

Sygn. akt: KIO 3314/22

WYROK
z dnia 27 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 grudnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez **wykonawcę Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Akademickie Centrum Komputerowe Cyfronet Akademii Górniczo Hutniczej z siedzibą w Krakowie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm EUVIC SOLUTIONS S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. (Uczestnik) z siedzibą w Zielonej Górze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie części zarzutu i żądania odwołania - co do ujawnionych przez zamawiającego fragmentów uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm EUVIC SOLUTIONS S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. (Uczestnik) z siedzibą w Zielonej Górze.**
- 2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Intaris sp. z o.o. 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 wykonawcę Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. Zasądza od wykonawcy Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz

zamawiającego Akademickiego Centrum Komputerowego Cyfronet Akademii Górniczo Hutniczej z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 2022 r., poz. 1710 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 – Akademickie Centrum Komputerowe Cyfronet Akademii Górniczo Hutniczej z siedzibą w Krakowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Dostawa infrastruktury technologii obliczeniowych przyszłości w ACK Cyfronet AGH”*, nr postępowania: *ACK-DA-ZP-5000-1/22*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2022 r., za numerem 2022/S 184-517792.

W dniu 12 grudnia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania udostępnienia załączników do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm EUVIC SOLUTIONS S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. (Uczestnik) z siedzibą w Zielonej Górze – dalej Przystępujący.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 oraz art. 18 ustawy pzp poprzez zaniechanie udostępnienia oferty Przystępującego wraz ze wszystkimi załącznikami w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu udostępnienia załączników Przystępującego opisanych jako „Tajemnica przedsiębiorstwa”, w ich części jawnej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa infrastruktury technologii obliczeniowych przyszłości w ACK Cyfronet AGH. Zamówienie obejmuje swym zakresem dostawę serwerów obliczeniowych A - 60 szt., serwerów obliczeniowych B - 4 szt., serwerów dyskowych - 12 szt., serwerów usługowych - 6 szt. oraz instalację i uruchomienie wszystkich elementów składowych zamówienia.

Dalej podniósł, że Zamawiający zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy pzp w pkt. 4.8. SWZ wskazał: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211 z późn. zm.), jeżeli Wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający uzna, iż wykazana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli Wykonawca wykaże, iż określona informacja spełnia łącznie warunki: - ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, - nie została ujawniona do wiadomości publicznej, - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności”. W pkt. 4.9. SWZ Zamawiający wskazał dodatkowo: „W przypadku gdy dokumenty elektroniczne w postępowaniu, przekazywane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Wykonawca, w celu utrzymania w poufności tych informacji, przekazuje je w wydzielonym i odpowiednio oznaczonym pliku”. Przystępujący w formularzu ofertowym wskazał, które załączniki do oferty zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa:

L.p	Nazwa załącznika
1	Załącznik nr 1 do Formularza oferty – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA
2	Pełnomocnictwo konsorcjum
3	Pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę
4	Oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia (zgodnie z zał. nr 6 do SWZ) TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA W ZAKRESIE DOSTAWCY
5	Oświadczenie wykonawcy o pochodzeniu sprzętu
6	Oświadczenie wykonawcy o serwisie – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA
7	Wadium
8	Karty katalogowe serwerów – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA
9	Deklaracje CE serwerów – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA
10	Oświadczenie producenta serwerów – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA
11	Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

W dniu otwarcia ofert tj. 30 listopada 2022 r. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie ofert wraz z załącznikami. Zamawiający, w dniu 1 grudnia 2022 r. udostępnił oferty bez załączników do oferty Przystępującego opisanych jako „Tajemnica przedsiębiorstwa”.

Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie całego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 18 ust 3 ustawy pzp. Zamawiający zgodnie z warunkami, które określił w SWZ powinien, udostępniając oferty wykonawcom co najwyżej zastrzec wybrane elementy z załączników do oferty, wskazane jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w treści „Uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa”. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 lutego 2021 r. (KIO 24/21). Dodatkowo jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 19 grudnia 2018 r. w sprawie C-216/17 *Autorità Garantedella Concorrenza e del Mercato – Antitrust, CoopserviceSoc. coop.* art 7, przywołując w tym zakresie swoje poprzednie orzecznictwo. Zasada jawności wyraża się w zapewnieniu równego dostępu do podstawowych informacji związanych z zamówieniem, w tym w zapewnieniu dostępu do składanych przez wykonawców ofert. Równy dostęp do informacji oznacza spoczywający na zamawiającym obowiązek udostępnienia w ten sam sposób tych samych informacji w tym samym czasie. Zakres udostępnianych informacji musi pozwolić uczestnikom postępowania na weryfikację podejmowanych przez instytucje zamawiające decyzji związanych z postępowaniem. Jawność procesu udzielania zamówień publicznych obejmuje zatem jawność prowadzonego przez zamawiającego postępowania, jawność składanych w postępowaniu ofert oraz jawność umów w sprawach zamówień publicznych. Prawo unijne przyjmuje, że szybki i skuteczny dostęp do informacji o potencjalnym zamówieniu czy jego warunkach jest jedną z podstawowych gwarancji jawności i przejrzystości systemu zamówień publicznych.

W dniu 22 grudnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska. W dniu 26 grudnia 2022 r. Zamawiający uzupełnił swoje stanowisko w sprawie przekazując częściowo odtajnioną wersję uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego (ujawnienie fragmentów uzasadnienia).

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm EUVIC SOLUTIONS S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. (Uczestnik) z siedzibą w Zielonej Górze.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, uzupełniające stanowisko Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, w zakresie części zarzutu i żądania odwołania - co do ujawnionych przez Zamawiającego fragmentów uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm EUVIC SOLUTIONS S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. (Uczestnik) z siedzibą w Zielonej Górze. Zauważyć należy, że żądaniem odwołania było nakazanie Zamawiającemu udostępnienia załączników do oferty Przystępującego opisanych jako „Tajemnica przedsiębiorstwa”, w ich części jawnej. Mając na względzie, że Zamawiający formalnie nie uwzględnił odwołania ale zdecydował o ujawnieniu części informacji, których udostępnienia domagał się Odwołujący to tym samym, częściowo zrealizowało się żądanie odwołania. W konsekwencji, rozpoznawanie części

zarzutu w zakresie fragmentów uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołania stało się bezprzedmiotowe, a więc jak stanowi ustawa pzp – zbędne.

W pozostałym zakresie Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, gdyż Strony były w sporze co do kwestii czy pozostałe zastrzeżone załączniki zawierają informacje jawne podlegające udostępnieniu.

Izba ustaliła i zważyła, że w pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt III SWZ: Przedmiot zamówienia: *„Przedmiotem zamówienia jest dostawa infrastruktury technologii obliczeniowych przyszłości w ACK Cyfronet AGH. 1.1 Zamówienie obejmuje swym zakresem dostawę komponentów wskazanych w pkt. 1.2. poniżej oraz instalację i uruchomienie wszystkich elementów składowych zamówienia. 1.2 Zamówienie składa się z wymaganych komponentów sieciowych Ethernet i Zarządzania, a także następującej liczby serwerów: (...) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 1 A do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”.*”

W myśl pkt V SWZ: Przedmiotowe środki dowodowe: *„1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w SWZ. 2. Przedmiotowe środki dowodowe muszą potwierdzać co najmniej wszystkie parametry i wymagania oferowanej infrastruktury wskazywane w załączniku nr 1 do formularza oferty. 3. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia jednego bądź kilku przedmiotowych środków dowodowych, na wypadek, gdyby nie wszystkie parametry/wymagania zawarte były w jednym dokumencie. 4. Wykaz przedmiotowych środków dowodowych: 4.1. Deklaracja zgodności CE dla dostarczanych serwerów, 4.2. Oświadczenie Wykonawcy potwierdzające, że oferowany sprzęt pochodzi z oficjalnego kanału dystrybucyjnego producenta, 4.3. Oświadczenie Wykonawcy potwierdzające, że serwis gwarancyjny będzie realizowany przez autoryzowanego partnera serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta. 4.4. Karty katalogowe produktu, karty techniczne, karty charakterystyki, specyfikacje techniczne, foldery informacyjne, prospekty, oświadczenia producenta lub autoryzowanego przedstawiciela/dystrybutora producenta, oświadczenia wykonawcy posiadającego pisemną autoryzację producenta: a) serwerów obliczeniowych, b) serwerów dyskowych, c) serwerów usługowych, d) przełączników sieciowych.”*

Zgodnie z pkt VIII SWZ: Opis sposobu przygotowania oferty oraz informacje dotyczące składanych dokumentów i oświadczeń oraz środków dowodowych: *„1. Na zawartość oferty*

składa się wypełniony i podpisany formularz ofertowy wraz z załącznikiem nr 1 do formularza ofertowego stanowiącym opis oferowanego przedmiotu zamówienia, sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, który stanowić będzie treść oferty, (...) 4. Forma dokumentów (...) 4.8. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211 z późn. zm.), jeżeli Wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający uzna, iż wykazana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli Wykonawca wykaże, iż określona informacja spełnia łącznie warunki: - ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, - nie została ujawniona do wiadomości publicznej, - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. 4.9. W przypadku gdy dokumenty elektroniczne w postępowaniu, przekazywane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Wykonawca, w celu utrzymania w poufności tych informacji, przekazuje je w wydzielonym i odpowiednio oznaczonym pliku.”

Punkt XVI SWZ: Badanie ofert, opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert stanowi: „1. W ramach badania ofert oraz oceny ich zgodności z wymaganiami określony w OPZ Zamawiający przewiduje demonstrację przez Wykonawcę oferowanych serwerów. Przebieg demonstracji oraz zakres badanych parametrów urządzeń został szczegółowo określony w załączniku nr 1B do SWZ. Badanie ofert prowadzone w trakcie demonstracji będzie poprzedzone badaniem ofert w oparciu o przedłożone oświadczenia i dokumenty przedmiotowe. Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od przeprowadzenia demonstracji w przypadku ofert podlegających odrzuceniu niezależnie od przebiegu i wyniku demonstracji. (...)”

Zgodnie z załącznikiem nr 1B do SWZ Opis procedury demonstracji: „1.1. W celu weryfikacji wydajności oraz stabilności oferowanych serwerów obliczeniowych, Wykonawca zobowiązany jest przeprowadzić w miejscu instalacji klastra obliczeniowego demonstrację z zestawu demonstracyjnego obejmującego jeden serwer obliczeniowy typu A oraz jeden serwer obliczeniowy typu B. (...)”

Dalej Izba ustaliła, że Przystępujący w formularzu ofertowym wskazał, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią: Załącznik nr 1 do Formularza oferty, Oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia (zgodnie z zał. nr 6 do SWZ) wyłącznie w zakresie dostawcy, Oświadczenie wykonawcy o serwisie, Karty katalogowe serwerów, Deklaracje CE serwerów, Oświadczenie producenta serwerów, Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami. Przystępujący złożył wraz z ofertą: WYYJAŚNIENIA DOTYCZĄCE ZASADNOŚCI ZASTRZEŻENIA DOKUMENTÓW JAKO TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA (plik opisany: „_uzasadnienie tajemnicy_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”).

Z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Izba nie ujawnia treści powyższych załączników do oferty. Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający po wniesieniu odwołania ujawnił Odwołującemu fragmenty uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 30 listopada 2022 r. Odwołujący wniósł o udostępnienie ofert wykonawców. W dniu 1 grudnia 2022 r. Zamawiający udostępnił następujące pliki Odwołującemu z oferty Przystępującego:

- Formularz oferty.
 - Parametry techniczne jawny (w dokumencie jawne informacje to liczby sztuk oraz parametry oferowanego przedmiotu zamówienia podlegające ocenie i punktowane, wskazane również w formularzu oferty).
 - Pełnomocnictwo konsorcjum.
 - Pełnomocnictwo WSuchan.
 - Załącznik nr 6 do SWZ jawny. (w dokumencie jawne wszystkie informacje poza informacją o dostawcy: „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA (podać pełną nazwę/firmę, adres, a także w zależności od podmiotu: NIP/PESEL, KRS/CEiDG)” w OŚWIADCZENIU DOTYCZĄCYM DOSTAWCY, NA KTÓREGO PRZYPADA PONAD 10% WARTOŚCI ZAMÓWIENIA.)
 - Oświadczenie wykonawcy kanał dystrybucji.
 - Wadium 0364522 przetarg AGH,
- zaznaczając że część dokumentów została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Artykuł 18 ust. 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.”

Zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy pzp: „Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, (...) – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.”

Przedmiot sporu sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy w zastrzeżonych przez Przystępującego załącznikach do oferty znajdują się informacje jawne, które mogą zostać udostępnione nie powodując ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że Zamawiający prawidłowo nie udostępnił Odwołującemu informacji zawartych w ww. dokumentach.

Na wstępie wskazania wymaga, że w świetle 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.

Wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5, a więc o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte, a także cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, okoliczność, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie. Jak wskazano w wyroku KIO 589/21 z dnia 22 marca 2021 r.: *„Dla zachowania poufności informacji konieczne jest to, aby nie była to informacja łatwo dostępna. W ocenie Izby odpadnięcie tej przesłanki powoduje, że informacja traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa.”* Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. *Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością* (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek

wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek *wykazania*, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za *wykazanie* nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK oraz do przywołania treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp. Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy pzp wskazał również na moment, w którym powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. Stwierdzenie: *„jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał”* oznacza, że wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, dla uznania skuteczności zastrzeżenia, musi nastąpić równocześnie ze złożeniem dokumentów zawierających tajemnicę.

Zaznaczyć należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie sporu przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane przez siebie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest też rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazuje, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu dokumentów, które jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego zostały przez niego skutecznie zastrzeżone. Izba zauważa, że Przystępujący wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa złożył uzasadnienie wykazujące wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Przystępujący wyodrębnił w uzasadnieniu poszczególne zastrzegane

informacje i uzasadnił przesłanki wobec każdej z nich. Przystępujący wykazał również, że zastrzeżenie nie ma charakteru ograniczonego w czasie, a Zamawiający zobowiązał się do utrzymywania tajemnicy również na dalszych etapach postępowania oraz w trakcie realizacji zamówienia. Zastrzeżenie należało więc uznać za skuteczne, a informacje zawarte w zastrzeganych dokumentach jako niepodlegające udostępnieniu.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący zakwestionował zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym znaczeniu, że nie jest w jego ocenie możliwe zastrzeżenie całych dokumentów, a część informacji w nich zawarta jest jawna. Odwołujący nie podjął jednak próby wskazania, jakiego typu mogą to być informacje, których nie obejmowało zastrzeżenie i powinny zostać udostępnione. Izba ma świadomość, że Odwołujący miał ograniczony dostęp do oferty Przystępującego, jednak posiadał wiedzę jakiego rodzaju informacje zostały zastrzeżone już z nazw załączników opisanych jako tajemnica przedsiębiorstwa w formularzu oferty Przystępującego, który został Odwołującemu udostępniony. Dopiero na rozprawie Odwołujący argumentował, że przykładowo mogą to być kwestie formalne jak daty dokumentów. Odnosząc się do powyższego wskazania wymaga, że w myśl art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, ujawnienie dat dokumentów nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż uzyskanie takiej informacji nie pozwoli Odwołującemu na kwestionowanie oferty Przystępującego, a przynajmniej takiego wpływu Odwołujący nie wykazał.

Dalej podnieść należy, że nie jest tak jak twierdził Odwołujący, że wszystkie dokumenty zostały zastrzeżone w całości. Zauważenia wymaga, że Odwołujący otrzymał załącznik: Parametry techniczne jawny, w którym część informacji pozostała jawna jak liczba sztuk oferowanego sprzętu czy też parametry podlegające ocenie i punktowane, wskazane również w formularzu oferty. W pozostałym zakresie załącznik zawiera wyłącznie informacje, które Przystępujący skutecznie zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa, a więc nie mogą one zostać udostępnione Odwołującemu. Odwołujący otrzymał także załącznik nr 6 do SWZ jawny, w którym niejawną pozostała informacja o dostawcy, jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba dokonała analizy pozostałych zastrzeżonych dokumentów, w tym nieudostępnionych fragmentów uzasadnienia i uznała, że zawierają informacje, co do których przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa zostały przez Przystępującego wykazane. Dokumenty te przedstawiają powiązany zbiór informacji, który nie jest powszechnie dostępny, czy też znany osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są one łatwo

dostępne dla takich osób. Ponadto zdaniem Izby, ujawnienie części z tych informacji, które samodzielnie nie podlegałyby ochronie, a które stanowią marginalną część dokumentów, mogłoby stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby nie byłoby również możliwe, bez ujawnienia zastrzeganych informacji, stworzenie przez Zamawiającego streszczenia tych informacji bądź opracowania, które mogłoby zostać udostępnione, co podnosił Odwołujący na rozprawie. Zamawiający jest zobowiązany nie ujawniać informacji skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a więc prawidłowo nie udostępnił informacji przedstawionych w wymienionych przez Odwołującego załącznikach do oferty Przystępującego. W konsekwencji należało uznać, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: