanowią one wyłącznie wycenę konkretnego zamówienia i ocenę sposobu jego realizacji w kategoriach poprawności i prawidłowości. Zdaniem Izby, wykonawca w żaden sposób nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji/dokumentów. A tym bardziej nie uzasadnił nawet w jaki sposób ich ujawnienie przez Zamawiającego wpłynie negatywnie na pozycję rynkową wykonawcy. Jak Izba wielokrotnie wskazywała, nie sposób upatrywać wartości gospodarczej w obawie utraty zamówienia przez wykonawcę na skutek weryfikacji odtajnionych dokumentów przez innych wykonawców. Wartość gospodarcza ma wymiar obiektywny, nie zaś subiektywny, na co wskazuje stanowisko Odwołującego.

Po czwarte, Odwołujący w żaden sposób nie skonkretyzował w jakich sposób zastrzeżone informacje podlegają ochronie w jego przedsiębiorstwie. Zawarte w Uzasadnieniu jednozdaniowe stwierdzenie, że „podjęto odpowiednie kroki w celu zachowanie ich w tajemnicy” nie stanowi wykazania podjęcia takich kroków przez wykonawcę.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej pojęcia „wykazania”, Izba wskazuje, że pojęcie to zastosowane przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp należy zawsze odnosić do okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Wykazanie oznacza podjęcie przez wykonawcę czynności jakich można oczekiwać od profesjonalisty w zakresie ochrony określonego rodzaju informacji czy ich zestawienia w przedsiębiorstwie wykonawcy. Jest oczywistym dla Izby, że nie wszystkie twierdzenia wykonawcy mogą być wykazane za pomocą obiektywnych dowodów. Ale jest również oczywistym dla Izby, że szereg okoliczności uzasadniający zastrzeżenie określonych informacji może być wykazanych poprzez złożenie dowodów. I tak odnosząc się do okoliczności faktycznych sprawy, wykazanie, że zastrzeżone przez Odwołującego dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa winno być w pierwszej kolejności właściwie uzasadnione w piśmie do Zamawiającego. Z Uzasadnienia winno jasno i precyzyjnie wynikać co i dlaczego jest zastrzeżone i w jaki sposób chronione przez wykonawcę. Tymczasem, Odwołujący po pierwsze zastrzega w całości sporne dokumenty. Po drugie, w Uzasadnieniu odnosi się do określonych informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach. Już w tym zakresie

stanowisko wykonawcy jest niekonsekwentne. Odwołujący w sposób nieprecyzyjny, niedokładny identyfikuje zakres chronionych informacji i już ta okoliczność uzasadniała uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca w sposób nienależyty uzasadniał zasadność zastrzeżonych dokumentów.

Ponadto, Izba wskazuje, że wykazanie przez wykonawcę podjętych środków służących ochronie zastrzeżonych dokumentów może być uprawdopodobnione obiektywnymi dowodami. W tym zakresie, wykonawca może złożyć kopię umów, z których wynika zakaz ujawnienia informacji związanych z wynagrodzeniem, może przedstawić listę osób które mają dostęp do zastrzeżonych informacji i ich zobowiązania do ich nieujawnienia. Tymczasem Odwołujący, nie tylko nie złożył żadnych dowodów, ale nawet nie opisał owych rzekomych kroków jakie podjął w celu ochrony zastrzeżonych informacji/dokumentów.

Odnosząc się do czynności Zamawiającego w innych postępowaniach, Izba podkreśla, że analizie i ocenie ze strony Izby są czynności Zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu oraz wyjaśnienia wykonawcy złożone Zamawiającego w tym postępowaniu. Stosowanie jakiegokolwiek analogii wymagało do chociażby wykazania podobnych okoliczności faktycznych obu spraw, w tym co do przedmiotu zamówienia. W przywołanym zaś przez Odwołującego postępowaniu już sam przedmiot zamówienia jest inny niż w analizowanej sprawie. Jak wskazał również Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z 2020 r. Odwołujący zastrzegł jedynie wartość brutto dostawy. Powszechna zatem i dostępna jest informacja na rzecz jakich podmiotów Odwołujący zrealizował dostawy oraz w jakiej dacie. Wykonawca także przedstawił referencje od tych podmiotów wraz z tłumaczeniami, zastrzegając jedynie kwoty. Odwołujący w niniejszym postępowaniu prezentuje odmienne stanowisko twierdząc, że takie informacje (referencje) są kompleksowo chronione. Ponadto, jeśli Odwołujący uważał, że jakieś inne dokumenty który składał Zamawiającemu w innych postępowaniach miały zostać uwzględnione przez Zamawiającego przy ocenie zasadności zastrzeżenia informacji w tym postępowaniu przetargowym, to taką okoliczność winien wskazać w treści Uzasadnienia, czego w żaden sposób nie uczynił.

Izba zauważa, że Zamawiający nie ma obowiązku uwzględniania informacji dotyczących postępowań obronnych a priori jako tajemnica przedsiębiorstwa. Taki sposób postępowania sugeruje Odwołujący w treści odwołania. Zgodnie z wolą ustawodawcy, to po stronie wykonawcy leży obowiązek spełnienia przesłanek określonych w art. 18 ust. 3 PZP, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca w żaden sposób nie

różnicuje w tym zakresie postępowań prowadzonych w oparciu o dyrektywę obronną czy klasyczną.

Zdaniem Izby, niezasadny również uznać należy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 223 ust. 1 w zw. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis prawny uprawnia Zamawiającego do wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących m.in. innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Zdaniem Izby w okolicznościach analizowanej sprawy, wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących Uzasadnienia wiązałoby się z koniecznością złożenia przez wykonawcę nowego uzasadnienia, co Izba uważa za niedopuszczalne i naruszające zasadę równego traktowania wykonawców. Przepis art. 223 ust. 1 nie może służyć wykonawcom do sanowania uchybień i braku należytej staranności na poszczególnych etapach postępowania przetargowego. Obowiązkiem wykonawcy wskazanym przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp jest wykazanie zasadności zastrzeżenia dokumentów/informacji. Obowiązkiem wykonawcy jest w pierwszej kolejności sporządzenie wyczerpującego uzasadnienia, popartego dowodami, a jeśli takich dowodów wykonawca nie może złożyć, wyjaśnienia takich okoliczności. Zdaniem Izby Odwołujący uchybił pierwotnemu obowiązkowi wskazanemu w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Złożone przez niego Uzasadnienie nie może być uznane za wystarczające. Jest nie tylko niespójne co do zakresu informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ale również nie zostało poparte żadnymi dowodami potwierdzającymi chociażby podjęcie kroków służących ochronie zastrzeżonych informacji. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: