

WYROK
z dnia 8 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Emil Kuriata
Jan Kuzawiński
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, **Konsorcjum firm: Cubic Defense Applications Inc., Unitronex Poland Sp. z o.o., Siltec Sp. z o.o., Wojskowa Akademia Techniczna im. J. Dąbrowskiego, Balboa Ave. 9333, 92123 San Diego, California, USA**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**, przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Polska Grupa Zbrojeniowa S.A., THALES Polska Sp. z o. o., THALES AVS France SAS, ul. Jacka Malczewskiego 24, 26-609 Radom**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **SAAB AB, Po Box 14085 Broderna Ugglas Gata, SE-581 88 Linköping**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, **Konsorcjum firm: Cubic Defense Applications Inc., Unitronex Poland Sp. z o.o., Siltec Sp. z o.o., Wojskowa Akademia Techniczna im. J. Dąbrowskiego, Balboa Ave. 9333, 92123 San Diego, California, USA**, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, **Konsorcjum firm: Cubic Defense Applications Inc., Unitronex Poland Sp. z o.o., Siltec Sp. z o.o., Wojskowa Akademia Techniczna im. J. Dąbrowskiego, Balboa Ave. 9333, 92123 San Diego, California, USA**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „dostawę, instalację i uruchomienie taktycznych systemów symulacji pola walki”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2015 r. pod nr 2015/S 246-447263.

W dniu 10 czerwca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm: Cubic Defense Applications Inc., Unitronex Poland Sp. z o.o., Siltec Sp. z o.o., Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego z siedzibą lidera w San Diego (USA) (dalej „Konsorcjum Cubic”) otrzymało zawiadomienie o dokonaniu przez Zamawiającego oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r., uznaniu za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz odtajnieniu informacji zawartych w ww. wyjaśnieniach.

Konsorcjum Cubic wniosło odwołanie wobec powyższej czynności Zamawiającego. Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1010), (dalej „uznk”), poprzez stwierdzenie, że treści wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie można zakwalifikować jako informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, i w konsekwencji odtajnienie w całości ww. wyjaśnień, podczas gdy Zamawiający powinien był przyjąć, że Odwołujący skutecznie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią kontynuację wyjaśnień Odwołującego z dnia 14 grudnia 2018 r., których zastrzeżenie tajemnicy jest prawnie skuteczne, a tym samym objęte są tą samą tajemnicą przedsiębiorstwa, i nie odtajniać tych informacji;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób pobieżny, przy braku całościowej analizy wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2019 r. w powiązaniu z wyjaśnieniami z dnia 14 grudnia 2018 r.;
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w wyniku odtajnienia wyjaśnień Odwołującego dotyczących m.in. elementów

mających wpływ na wysokość ceny oraz stosowanych przez Odwołującego rozwiązań technicznych, co stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy nie zostali wezwani do złożenia takich wyjaśnień, a po zapoznaniu się z odtajnionymi wyjaśnieniami Odwołującego wykonawcy ci uzyskają nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odtajnienia w całości wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r.,
- 2) powtórzenia czynności badania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r.,

oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta zawiera najniższą cenę, a więc ma szansę zostać wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu. Uznanie przez Zamawiającego za nieskuteczne zastrzeżenia Odwołującego dotyczące informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zawartych w wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2019 r. (będących kontynuacją wyjaśnień Odwołującego z dnia 14 grudnia 2018 r.), stanowi czynność dokonaną wbrew ustawie Pzp. Na skutek odtajnienia wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. Odwołujący może ponieść szkodę, poprzez ujawnienie innym wykonawcom oraz ewentualnie innym podmiotom - informacji, które Odwołujący ma prawo chronić jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa. Działanie Zamawiającego może się przyczynić do spadku konkurencyjności Odwołującego oraz utraty jego pozycji rynkowej na rzecz innych wykonawców. Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje zakres, który ma istotne znaczenie dla bezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej — dotyczy kwestii obronności oraz zobowiązań sojuszniczych naszego kraju w stosunku do innych członków NATO. Odwołujący wyjaśnił, że bierze udział w przedmiotowym postępowaniu, aby dać możliwość Zamawiającemu pozyskania najnowszej technologii, spełniającej światowe standardy i wymagania oraz akceptowalnej przez członków NATO. Lider konsorcjum — Cubic Defense Applications, Inc. jest amerykańskim koncernem produkującym najnowocześniejsze rozwiązania technologiczne dla wojska oraz posiadającym ogromne doświadczenie w tego typu zamówieniach.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 26 listopada 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty, w tym rozwiązań technicznych, mających wpływ na wysokość oferowanej ceny. Pytania zadane przez Zamawiającego odnosiły się do m.in. do specyficznych rozwiązań technicznych/technologicznych, które w ramach złożonej oferty Odwołujący zamierza dostarczyć na rzecz Sił Zbrojnych RP. Należy mieć na uwadze, że już sama treść pytań zadanych przez Zamawiającego może doprowadzić do ujawnienia tajemnic z zakresu obronności kraju, które nie są publicznie dostępne. W konsekwencji, również odpowiedzi

udzielone na przedmiotowe pytania, siłą rzeczy, zawierają wrażliwe, nieujawnione publicznie dane dotyczące zamówienia, w tym m.in. konfiguracji technicznych czy uzbrojenia, z którego korzystają Siły Zbrojne RP.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 14 grudnia 2018 r. złożył stosowne wyjaśnienia, w których zastrzegł, że dane obejmujące informacje techniczne, organizacyjne, marketingowe, programowe i cenowe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk. W załącznikach do wyjaśnień Odwołujący przekazał Zamawiającemu szczegółowe informacje dotyczące m.in. zastosowanych rozwiązań technicznych, które zostały zaoferowane celem spełnienia wymagań. Stanowią one nowatorskie rozwiązanie przyjęte przez Odwołującego, dlatego też zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie przyjęte przez Odwołującego rozwiązania różnią się od oferowanych przez pozostałych konkurentów, co powoduje, że oferta, którą złożył Odwołujący mogła być korzystniejsza cenowo od pozostałych ofert.

Zawiadomieniem z dnia 11 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 14 grudnia 2018 r. oraz ujawnia informacje, które w ocenie Zamawiającego nie zostały zastrzeżone zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający uznał dokonane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne, co w konsekwencji będzie skutkowało udostępnieniem tych informacji zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp.

Odwołujący w dniu 21 stycznia 2019 r. wniósł odwołanie wobec powyższej czynności Zamawiającego (sygn. akt KIO 91/19). Pismem z dnia 29 stycznia 2019 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza, postanowieniem z dnia 4 lutego 2019 r. umorzyła postępowanie odwoławcze.

Pismem z dnia 23 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, nawiązując w swoich pytaniach do treści wyjaśnień Odwołującego z dnia 14 grudnia 2018 r. Zamawiający wskazał, że zidentyfikował pewne rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 14 grudnia 2018 r., a złożoną ofertą.

Pismem z dnia 3 czerwca 2019 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego, wyjaśniając wszelkie wątpliwości. W przedmiotowym piśmie Odwołujący ponownie zastrzegł, iż treść wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym podlega ochronie, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk.

Pismem z dnia 10 czerwca 2019 r. Zamawiający poinformował, że dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i wskazał, że treści wyjaśnień oraz uzasadnienia zastrzeżenia nie można zakwalifikować jako informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą. Zamawiający uznał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 3

czerwca 2019 r. mają charakter ogólny i nie wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji będzie skutkowało udostępnieniem tych informacji, zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 oraz w zw. z art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp, a także w zw. z art. 11 ust. 2 uznk

Odwołujący podniósł, że jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania (art. 8 ust. 1 Pzp), a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 Pzp). Zasada ta nie może być stosowana jednak w sposób bezkrytyczny, bez analizy konkretnego postępowania, poprzez pryzmat interesów uczestników postępowania. Badając zasadność zastrzeżenia, Zamawiający musi brać pod uwagę nie tylko to, czy przekazywane informacje uzasadniają konieczność zastrzeżenia, lecz również charakter przekazywanych danych, co do których Odwołujący uznał, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezpodstawne i nieuprawnione ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może wiązać się po stronie Zamawiającego nie tylko z odpowiedzialnością na drodze cywilnoprawnej, ale także z odpowiedzialnością karnoprawną. Wytyczne te nabierają szczególnego znaczenia w kontekście prowadzonego postępowania, którego przedmiotem są najnowocześniejsze rozwiązania technologiczne dla wojska, a przeznaczone do treningu zarówno Sił Zbrojnych RP jak i wojsk NATO na poligonach na terenie Polski.

Mając na uwadze powyższe oraz regulację art. 8 ust. 3 Pzp, nie sposób uznać za prawidłowe stanowiska Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2019 r. zawarł stosowne zastrzeżenie, jednoznacznie wskazujące na to, że treść wyjaśnień zawiera informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nawet w przypadku niezawarcia stosownego sformułowania, Zamawiający sam powinien objąć ochroną złożone wyjaśnienia, gdyż stanowią one kontynuację wyjaśnień Odwołującego z dnia 14 grudnia 2018 r., i z tego względu powinny być zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Należy zatem uznać, iż Odwołujący dokonał skutecznego zastrzeżenia w terminie wskazanym w art. 8 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający kwestionuje istotność informacji przedstawionych przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2019 r. podobnie, jak kwestionował czynność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2018 r. W poprzednim przypadku Zamawiający wycofał się z zajętego stanowiska, uznając w pełni odwołanie Odwołującego z dnia 21 stycznia 2019 r. Powyższa okoliczność ma dla niniejszej sprawy bardzo istotne znaczenie, ponieważ wyjaśnienia z dnia 3 czerwca 2019 r. stanowią uzupełnienie wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2018 r., co wynika m.in. z treści pisma Zamawiającego z dnia 23 maja 2019 r.

Odwołujący wyjaśnił, że postępowanie prowadzone jest w znacznej części jako poufne, w związku z czym, informacje uzyskane przez Zamawiającego w ramach postępowania, szczególnie te, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, również powinny zostać zachowane w poufności, aby uniemożliwić ich uzyskanie podmiotom trzecim, w tym przede wszystkim konkurentom Odwołującego.

Zgodnie z powołaną powyżej definicją tajemnicy przedsiębiorstwa, informacje, które mogą stanowić tajemnicę to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Dodatkowo takie informacje muszą przedstawiać wartość gospodarczą dla wykonawcy, mogą być źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Informacje techniczne to informacje odnoszące się do technicznego sposobu wykonywania prac, tj. opisują metody ich wykonania, informacje technologiczne, opisują sposoby i metody działania oraz proces technologiczny wykonania zamówienia; informacje handlowe dotyczą komercyjnej strony działalności przedsiębiorstwa (informacje o marżach, kosztach zakupu materiałów i urządzeń, kosztach pracy, prowizjach, zyskach, rabatach cenowych, upustach, kooperantach); informacje organizacyjne odnoszą się do zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa, jako wewnętrznej struktury i organizacji pracy.

Wczytując się w wyjaśnienia Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r., można stwierdzić, iż obejmują one rodzaje informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W treści przedmiotowego pisma Odwołujący przekazał m.in. informacje dotyczące elementów/podzespołów oraz ich ilości, technologii rozwiązań technicznych zastosowanych w oferowanych elementach/podzespołach, konfiguracji elementów/podzespołów, które Odwołujący zamierza dostarczyć w ramach zamówienia, informacje technologiczne opracowane przez Odwołującego, informacje dotyczące optymalizacji metod realizacji zamówienia, pozwalających uzyskać oszczędności w tym zakresie, metodologię realizacji wymagań Zamawiającego. Wskazane informacje stanowią, co należy z całą stanowczością powtórzyć, ogromną wartość handlową dla firmy Cubic,

Wyjaśnienia Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. zawierają informacje dotyczące m.in. technologii i zastosowanych rozwiązań technicznych, które zostały zaoferowane celem spełnienia wymagań oraz metodologię realizacji wymagań Zamawiającego. Stanowią one nowatorskie rozwiązania przyjęte przez Odwołującego, dlatego też zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie przyjęte rozwiązania różnią się od oferowanych przez pozostałych konkurentów, co w konsekwencji powoduje, że oferta Odwołującego mogła być znacznie korzystniejsza cenowo niż pozostałe oferty.

Wskazane powyżej dane i informacje nie mogą być rozpatrywane inaczej niż jako mające szczególnie ważne znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności oferty Odwołującego i jej przewagi nad innymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Takie informacje

mają szczególny charakter o niewątpliwej wartości gospodarczej, który pozwala zakwalifikować je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 oraz w zw. z art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp

Zdaniem Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego analiza skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa została przeprowadzona w sposób pobieżny i wadliwy, przy braku całościowej analizy wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2019 r. w powiązaniu z wyjaśnieniami z dnia 14 grudnia 2018 r. Dokonana przez Zamawiającego ocena wyrażona w uzasadnieniu zawiadomienia z dnia 10 czerwca 2019 r. jest niepełna i nie uwzględnia stanowiska Zamawiającego, którego wyrazem było uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa całości wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2018 r. Zamawiający z jednej strony uznał, że informacje przekazane w wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2018 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a z drugiej strony, odmówił udzielania analogicznej ochrony informacjom przekazanych przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2019 r., które stanowią rozwinięcie i doprecyzowanie informacji przekazanych w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r. Nie powinno być jednak wątpliwości, że taka kontynuacja wyjaśnień powinna być chroniona tak samo jak pierwotne wyjaśnienia. Gdyby uznać tok rozumowania Zamawiającego za prawidłowy, wówczas ochrona zagwarantowana przez art. 8 ust. 3 Pzp okazałaby się iluzoryczna. Zamawiający nie rozważył, jak istotne znaczenie mają dla Odwołującego informacje wskazane w wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2019 r. oraz nie wziął pod uwagę faktu, że są one rozwinięciem i doprecyzowaniem informacji przekazanych w wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2018 r.

Obowiązkiem Zamawiającego było przeprowadzenie kompleksowej oceny danych ujawnionych w wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2019 r. w powiązaniu z informacjami przekazanymi przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2018 r. oraz, w konsekwencji tych ustaleń, uznanie przedmiotowych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp

Naruszenia opisane powyżej skutkują naruszeniem przez Zamawiającego zasady przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przeprowadzenie postępowania z naruszeniem ww. zasad powoduje, że odtajnienie wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy nie zostali wezwani do złożenia takich wyjaśnień, gdyż po zapoznaniu się z odtajnionymi wyjaśnieniami Odwołującego wykonawcy ci uzyskają nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną.

Ponadto, odtajnienie zastrzeżonych informacji może doprowadzić do istotnej szkody w stosunku do Odwołującego, którego oferta stanowi unikalne zestawienie elementów,

podzespołów, technologii, które całościowo tworzą produkt odmienny od oferowanych przez innych wykonawców, co pozwoliło na złożenie oferty, która jest najkorzystniejsza cenowo. Ujawnienie tych danych pozwoli pozostałym wykonawcom na wprowadzenie konkretnych rozwiązań w oferowanych przez siebie produktach, co skutkować będzie naruszeniem zasady uczciwej konkurencji nie tylko w przedmiotowym postępowaniu, ale także w każdym innym, w którym Odwołujący powoływać się będzie na określone zasoby, rozwiązania organizacyjne lub technologiczne czy zależności biznesowe. Uzyskanie przez podmioty konkurencyjne dostępu do tych informacji skutkować może uzyskaniem przez nie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej. Pozyskanie tych informacji może bowiem wpływać na sposób kalkulowania ceny, jak również umożliwić uzyskanie oszczędności lub zwiększenie zysku.

Odwołujący podkreślił, że nie jest zakazane zwracanie się przez Zamawiającego do wykonawcy z wezwaniem o doprecyzowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a możliwość żądania wyjaśnień co do zakresu tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wprost wyłączona przez przepisy Pzp. W ocenie Odwołującego, w przypadku gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien zwrócić się do Odwołującego celem wyjaśnienia wszelkich kwestii, które były dla niego niejasne, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Wykonawca SAAB AB oraz Konsorcjum firm: Polska Grupa Zbrojeniowa S.A., THALES Polska Sp. z o. o., THALES AVS France SAS (dalej: Konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa) zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Obaj przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Przystępujący SAAB AB wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO, „interes” w rozumieniu art. 185 ust. 2 Pzp winien być interpretowany szeroko, w związku z czym może on polegać także na oczekiwaniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Przystępujący uczestniczy, w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami Pzp. Jedną z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, jest jego jawność, która koresponduje z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Z norm prawnych zawartych w przytoczonych przepisach wynika obowiązek zapewnienia nie tylko wykonawcom, ale również wszelkim podmiotom zainteresowanym prowadzonym postępowaniem, dostępu do informacji z nim związanych. Przedmiotem takich informacji są co do zasady także dane zawarte w ofertach oraz wyjaśnieniach wykonawców. Ograniczenie dostępu do takich informacji może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w przepisach Pzp, przy czym przypadki te (wyjątki) winny być interpretowane w sposób zawężający. W związku z powyższym, w interesie Przystępującego, jako podmiotu aktywnie uczestniczącego

w postępowaniu, leży urzeczywistnienie zasady jawności i uczciwej konkurencji, czemu służy m.in. utrzymanie decyzji Zamawiającego o udostępnieniu informacji o treści wyjaśnień Odwołującego.

Przystępujący, Konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa, wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, złożył bowiem ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Z uwagi na fakt, że oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami określonymi w SIWZ oraz zaoferowana cena jest adekwatna do wartości przedmiotu zamówienia, Przystępujący ma realną szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia. Ze względu na powyższe, zgłoszenie przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jest uzasadnione. W ocenie Przystępującego, zastrzeżenie przez Odwołującego tajemnicy wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2019 r. nie służy ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, a wyłącznie ma na celu uniemożliwienie weryfikacji przez konkurentów wypełnienia wymagań Zamawiającego oraz prawidłowości kalkulacji ceny oferty Odwołującego. Z uwagi na powyższe brak jest podstaw do utrzymania tajności wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Zamawiający, pismem z dnia 2 lipca 2019 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wyjaśnił, że analiza pisma Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. wskazuje, że Odwołujący przytoczył obszerne cytaty ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz z pisma Zamawiającego z dnia 23 maja 2019 r., które nie zawierają informacji poufnych. Poza cytatami obejmującymi pytania Zamawiającego, treść ww. wyjaśnień zawiera krótkie odpowiedzi Odwołującego co do potwierdzenia spełnienia poszczególnych wymagań WZTT na KSSPW, LSS oraz STWPW, które to wymagania dotyczyły wszystkich uczestników postępowania. Dodatkowo w treści wyjaśnień, Odwołujący dokonał sprostowania omyłek, które zostały podane nieprawidłowo w poprzednich wyjaśnieniach. Na końcu pisma wskazano lakonicznie, że każda strona i dane przedstawione w wyjaśnieniach należy zachować w tajemnicy oraz uznać za tajemnicę handlową, zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk).

Zamawiający wyjaśnił, że informacje zawarte w treści pisma z dnia 3 czerwca 2019 r. nie spełniają przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. z o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1010), który zawiera legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślił, że uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami i intencjami podmiotu dokonującego zastrzeżenia

informacji, a wręcz przeciwnie, warunkiem sine qua non jest istnienie okoliczności obiektywnych i ich wykazanie, tj. udowodnienie Zamawiającemu.

Zamawiający wskazał na uchwałę SN z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zgodnie z którą „Zamawiający jest zobowiązany do badania skuteczności dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a w przypadku stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, zakaz ujawniania zastrzeżonych informacji podlega wyłączeniu”. Powszechnie przyjmuje się (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00), że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Zamawiający powołał się także na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym subiektywne przekonanie wykonawcy o wartości gospodarczej informacji nie jest wystarczające do objęcia ich ochroną poufności.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie wystarczającego uzasadnienia. Podobnie jak nie wykazał, na czym miałyby polegać ewentualna szkoda materialna lub niematerialna w przypadku braku uwzględnienia przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa oraz na czym polega związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy przedstawionymi informacjami, a hipotetyczną, potencjalną szkodą, co dowodzi jedynie subiektywnego przekonania Odwołującego co do możliwości powstania szkody i skutkuje uznaniem, że takie działanie mogło zostać podjęte w celu utrudnienia pozostałym wykonawcom dostępu do tego zamówienia i weryfikacji oferty, co jest niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Interpretacja art. 11 ust 2 uznk, wskazuje, że warunkiem skutecznego zastrzeżenia poufności ma być także dochowanie przez zainteresowanego należytej staranności przy podejmowaniu działań w celu dochowania poufności, tym bardziej gdy chodzi o sektor obronności. Odwołujący w piśmie z dnia 3 czerwca 2019 r. nie przedstawił na czym polegają zastosowane przez niego środki i narzędzia ochrony polityki bezpieczeństwa wobec

przesłanych informacji, poza zdawkowym stwierdzeniem „że spółka podejmuje odpowiednie działania w celu ochrony ich poufności. ", a zatem nie wypełnił dyspozycji art. 11 ust. 2 uznk. Zamawiający zwrócił uwagę, że, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wskazał on w treści pisma z 3 czerwca 2019 r. :

- 1) elementów oraz rozwiązań technicznych mających wpływ na wysokość ceny, ani sposobu w jaki elementy te są powiązane z ceną,
- 2) innych elementów/podzespołów, poza wskazaniem modelu stacji roboczej SD dla STWPW-Dell OptiPlex 7060 MT. (który został wskazany w ofercie Odwołującego nie objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) ani ich ilości, technologii i rozwiązań technicznych zastosowanych w oferowanych elementach/podzespołach, konfiguracji elementów/podzespołów, informacji technologicznych opracowanych przez Odwołującego oraz informacji dotyczących optymalizacji metod pozwalających uzyskać oszczędności,
- 3) rozwiązań technicznych, ani metodologii realizacji wymagań Zamawiającego, które zostały przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2018 r., co do których Zamawiający uznał tajemnicę przedsiębiorstwa.

W treści przedmiotowych wyjaśnień, zawarte są wyłącznie oświadczenia woli co do spełnienia warunków SIWZ w tym WZTT, które należy rozpatrywać odrębnie i niezależnie od wcześniejszych wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 14 grudnia 2018 r. W konsekwencji nie można podzielić poglądu Odwołującego, że informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2019 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie sprostował obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny, posiadający wartość gospodarczą. Odwołujący nie wykazał także przesłanki nieujawniania ww. informacji do wiadomości publicznej. Z tych względów Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, że skoro tajemnica przedsiębiorstwa zastrzeżona była dla pisma z dnia 14 grudnia 2018 r., to należało ją automatycznie zastosować do pismo z dnia 3 czerwca 2019 r.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, tj. nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia ani dowodów uwzględniających wymogi z art. 11 ust. 2 uznk, art. 8 ust. 3 w związku z art. 131v pkt 1 Pzp, dlatego wskazane wyjaśnienia z dnia 3 czerwca 2019 r zasługiwały na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w sposób obiektywny, kompleksowy i szczegółowy dokonał analizy informacji, zwłaszcza w kontekście wyjaśnień Odwołującego z dnia 14 grudnia 2018 r. Analiza treści pisma z dnia 3 czerwca 2019 r. została przeprowadzona w sposób staranny, całościowy z uwzględnieniem regulacji Pzp, uznk oraz regulacji branżowych ze szczególnym uwzględnieniem interesu obronności kraju.

Zamawiający wyjaśnił, że mimo, iż tajemnica przedsiębiorstwa została uznana dla danych zawartych w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r, to nie ma uzasadnienia dla objęcia nią

informacji zawartych w piśmie z dnia 3 czerwca 2019 r., z uwagi na brak wypełnienia przez Odwołującego przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk oraz art. 8 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 131v pkt. 1 Pzp. Zamawiający podkreślił, że postawione przez Zamawiającego pytania w wezwaniu zmierzały wyłącznie do uzyskania potwierdzenia, co do zgodności wcześniej przedstawionych i objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z SIWZ, nie wносиły zatem żadnego nowego elementu do oferty, który nie byłby wcześniej przedstawiony Zamawiającemu.

Zamawiający wskazał, że jako podmiot profesjonalny, realizujący od lat, zgodnie ze statutem i na zlecenie Ministra Obrony Narodowej, zakupy w dziedzinie obronności kraju, zachował należyłą staranność przy ocenie wyjaśnień Odwołującego. Przedmiotem wyjaśnień nie były warunki cenowe, które zawarte były we wcześniejszej korespondencji, a zatem próba przypisania Zamawiającemu w tym zakresie odpowiedzialności za naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp jest całkowicie nieuprawniona.

Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać rzekoma przewaga konkurencyjna, którą mogliby nabyć pozostali wykonawcy w przypadku odtajnienia przesłanych wyjaśnień.

W ocenie Zamawiającego zastrzeżenie tajemnicy wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2019 r. nie służy ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, a wyłącznie ma na celu uniemożliwienie weryfikacji przez konkurentów wypełnienia przez tego wykonawcę wymagań Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że nieprzestrzeganie zasady jawności i przejrzystości działania uczestników postępowania o zamówienie publiczne jest poważnym naruszeniem przepisów Pzp i może prowadzić do naruszenia prawidłowości wyboru i skutkować poważną korektą przyznanych na realizację zamówienia środków publicznych. Wobec braku wykazania przez Odwołującego przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk i art. 8 ust. 3 w związku z art. 131v pkt 1 Pzp, należy uznać, że Zamawiający postąpił w sposób prawidłowy.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020).

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca SAAB AB oraz Konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Izba nie uwzględniła opozycji zgłoszonych przez Odwołującego wobec powyższych przystąpień.

W zakresie dotyczącym rozpoznawanych zarzutów Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 26 listopada 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty, w tym rozwiązań technicznych, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wyjaśnienia Odwołującego, złożone w dniu 14 grudnia 2018 r., zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Pomimo wcześniejszej negatywnej oceny skuteczności tego zastrzeżenia, ostatecznie Zamawiający przyznał zasadność objęcia ww. wyjaśnień klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 23 maja 2019 r. Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia „wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wskazującej zgodność oferowanych wyrobów z wymaganiami SIWZ”. Zamawiający wskazał, że stwierdził rozbieżności złożonych wyjaśnień w stosunku do treści oferty. Wskazując na określone wymagania SIWZ, Zamawiający w pięciu punktach zwrócił się o potwierdzenie przez Odwołującego, że oferta spełnia wskazane wymagania SIWZ (WZTT) oraz w jednym punkcie (pkt 2) poprosił o wyjaśnienie rozbieżności w zakresie wskazania w wyjaśnieniach innego modelu stacji roboczej SD¹ dla STWPW niż w ofercie. Treść powyższego wezwania nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 3 czerwca 2019 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego. W przedmiotowym piśmie Odwołujący powtórzył w formie cytatów treść poszczególnych pytań Zamawiającego sformułowanych w wezwaniu oraz w odniesieniu do każdego z tych pytań przedstawił swoją odpowiedź, potwierdzając zgodność treści oferty ze wskazanymi przez Zamawiającego wymaganiami SIWZ (WZTT), posługując się przy tym treścią poszczególnych wymagań. W pkt nr 2 wyjaśnień Odwołujący przyznał, że wyjaśnienia z dnia 14 grudnia 2018 r. zawierały informację podaną omyłkowo.

W trakcie rozprawy Odwołujący oświadczył, że treść wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2019 r. stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w całości, z wyłączeniem informacji podanych w pkt nr 2 ww. wyjaśnień. Jednocześnie Odwołujący nie potrafił wyjaśnić, w jakim konkretnym zakresie przytoczona w odpowiedziach Odwołującego treść wymagań SIWZ stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, pozostając jedynie przy stanowisku ogólnym.

Pismem z dnia 10 czerwca 2019 r. Zamawiający dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, uznają, że treści ww. wyjaśnień nie można zakwalifikować jako informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, ponadto, informacje te mają charakter ogólny i nie wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp, a także w związku z art. 11 ust. 2 uznk

Przepis art. 8 Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady.

Przepis art. 8 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 3 powyższego artykułu ustawodawca zakazuje zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże, nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione. W ocenie Izby, z treści przepisu art. 8 Pzp, w szczególności z treści nakazu wyrażonego przez ustawodawcę „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu [...]”, wynika obowiązek badania przez zamawiającego czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny, czy zachodzą przypadki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności. W przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie tajności informacji jest bezpodstawne, zamawiający ma obowiązek odtajnić te informacje i udostępnić je, jako informacje jawne, informując o tym wykonawcę. Na tę czynność oraz na zaniechanie dokonania tej czynności przez zamawiającego w toku postępowania, uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia przysługują przewidziane w Pzp stosowne środki ochrony prawnej.

Izba w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), które nadal zachowuje swoją aktualność, iż „w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - 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." Dalej w uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy stwierdził: „W konsekwencji uznać należy, że negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta, informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania."

Przepis art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. z o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1010) stanowi, że 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. Informacje techniczne to informacje odnoszące się do technicznego sposobu wykonywania prac, tj. opisują metody ich wykonania, informacje technologiczne, opisują sposoby i metody działania oraz proces technologiczny wykonania zamówienia; informacje handlowe dotyczą komercyjnej strony działalności przedsiębiorstwa (informacje o marżach, kosztach zakupu materiałów i urządzeń, kosztach pracy, prowizjach, zyskach, rabatach cenowych, upustach, kooperantach), natomiast informacje organizacyjne odnoszą się do zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa, jako wewnętrznej struktury i organizacji pracy.

Badając zasadność zastrzeżenia, Zamawiający musi dokonać oceny czy wszystkie przesłanki do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa są spełnione. Izba nie podzieliła poglądu Odwoływającego, że „Zamawiający sam powinien objąć ochroną złożone

wyjaśnienia, gdyż stanowią one kontynuację wyjaśnień Odwołującego z dnia 14 grudnia 2018 r., i z tego względu powinny być zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zarówno w świetle przepisów Pzp, jak i uznk powyższe twierdzenie jest bezpodstawne, zgodnie bowiem z art. 8 ust. 3 Pzp, jest to uprawnienie i obowiązek wykonawcy. Nie ma też podstaw, by przyjąć w jakimkolwiek stopniu automatyzm przy ocenie przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia. Za każdym razem, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności konkretnej sprawy, zastrzeżone przez wykonawcę informacje należy poddać analizie pod względem spełnienia ustawowych warunków do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet jeśli postępowanie prowadzone jest w pewnym zakresie jako poufne, to w żadnym razie uzyskane przez Zamawiającego w postępowaniu informacje nie podlegają uznaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób automatyczny. Choć zatem wyjaśnienia z dnia 3 czerwca 2019 r. zostały udzielone w związku z wyjaśnieniami z dnia 14 grudnia 2018 r., to nie oznacza to, że nie powinny one podlegać stosownemu badaniu przez Zamawiającego w kontekście art. 11 ust. 2 uznk.

Biorąc pod uwagę powyższe, treści wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. nie można zakwalifikować jako informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą. Nie można też uznać, że uzasadnienie zastrzeżenia tych informacji przedstawione w ww. piśmie zawiera takie informacje. Zarówno wyjaśnienia, jak i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mają charakter ogólny i nie wyczerpują przesłanek wynikających z legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, określonej w art. 11 ust. 2 uznk.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. nie potwierdza, że znajdują się tam informacje dotyczące elementów/podzespołów oraz ich ilości, technologii rozwiązań technicznych zastosowanych w oferowanych elementach/podzespołach, konfiguracji elementów/podzespołów, które Odwołujący zamierza dostarczyć w ramach zamówienia, informacje technologiczne opracowane przez Odwołującego, informacje dotyczące optymalizacji metod realizacji zamówienia pozwalających uzyskać oszczędności w tym zakresie ani metodologii realizacji wymagań Zamawiającego. Są to, co prawda, informacje o charakterze technicznym, ale pochodzą one wprost z treści wymagań, określonych przez Zamawiającego w SIWZ (WZTT), które nie zostały objęte przez Zamawiającego klauzulą poufności. W zakresie opisu technicznego nie są to informacje wytworzone przez Odwołującego na potrzeby tego postępowania i złożonej oferty, nie ma w nich mowy o nowatorskich rozwiązaniach przyjętych przez Odwołującego, a jedynie powtórzenie wymagań Zamawiającego, które Odwołujący potwierdził jako spełnione. Zawarte w wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2019 r. informacje nie mieszczą się w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanej w art. 11 ust. 2 uznk. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że nie można zakwalifikować treści ww. wyjaśnień jako informacji

technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą oraz że informacje te mają charakter ogólny. Oczywistym jest, że wyjaśnienia z dnia 3 czerwca 2019 r., przy dokonywaniu ich oceny, powinny być odczytywane łącznie z wyjaśnieniami z dnia 14 grudnia 2018 r., co nie oznacza że automatycznie przypisany im powinien być, tak jak wyjaśnieniom z dnia 14 grudnia 2018 r., przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący potwierdził, że oferta złożona zarówno przez Odwołującego, jak też inne podmioty starające się o zamówienie publiczne, jest jawna i zawiera oświadczenie, w którym każdy z wykonawców potwierdził, że oferowane: KSSPW (Kompleksowy system symulacji pola walki do szkolenia batalionu), STWPW (Symulatory taktyczne współczesnego pola walki dla wojsk pancernych i zmechanizowanych) oraz LSS (laserowe symulatory strzelań) spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego ujęte w SIWZ oraz załącznikach do SIWZ, w tym WZTT. Potwierdzenie zatem spełnienia tych wymagań z przytoczeniem ich treści przez Odwołującego, jak w piśmie z dnia 3 czerwca 2019 r., nadal stanowi jedynie ogólną informację, której nie można zakwalifikować jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że Odwołujący nie wskazał, które spośród informacji zawartych w wyjaśnieniach zostały wytworzone przez Odwołującego i dotyczą metodologii realizacji wymagań Zamawiającego lub zakresu dostaw, które nie są ogólnodostępne w ramach dokumentacji postępowania.

Odwołujący zastrzegł konieczność zachowania poufności przekazywanych informacji wraz ze złożeniem wyjaśnień w piśmie z dnia 3 czerwca 2019 r. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało przedstawione w kilku ogólnych zdaniach. W ocenie Izby, uzasadnienie to należy odczytywać łącznie z uzasadnieniem podanym przez Odwołującego w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r., uznając, że złożone przez wykonawcę już wcześniej uzasadnienie obejmuje co do zasady kolejne zastrzeżenie, w szczególności zastosowane przez niego środki i narzędzia ochrony oraz polityki bezpieczeństwa firmy wobec określonych informacji, o tyle, o ile nie wymaga tego specyfika danych informacji.

Wobec powyższego, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp, a także w związku z art. 11 ust. 2 uznk.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp

Izba stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego analiza skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa została przeprowadzona w sposób rzetelny i pełny, z zachowaniem należytej staranności oraz z uwzględnieniem rzeczywistego stopnia powiązania treści ww. wyjaśnień z treścią wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2018 r. Podkreślić należy przy tym, co zostało już wskazane powyżej, że przy badaniu skuteczności

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2019 r. Zamawiający nie był związany oceną dokonaną w odniesieniu do zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2019 r.

Ponadto, treść wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2019 r. jednoznacznie potwierdza, że nie stanowią one rozwinięcia ani tym bardziej doprecyzowania informacji przekazanych w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r., a jedynie potwierdzenie spełnienia wymagań WZTT opracowanych przez Zamawiającego w ramach SIWZ. Oświadczenie złożone przez Odwołującego o spełnieniu tych wymagań, które nie są w postępowaniu objęte klauzulą poufności, nie stanowi informacji, którą można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający, dokonując weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2019 r., naruszył przepisy art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, w konsekwencji brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia zasady przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób odtajnienie wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. stawia w uprzywilejowanej pozycji pozostałych wykonawców oraz na czym mogłaby polegać w tej sytuacji przewaga konkurencyjną, którą mogliby uzyskać pozostali wykonawcy po zapoznaniu się z oświadczeniami Odwołującego o tym, że jego oferta spełnia określone wymagania SIWZ. Podkreślić należy, że wyjaśnienia z dnia 3 czerwca 2019 r. nie dotyczą elementów mających wpływ na wysokość ceny, natomiast w zakresie rozwiązań technicznych zawierają jedynie ogólne potwierdzenie spełniania wymagań WZTT.

Izba stwierdziła ponadto, że z treści pisma z dnia 10 czerwca 2019 r. wynika, że Zamawiający uznał, iż brak jest podstaw do stwierdzenia skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r., wobec czego nie był zobowiązany do żądania od Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp jakichkolwiek dalszych wyjaśnień dotyczących dokonanego zastrzeżenia.

Wobec powyższego, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp w wyniku decyzji o odtajnieniu wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. należało uznać za bezzasadny.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....

.....

.....