

**Sygn. akt: KIO 1900/21**  
**KIO 1933/21**

**WYROK**  
**z 2 września 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**  
**Anna Packo**  
**Anna Kuszel-Kowalczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie 30 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 czerwca 2021 r. przez:

1. wykonawcę Atende S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 1900/21),
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu (KIO 1933/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1900/21 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1900/21 i KIO 1933/21 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 1900/21 i nakazuje zamawiającemu:
  - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
  - 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty odwołującego Atende S.A. z siedzibą w Warszawie,
  - 1.3 poprawienie w ofercie odwołującego Atende S.A. z siedzibą w Warszawie innej omyłki, tj. zmianę oznaczenia wentylatorów z „4 x PN:NXA-FAN-160CFM2PE Nexus Fan, 160CFM, port side exhaust airflow” oraz zasilaczy z „2 x PN:NXA-PAC-2KW-PE Nexus 9000 2KW AC Power Supply, Port-side Exhaust”, na odpowiednio: „4 x PN:NXA-FAN-160CFM2PI Nexus Fan, 160CFM, port side intake airflow” oraz „2 x

PN:NXA-PAC-2KW-PI Nexus 9000 2KW AC Power Supply, Port-side Intake”.

2. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1933/21 i nakazuje zamawiającemu:
  - 2.1 odtajnienie następujących dokumentów złożonych w postępowaniu przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:
    - A. wykazu osób, zawierającego informacje o osobach skierowanych przez tego wykonawcę do realizacji zamówienia, złożonego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz wszelkich innych informacji przedstawionych przez tego wykonawcę, a dotyczących osób wskazanych w tym wykazie,
    - B. zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego oraz wszelkich innych złożonych przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie informacji i dokumentów, dotyczących tego podmiotu trzeciego,
    - C. wykazu dostaw złożonego przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na potrzeby związane z oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wszelkimi innymi informacjami dot. ww. wykazu oraz wyjaśnieniami złożonymi na wezwanie Zamawiającego z 11 czerwca 2021 r.).
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1900/21 obciąża zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie i:
  - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Atende S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1933/21 obciąża zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie i:
  - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu kwotę

18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze 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:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1900/21**  
**KIO 1933/21**

### **U z a s a d n i e n i e**

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup przełączników sieciowych CORE i ToR”, nr postępowania: DPiZP.2610.37.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 marca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 045-110542.

KIO 1900/21

28 czerwca 2021 r. wykonawca Atende S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący Atende), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, tj. wentylatora 4 x PN:NXA-FAN-160CFM2PE Nexus Fan, 160CFM, port side exhaust airflow oraz zasilacza 2 x PN:NXA-PAC-2KW-PE Nexus 9000 2KW AC Power Supply, Port-side Exhaust, na odpowiednio: 4 x PN:NXA-FAN-160CFM2PI Nexus Fan, 160CFM, port side intake airflow oraz 2 x PN:NXA-PAC-2KW-PI Nexus 9000 2KW AC Power Supply, Port-side Intake.
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego Atende w wyniku niezasadnego uznania, że treść jego oferty była niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z uwagi na rzekome niespełnienie wymogu, o którym mowa w załączniku nr 1 do umowy pkt I „Specyfikacja przełącznika agregacyjnego (CORE)” ppkt 4, który stanowi, że „urządzenie musi być chłodzone przepływem powietrza w schemacie od przodu do tyłu. Za przód urządzenia przyjmuje się stronę z zabudowanymi

interfejsami tranzytowymi”, tymczasem Odwołujący zaoferował przełącznik agregacyjny (CORE) spełniający wymagania, jednakże w wyniku omyłki doszło do podania błędnego numeru partii urządzeń wchodzących w skład wyposażenia, tj. wentylatora i zasilacza, zaś omyłka ta spełniała przesłanki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp;

3. art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie żądania od Odwołującego wyjaśnienia dotyczącego treści złożonej oferty w zakresie omyłkowego wskazania numerów partii oraz nazw dla wentylatora i zasilacza w przełączniku agregacyjnym CORE, a w konsekwencji przez zaniechanie poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący Atende wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania czynności powtórnego badania i oceny oferty Odwołującego zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący Atende wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Atende wskazał m.in.:

Przedmiotem zamówienia był m. in. zakup wraz z dostawą 4 sztuk fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego użytkowania jednakowych przełączników CORE oraz 32 sztuk fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego użytkowania jednakowych przełączników ToR oraz interface'ów i kabli światłowodowych do przełączników CORE i przełączników ToR, spełniających co najmniej parametry i funkcjonalności określone w Załączniku nr 1 do projektowanych postanowień umowy (dalej: PPU) wraz z załącznikami, stanowiących załącznik nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) wraz z niezbędnym oprogramowaniem.

Przełącznik CORE zgodnie z SWZ miał spełniać wymagania określone w załączniku nr 1 do PPU. Specyfikacja w zakresie przełącznika agregacyjnego CORE w pkt I ppkt 4 przewidywała, że „Urządzenie musi być chłodzone przepływem powietrza w schemacie

od przodu do tyłu. Za przód urządzenia przyjmuje się stronę z zabudowanymi interfejsami tranzytowymi”.

Odwołujący Atende składając ofertę zaoferował Zamawiającemu m.in. przełącznik CORE producenta CISCO, model: Nexus 9K ACI & NX-OS Leaf/Spine, 64p 40/100G QSFP28 wraz z wyposażeniem. W zakres wyposażenia oferowanego przełącznika CORE wchodził m.in. wentylator (opis wg formularza ofertowego: 4 x PN:NXA-FAN-160CFM2PE Nexus Fan, 160CFM, port side exhaust airflow) oraz zasilacz (opis wg formularza ofertowego: 2 x PN:NXA-PAC-2KW-PE Nexus 9000 2KW AC Power Supply, Port-side Exhaust). W opisie obu urządzeń (wentylatora i zasilacza) numer partii zakończony był literami PE, które oznaczały, że przepływ powietrza będzie w kierunku od tyłu do przodu. Jeżeli opis numeru partii wentylatora

i zasilacza byłby zakończony literami PI, to oznaczałoby to, że przepływ powietrza będzie w odwrotnym kierunku, czyli od przodu do tyłu, a zatem zgodnie z wymogiem pkt I ppkt 4 Specyfikacji. W nazwie urządzeń odpowiadających za przepływ powietrza w kierunku przód – tył występowało słowo intake, natomiast ruch powietrza w odwrotnym kierunku określało słowo exhaust. Odwołujący wypełniając formularz ofertowy omyłkowo - zamiast oznaczenia wskazującego ruch w kierunku przód – tył wskazał odwrotne oznaczenie (tył – przód). Z karty produktu dla przełącznika CORE producenta CISCO wynikało, że dany przełącznik występuje w wersji, która zapewnia przepływ powietrza w kierunku przód – tył albo tył – przód. Różnica w opisie urządzeń była praktycznie niezauważalna, ponieważ to brak zgodności zaledwie jednej litery w numerze partii oznacza czy ruch powietrza będzie odbywał się w kierunku przód – tył czy tył – przód.

Pismem z 18 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta, jako niezgodna z warunkami zamówienia, została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazano, że wyposażenie przełącznika CORE nie spełniało wymogu z pkt I ppkt 4 Specyfikacji, ponieważ wentylator oznaczony jako PN:NXA-FAN-160CFM2PE Nexus Fan, 160CFM, port side exhaust airflow oraz zasilacz oznaczony jako PN:NXA-PAC-2KW-PE Nexus 9000 2KW AC Power Supply, Port-side Exhaust wydmuchuje powietrze w sposób odmienny niż wymagał tego Zamawiający.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający odrzucając ofertę na podstawie tego przepisu uprzednio powinien rozważyć zastosowanie procedury opisanej w art. 223 Pzp (czyli wyjaśnienie treści oferty i poprawienie omyłki). Odrzucenie oferty ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia dopuszczalne jest, gdy niezgodność ma charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, ze względu na przewidziany w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp obowiązek poprawy przez zamawiającego innych omyłek w ofercie polegających na jej niezgodności z SWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Odwołującego Atende Zamawiający naruszył przepisy Pzp na skutek zaniechania podjęcia procedury wyjaśnienia treści złożonej przez Odwołującego oferty oraz w konsekwencji na skutek niepoprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt Pzp.

Ustawodawca przyjął, że wszelkie omyłki nie będące omyłkami pisarskimi i rachunkowymi, które polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, muszą zostać poprawione, o ile nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Omyłki takie nie mają przymiotu oczywistości. Tym samym sposób ich poprawienia może być dużo bardziej skomplikowany

niż w przypadku omyłek oczywistych. Dopuszczalna przy tym jest poprawa innych omyłek w wyniku prowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie art. 223 Pzp.

Przedmiotem zamówienia była sprzedaż przełączników CORE i przełączników ToR. Omyłka Odwołującego nie dotyczyła wskazania producenta i modelu przełącznika CORE, a jedynie dwóch spośród kilkunastu elementów wyposażenia tego przełącznika. Ponadto omyłka nie sprowadzała się do podania w całości błędnego numeru partii czy nazwy wentylatora i zasilacza, a jedynie elementu (dosłownie jednej litery) numeru partii wymienionych urządzeń. Odwołujący wskazał ponadto, że cena całkowita oferty opiewała na 2 705 997,54 zł, a wartość wentylatorów i zasilaczy stanowiących wyposażenie przełącznika CORE była stosunkowo niewielka w porównaniu do ceny całego zamówienia.

W opinii Odwołującego Atende Zamawiający, mając wiedzę, że Odwołujący dokonał omyłkowego wskazania wyposażenia przełącznika CORE, tj. wentylatora oraz zasilacza, powinien w pierwszej kolejności wezwać Odwołującego do wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, w szczególności, że omyłki dotyczyły treści oferty, a poprawa tych omyłek nie stanowiłaby istotnej zmiany treści oferty.

13 lipca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Za niesporne należało uznać, że treść oferty Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia. Wg Odwołującego owa niezgodność była wynikiem omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. W ocenie Zamawiającego powyższa niezgodność nie mogła być jednak zakwalifikowana jako omyłka. Omyłka w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp oznacza, że niezgodność musiała mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek nieoczywistych wprowadzony został w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek. Umyślne

zastosowanie rozwiązania całkowicie odmiennego od wymagań Zamawiającego nie mogło być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadał jej art. 223 ust 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący próbował wywołać wrażenie „niezauważalności” omawianej różnicy mającej polegać na odmienności „zaledwie jednej litery” w całym ciągu znaków. Teza Odwołującego nie była jednak zgodna ze stanem faktycznym.

Oznaczenie PE nie było jedynym identyfikującym kierunek przepływu powietrza w elementach wyposażenia przełączników zaoferowanych przez Odwołującego Atende. W opisach wyposażenia, poza oznaczeniem literowym, faktycznie różniącym się jedną literą (PE lub PI) zawarte zostało już w karcie katalogowej przez producenta wyposażenia także oznaczenie opisowe, tj. odpowiednio port side exhaust airflow (wentylator) oraz Port-side Exhaust (zasilacz). W przypadku urządzeń spełniających wymagania zamówienia to oznaczenie opisowe było odmienne, tj. odpowiednio „port side intake airflow” oraz „port side intake”.

Zdaniem Zamawiającego nie było mowy o omyłkowym „braku zgodności zaledwie jednej litery w numerze partii”, co miałyby być „praktycznie niezauważalną różnicą w opisie urządzeń”.

Rzekoma omyłka Odwołującego nie dotyczyła jednej pozycji w formularzu ofertowym. Odwołujący był konsekwentny. Ten sam kierunek przepływu powietrza wskazał on wyraźnie zarówno oznaczeniowo, jak i opisowo w przypadku obu przedmiotowych elementów wyposażenia. Powyższe potwierdzało, że omawiana niezgodność nie była efektem omyłkowego wskazania błędnej „jednej litery w oznaczeniu”, lecz dokonanego wyboru rozwiązania nieodpowiadającego warunkom zamówienia.

W konsekwencji zdaniem Zamawiającego przedmiotowa niezgodność oferty Odwołującego Atende z SWZ nie nosiła znamion omyłki. Powyższe stanowiło wystarczającą podstawę do oddalenia odwołania w całości jako bezzasadnego, albowiem każdy z zarzutów oparty został na tezie, że miała miejsce omyłka w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Z ostrożności Zamawiający wskazał, że nawet gdyby owa niezgodność miała zostać uznana za omyłkę, to i tak nie mogłaby ona zostać poprawiona zgodnie z żądaniami Odwołującego, z uwagi na to, że poprawa taka prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty złożonej przez Odwołującego. Nie można zatem mówić o omyłce tylko o zaoferowaniu zupełnie innego wyposażenia urządzenia od wymaganego przez Zamawiającego. Całkowitej zmianie uległaby zasadnicza funkcjonalność zaoferowanych dwóch elementów wyposażenia, tj. przepływ powietrza w ściśle określonym kierunku.



28 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz OPEGIEKA Sp. z o.o.

z siedzibą w Elblągu (dalej: Odwołujący Intertrading), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U.2020.1913 z późn. zm., dalej: Uznk), przez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Dalej: Przystępujący Enigma) jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów:
  - 1.1 wykaz osób, zawierający informacje o osobach skierowanych przez Przystępującego Enigma do realizacji zamówienia, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz wszelkie inne informacje przedstawione przez Przystępującego Enigma, a dotyczące osób wskazanych w tym wykazie (zwł. wszelkie załączniki do wykazu i ewentualne wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego),
  - 1.2 zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego (będącego jednocześnie podwykonawcą) oraz wszelkie inne złożone przez Przystępującego Enigma informacje i dokumenty, dotyczące tego podmiotu, a zwłaszcza formularz JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, formularz oferty w części utajnionej, pozostałe dokumenty dotyczące podwykonawcy udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw do wykluczenia i spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu),
  - 1.3 wykaz dostaw, zawierający informacje o wykonanych/wykonywanych przez Przystępującego Enigma dostawach na potrzeby związane z oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wszelkimi innymi informacjami dot. ww. wykazu, przekazywanymi przez Enigma w postępowaniu (zwł. złożone wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z 11 czerwca 2021 r.).

Odwołujący Intertrading wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odtajnienia w całości dokumentów złożonych przez Przystępującego Enigma, wskazanych w pkt 1.1 – 1.3 powyżej, zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący Intertrading wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Intertrading wskazał m.in.:

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, w celu skutecznego zastrzeżenia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

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.

Przystępujący Enigma złożył wspólne dla wszystkich zastrzeżonych dokumentów uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to w ponad 80% swojej treści zawierało przywołanie orzecznictwa sądowego i orzecznictwa KIO (z lat 2010 – 2013) oraz przywołanie poglądów doktryny (i to czasami kilkakrotnie powtarzanych w tekście pisma). Natomiast warstwa merytoryczna tego uzasadnienia, w której to części należało wyczerpująco wykazać (udowodnić) wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w zastrzeżonych informacjach, była niezwykle uboga. Tym samym Przystępujący Enigma nie podolał obowiązkowi udowodnienia, że objęte przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa informacje/dokumenty w rzeczywistości stanowią tę tajemnicę.

W zakresie zaniechania odtajnienia wykazu osób Przystępującego Enigma Odwołujący Intertrading wskazał:

Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu osób na potwierdzenie następującego warunku udziału w postępowaniu (zgodnie z pkt. III.1.1) ogłoszenia o zamówieniu): „O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...) dysponują następującymi osobami, które zostaną skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, legitymującymi się odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi, wykształceniem i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponuje co najmniej 1 (jedną) osobą, która posiada łącznie: (...) co najmniej 12 miesięczne doświadczenie przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt

1.2.1 z wyłączeniem wartości zamówień (...) certyfikat CCIE Enterprise Infrastruktury (350-401 ENCORE) (1 osoba) lub równoważny lub JUNIPER Networks Certified Expert, Enterprise Routing & Switching (JNCIE – ENT) (1 osoba) lub równoważny.

Z uzasadnienia objęcia wymaganego wykazu osób tajemnicą przedsiębiorstwa wynikało jedynie, że osoby wskazane przez Przystępującego Enigma na poszczególne stanowiska posiadały bardzo wysokie, specjalistyczne kwalifikacje i doświadczenie, a objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danych dotyczących osób tam wskazanych, miało na celu ochronę pracowników i współpracowników wykonawcy. Przystępujący wskazał ponadto, że wykazy osób stanowiły unikalne zbiory informacji opracowane na potrzeby zamówienia i nigdzie wcześniej nie były udostępniane.

Zdaniem Odwołującego tak przedstawione uzasadnienie było niewystarczające dla uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wymogi względem osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie dotyczyły - wbrew twierdzeniom Przystępującego Enigma - kadry o jakimś dalece wyspecjalizowanym doświadczeniu i kwalifikacjach. Przedmiot zamówienia dotyczył powszechnie realizowanych dostaw informatycznych, a wymóg kadrowy odnosił się do jednej osoby (nie zespołu osób), która to osoba poza odpowiednim wykształceniem miała posiadać min. 12 mies. doświadczenia przy realizacji min. 2 zamówień, obejmujących dostawy informatyczne urządzeń sieciowych typu przełączniki (switch) lub router wraz z wdrożeniem. Wymaganim doświadczeniem nie były zatem objęte skomplikowane usługi o unikatowym i zindywidualizowanym charakterze.

Przystępujący Enigma w żaden sposób nie wykazał związku między ujawnieniem informacji, zawartych w utajnionym wykazie osób, a jakimkolwiek ryzykiem uszczerbku dla swoich interesów i pozycji konkurencyjnej na rynku. Odnosząc się do ryzyka podkupienia pracowników przez konkurencję, Odwołujący wskazał, że każdy przedsiębiorca dysponuje odpowiednimi instrumentami (płacowymi, organizacyjnymi i innymi), mającymi na celu utrzymanie stworzonego przez siebie zespołu eksperckiego w niezmiennym składzie. Sama obawa przed zmianami kadrowymi w tym zespole, nie może przesądzać o istnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście składu osobowego tegoż zespołu oraz w kontekście posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia.

Wobec powyższego informacje zawarte w zastrzeżonym przez Przystępującego Enigma wykazie osób (oraz wszelkich dokumentach dotyczących tego wykazu) nie mogły być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zaniechania odtajnienia zobowiązania podmiotu trzeciego i pozostałych dokumentów dot. podwykonawcy udostępniającego swoje zasoby Odwołujący Intertrading wskazał:

Przystępujący Enigma uzasadniając objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązania podmiotu trzeciego (będącego jednocześnie podwykonawcą) oraz pozostałych dokumentów, dotyczących tego podmiotu, powołał się na fakt, że współpraca z tym podmiotem ma charakter prywatnoprawny. Tym samym Przystępujący Enigma tylko z faktu podjęcia współpracy

z podmiotem, nie będącym podmiotem publicznym, wywiódł prawo do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zarówno informacji o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego oraz wszelkich innych informacji dot. rodzaju przekazywanych zasobów oraz dot. samego podmiotu udostępniającego, jak również części zamówienia powierzonego temu podmiotowi do realizacji. W ocenie Odwołującego Intertrading poleganie na zasobach podmiotu trzeciego podlega bezwzględnemu ujawnieniu w postępowaniu, natomiast szczegółowe informacje dot. podmiotu trzeciego, przekazywanego zasobu oraz części zamówienia, jaka zostanie powierzona temu podmiotowi do wykonania w ramach podwykonawstwa – podlegają zastrzeżeniu jako tajemnica – o ile wykonawca wykaże istnienie przesłanek tej tajemnicy.

Biorąc pod uwagę, że przedmiot umowy, która ma zostać zawarta z Zamawiającym, jest jawny i każdy z wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia wie, co wchodzi w jego zakres, trudno uznać te czynności za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można było uznać,

że zakres przedmiotu zamówienia nie jest powszechnie znany albo nie jest łatwo dostępny dla innych wykonawców. Brak było ponadto podstaw, dla których należałoby uznać za zasadne objęcie tajemnicą informacji, wskazujących na to, które ze znanych wykonawcom czynności samodzielnie wykona Przystępujący Enigma, a które jego podwykonawca. Nie wiadomo jaką wartość organizacyjną, gospodarczą czy techniczną miała mieć tego rodzaju informacja. Tym samym nie zostały wypełnione przesłanki określone dla tajemnicy przedsiębiorstwa w art. 11 Uznk.

Odwołujący wskazał, że zależało mu na odtajnieniu podstawowych, wymaganych w postępowaniu informacji (zwł. nazwa podwykonawcy - podmiotu trzeciego, rodzaj przekazywanego zasobu i dokumenty potwierdzające spełnienie warunku), a nie informacji nt. szczegółowej zasady współpracy Przystępującego Enigma z tym podmiotem. Udostępnienie podstawowych informacji, o których mowa wyżej, nie będzie stanowiło przy tym zagrożenia „podkupieniem” pracowników Przystępującego. Skoro żaden z wykonawców nie będzie miał dostępu do umowy łączącej te podmioty czy innych szczegółowych ustaleń dotyczących współpracy (aspektów prawnych, finansowych, ustalenia zasad odpowiedzialności, itp.), mimo znajomości np. nazwy firmy, nie uzyska żadnych informacji, które mogłyby mu pomóc w ewentualnej próbie przebicia warunków współpracy zaoferowanych przez Przystępującego Enigma.

W zakresie zaniechania odtajnienia wykazu dostaw i dowodów potwierdzających należyte wykonanie Odwołujący Intertrading wskazał:

Zastrzegając wykaz dostaw Przystępujący Enigma również powołał się na fakt, że zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa kontrakty były zawierane z podmiotami niepublicznymi/ prywatnymi, a tym samym wiedza o nich nie była powszechnie dostępna, zwłaszcza

w kontekście ich przedmiotu, wartości, czy terminu realizacji.

W ocenie Odwołującego Intertrading takie zastrzeżenie tajemnicy nie wypełnia przesłanek pozwalających na utrzymanie określonej informacji jako niejawnej. Odtajnienie informacji zawartych w Wykazie dostaw oraz dokumentach potwierdzających należyte ich wykonanie nie doprowadzi do ujawnienia jakichkolwiek danych, których nie można było pozyskać w inny, nieproblematyczny sposób. W konsekwencji brak było podstaw, aby zastrzeżone przez Przystępującego Enigma informacje uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący nie wykazał również wdrożenia instrumentów, mających na celu zachowanie poufnego charakteru zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji/dokumentów. Powołanie się na wewnętrzne regulacje (w tym wzór umowy o pracę) nie oznaczało faktycznego wdrożenia w przedsiębiorstwie instrumentów i narzędzi, mających na celu zachowanie niejawnego charakteru będących w obiegu dokumentów, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

13 lipca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją i stanowiskiem Odwołującego Intertrading. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie sposób zastrzeżenia określonych informacji przez Przystępującego Enigma wypełniał przesłanki pozwalające na utrzymanie tych informacji w tajemnicy. Zamawiający wskazał również, że nadrzędne znaczenie miało utrzymanie w tajemnicy tożsamości podmiotu trzeciego, który udostępnił swój potencjał Przystępującemu Enigma. Konsekwencją była konieczność utrzymania w tajemnicy tych dokumentów, których ujawnienie prowadziłoby do ujawnienia danych na temat ww. podmiotu.

Przystępujący Enigma, wbrew twierdzeniu Odwołującego, wskazał na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Podał także informacje, co do sposobu wdrożonych w praktyce narzędzi służących ochronie poufnego charakteru informacji oraz dołączył odpowiednie dowody na tę okoliczność.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała oba odwołania, uznając, że zasługują one na uwzględnienie.

KIO 1900/21

Zgodnie z punktem I.2 SWZ:

2. „Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie przez Wykonawcę (...) dostawy, w skład której wchodzi:
  - 2.1 zakup wraz z dostawą 4 sztuk fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego używania jednakowych przełączników CORE oraz 32 sztuk fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego używania jednakowych przełączników ToR oraz interface'ów i kabli światłowodowych do przełączników CORE i przełączników ToR (dalej „Sprzęt IT”), spełniających co najmniej parametry i funkcjonalności określone w Załączniku nr 1 do projektowanych postanowień umowy (dalej: ppu) wraz z załącznikami, stanowiących załącznik nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) wraz z niezbędnym Oprogramowaniem;
  - 2.2 wykonanie Wdrożenia Sprzętu IT, zgodnie z zasadami określonymi w ppu wraz z załącznikami, stanowiących załącznik nr 7 do SWZ;
  - 2.3 wykonanie Dokumentacji powykonawczej i dostarczenie jej w formie papierowej i elektronicznej do akceptacji i odbioru Kupującemu;
  - 2.4 Zapewnienie gwarancji dla Sprzętu IT, z czasem naprawy 6 godzin, przez okres minimum 36 miesięcy na warunkach opisanych w ppu wraz z załącznikami, stanowiących załącznik nr 7 do SWZ;

2.5 zapewnienie przez Wykonawcę min. 300 (słownie: trzysta) godzin konsultacji w okresie trwania Serwisu gwarancyjnego, w zakresie problemów dotyczących Sprzętu IT lub Oprogramowania. Konsultacje będą obejmowały analizy, audyty oraz rekomendację dot. Sprzętu IT lub Oprogramowania, jak również wszelkiego rodzaju prace rekonfiguracyjne Sprzętu IT lub Oprogramowania oraz pomoc przy pracach technicznych przeprowadzanych przez Kupującego, w Lokalizacjach Kupującego. Konsultacje będą świadczone w języku polskim (...)

Zgodnie z informacją z 2 marca 2021 r. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia kwotę 3 427 628,70 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty:

1. Odwołującego Atende - cena 2 705 997,54 zł,
2. Przystępującego Intertrading - cena 3 296 118,33 zł,
3. Przystępującego Enigma - cena 3 073 309,98 zł.

W załączniku nr 1 do Umowy (pkt I ppkt 4) Zamawiający zawarł następujący wymóg dotyczący przełącznika agregacyjnego (CORE): „Urządzenie musi być chłodzone przepływem powietrza w schemacie od przodu do tyłu. Za przód urządzenia przyjmuje się stronę z zabudowanymi interfejsami tranzytowymi”.

Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego Atende nie odpowiadała wymogom SWZ w zakresie powyższego warunku i odrzucił ją 18 czerwca 2021 r. z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Biorąc pod uwagę stanowiska Odwołującego Atende, Zamawiającego oraz obu Przystępujących nie budzi wątpliwości, że niesporna między stronami i uczestnikami postępowania jest okoliczność, że Odwołujący Atende zaoferował Zamawiającemu przełącznik CORE nie spełniający powyższego wymogu.

Istotą sporu była ocena, czy Odwołujący Atende oferując Zamawiającemu:

1. wentylatory PN:NXA-FAN-160CFM2PE Nexus Fan, 160CFM, port side exhaust airflow zamiast PN:NXA-FAN-160CFM2PI Nexus Fan, 160CFM, port side intake airflow,
2. zasilacze PN:NXA-PAC-2KW-PE Nexus 9000 2KW AC Power Supply, Port-side Exhaust, zamiast PN:NXA-PAC-2KW-PI Nexus 9000 2KW AC Power Supply, Port-side Intake

popęłnił omyłkę czy też działał świadomie i celowo.

Wobec ustalonego stanu faktycznego niewątpliwym jest, że oba zaoferowane przez Odwołującego Atende urządzenia nie spełniały wymogów Zamawiającego dotyczących

kierunku przepływu powietrza chłodzącego. Okoliczność powyższą wprost potwierdził sam Odwołujący, wskazał on jednak na niewielką wartość ww. osprzętu na tle ceny oferty. Na dowód powyższego Odwołujący Atende złożył następujące dowody:

1. Wydruk fotografii prezentujących budowę przełącznika CORE,
2. Oferty cenowe Cisco wraz z tłumaczeniem na język polski (częściowo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Dokumenty powyższe potwierdzały, że wentylatory i zasilacze stanowią jedynie niewielkie elementy całych przełączników. Ponadto, na podstawie ww. ofert cenowych Odwołujący Atende wykazał, że wentylatory i zasilacze jako podzespoły wchodzące w skład przełączników nie zostały wycenione (mają cenę równą zero). Odwołujący na tej podstawie wskazał, że oba ww. elementy stanowią w pełni wymienne części przełączników.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego Enigma, który stwierdził, że Odwołujący Atende celowo zaoferował sprzęt niezgodny z wymogami SWZ Izba wskazuje, że Przystępujący nie udowodnił swojego stanowiska. Nie ma zatem dowodu na to, że to nie jest omyłka. Na podstawie zasad doświadczenia życiowego i logiki Izba przyjęła, że zamiarem wykonawców jest złożenie oferty zgodnej z SWZ, a przypuszczenia Przystępującego,

że specjalnie zaoferował niewłaściwy typ osprzętu, nie mają pokrycia.

Odwołujący Atende złożył jako dowód oświadczenie pochodzące od przedstawiciela Cisco International Limited z siedzibą w Feltham, zgodnie z którym:

1. „Zatwierdzona przez Cisco oferta dla Atende S.A. do w/w postępowania obejmuje przełączniki serii Nexus 9000 (PN: N9K-C9364C-GX), które posiadały następujące wentylatory i zasilacze, w których ciepłe powietrze wydmuchiwane jest w stronę odwrotną do portów sieciowych:
  - NXA-FAN-160CFM2PI= (Nexus Fan, 160CFM, port side intake airflow, Spare),
  - NXA-PAC-2KW-P1= (Nexus 9000 2KW AC Power Supply, Port-side Intake).
2. Zasilacze i wentylatory są elementem dodatkowym konfiguracji przełączników serii Nexus 9000. Niezależnie od wyboru kierunku chłodzenia dostarczany jest ten sam przełącznik Cisco Nexus 9000.
3. Bez względu na zastosowane typy wentylatorów i zasilaczy (kierunki przepływu powietrza) całościowa cena przełączników jest taka sama”.

Wobec powyższego Izba uznała za udowodnione, że postulowana przez Odwołującego Atende poprawa jego oferty polegająca na zmianie oznaczenia oferowanych wentylatorów i zasilaczy z „PE” na „PI” (a zatem zmiana oferowanych wentylatorów i zasilaczy na zgodne



z wymogami SWZ) nie spowoduje zmiany ceny oferty. Ponadto przedmiotem oferty będzie bliźniaczy model przełącznika CORE.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Natomiast art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W ocenie Izby, o ile oferta Odwołującego Atende była w sposób oczywisty niezgodna z SWZ, to wypełnione zostały przesłanki określone w przytoczonym wyżej art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten ma charakter kategoryczny – stanowi skierowany do zamawiającego nakaz poprawy omyłki innej, niż wymienione w punktach 1 i 2 art. 223 ust. 2 Pzp, pod warunkiem, że poprawa nie będzie skutkowałą istotną zmianą treści oferty.

Odwołujący zaoferował wentylatory i zasilacze o przepływie powietrza chłodzącego przeciwnym, do wymaganego przez Zamawiającego. Odstępstwo od wymogów SWZ miało charakter oczywisty, trudno więc zatem przyjąć, że Odwołujący celowo zaoferował podzespoły przełączników nieodpowiadające potrzebom Zamawiającego. Potwierdza to twierdzenie Odwołującego o zaistnieniu innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 Pzp. Biorąc pod uwagę, że – co zostało ustalone wyżej – poprawa oferty Odwołującego Atende nie prowadziaby

do zmiany jej ceny oraz do zaoferowania innego, niż pierwotnie, przełącznika to spełniona została przesłanka dotycząca nieistotnej zmiany treści oferty. Co za tym idzie, obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie poprawy oferty Odwołującego. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości, co do przyczyn i charakteru odstępstwa oferty Odwołującego od wymogów SWZ, to powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego odrzucenie oferty Odwołującego Atende na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako nieodpowiadającej treści SWZ było nieprawidłowe.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

KIO 1933/21

Przystępujący Enigma wraz z ofertą złożył uzasadnienie zastrzeżenia części dokumentów stanowiących załączniki do oferty. Przystępujący wskazał m. in.:

„I. Zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawiamy poniżej argumentację wykazującą zasadność zastrzeżenia części oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca”

lub „Enigma”), zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wyłączenia jawności:

1. informacji i dokumentów ujawniających zakres współpracy Enigma z podmiotem udostępniającym zasoby (w szczególności: zobowiązanie do udostępniania zasobów podmiotu trzeciego wraz z dokumentami towarzyszącymi, formularz JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, pozostałe dokumenty dotyczące podwykonawcy udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw do wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu),
2. informacji dotyczących osób wskazanych w wykazie osób,
3. informacji zawartych w wykazie usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

(...)

III. Informacje objęte klauzulą poufności w ofercie Wykonawcy wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

1. Ustawodawca, kreując w Prawie zamówień publicznych zasadę jawności (art. 18 ust. 1 Pzp), przewidział od niej wyjątek, określając w art. 18 ust. 3 Pzp, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, odsyłając jednocześnie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”).
2. Pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa” jest definiowane nie tylko w uznk, ale także w tzw. Porozumieniu TRIPS art. 39. Zamawiający musi zatem honorować regulacje wynikające z całego systemu prawnego Rzeczypospolitej i nie podejmować działań opartych na wyrywkowej interpretacji przepisów. Porozumienie stanowi, iż: „1. Dla zapewnienia skutecznej ochrony przed nieuczciwą konkurencją, jak postanowiono w Artykule 10bis Konwencji paryskiej (1967), Członkowie będą chronić informacje nieujawnione zgodnie z ust. 2, a także dane przedstawione rządowi lub agencjom rządowym zgodnie z ust. 3. 2. (vide: Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 12 lutego 1996 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO) (Dz. U. z dnia 19 marca 1996r.). Osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi, tak długo, jak takie informacje:
  - a. są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji;
  - b. mają wartość handlową dlatego, że są poufne;

- c. poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności.
3. W myśl art. 11 ust. 4 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:
  - a. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
  - b. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
  - c. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

(...)

5. Biorąc pod uwagę powyższe, dokumenty i informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty spełniają wszelkie przesłanki do objęcia ich ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Informacje znajdujące się w zastrzeżonej części oferty Wykonawcy dotyczą wiedzy pozwalającej na utrzymanie przewagi nad konkurencyjnymi przedsiębiorstwami. Tym samym, mają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą.

IV. Uzasadnienie objęcia ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji dotyczących zakresu współpracy Enigma z podmiotem udostępniającym zasoby.

1. Ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa w złożonej ofercie objęte zostały informacje dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby, a tym samym podwykonawcy oraz przypisanego mu zakresu prac. Nie powinno budzić wątpliwości, iż fakt pozostawania w relacjach handlowych przez kontrahentów (z których żaden nie jest podmiotem publicznym) może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a takimi właśnie relacjami są relacje łączące Enigma z podmiotem udostępniającym zasoby, a tym samym podwykonawcą – podmiotem, któremu Wykonawca zamierza powierzyć realizację części przedmiotu zamówienia.
2. Fakt pozostawania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych i informacje ujawniające istotne elementy tych stosunków mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
3. Ochronie jako tajemnica handlowa i organizacyjna przedsiębiorstwa podlega zarówno sam fakt korzystania przez Enigma z zasobów udostępnionych, jak również informacja o tym, który podmiot udostępnia Enigma swoje zasoby i w jakim zakresie.

Ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa podlega bowiem sam fakt współpracy dwóch podmiotów prywatnych oraz elementy zakresu tej współpracy.

4. Ponadto, każda z informacji zawartych w dokumentach wymienionych w pkt od I.1. do I.3. niniejszych wyjaśnień umożliwia identyfikację podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, a co za tym idzie będącego podwykonawcą Enigma. Informacje te mają wartość gospodarczą, nie są informacjami powszechnie dostępnymi, podjęte zostały również kroki zmierzające do zachowania ich poufności. Tym samym, wyczerpują wszystkie przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa.
5. Możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji i dokumentów dotyczących relacji handlowych z podmiotem trzecim potwierdza również stanowisko doktryny i orzecznictwo (...).
6. Ww. informacje mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa, stanowiący określoną wartość gospodarczą. Jednocześnie podkreślamy, iż zarówno Enigma, jak również podmiot udostępniający zasoby oraz będący podwykonawcą podjął w stosunku do w/w informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności (...).

V. Uzasadnienie objęcia ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji dotyczących osób wskazanych w wykazie osób.

1. Na zastrzeżonych stronach oferty znajdują się szczegółowe informacje na temat kwalifikacji osób wskazanych na poszczególne stanowiska – imiona i nazwiska, posiadane doświadczenie i kwalifikacje. Osoby wskazane na poszczególne stanowiska posiadają bardzo wysokie, specjalistyczne kwalifikacje i doświadczenie. Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danych dotyczących osób tam wskazanych ma na celu ochronę pracowników i współpracowników Wykonawcy. Informacje te mają, więc charakter organizacyjny oraz posiadają dla Wykonawcy znaczną wartość gospodarczą. Są to również informacje o charakterze poufnym, które nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości.
2. W szczególności, należy podkreślić, iż wykazy osób stanowią unikalne zbiory informacji, opracowane na potrzeby niniejszego zamówienia i nigdzie wcześniej nieudostępniane (...).
3. W orzecznictwie KIO prezentowany jest pogląd, iż wykaz osób, szczególnie o specjalistycznych kwalifikacjach i doświadczeniu może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy (...).

VI. Uzasadnienie objęcia ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji dotyczących wykonanych usług, dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie.

1. W zakresie wykonanych zamówień i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, ochronie przed ujawnieniem jako tajemnica przedsiębiorstwa w złożonej przez Wykonawcę ofercie podlegają charakter i niektóre istotne elementy relacji wiążącej Wykonawcę lub podmioty udostępniające zasoby z podmiotami prywatnymi, na których rzecz realizowane były usługi wykazywane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
2. Jak już wyżej wskazywano, nie powinno budzić wątpliwości, iż fakt zawarcia umowy pomiędzy dwoma kontrahentami, z których żaden nie jest podmiotem publicznym i nie przeprowadzał w zakresie zawartych umów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa kontrakty były zawierane z podmiotami niepublicznymi/prywatnymi, a tym samym wiedza o nich nie jest powszechnie dostępna, zwłaszcza w kontekście ich przedmiotu, wartości czy terminu realizacji (...).
3. Zatem, skoro z wykazu zrealizowanych usług, jak i z dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie można wysnuć wnioski, co do tego, na czyją rzecz zostały zrealizowane, to także te informacje należało zastrzec. Samo zastrzeżenie nazw odbiorców usług, bez zastrzeżenia pozostałej części wykazu oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień tam wskazanych byłoby bezskuteczne, bowiem na podstawie właśnie tych dokumentów konkurencyjni wykonawcy mogliby się dowiedzieć, z kim Wykonawca oraz podmioty udostępniające zasoby współpracują, dla kogo realizują zamówienia, o jakiej wartości, i w jaki sposób wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
4. Możliwość utajnienia informacji zawartych w wykazie doświadczenia w zakresie umów zawartych z podmiotami prywatnymi potwierdza stanowisko doktryny, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych (...).
5. Informacje zawarte w Wykazach usług oraz dokumentach złożonych w celu potwierdzenia należytego wykonania usług mają zatem charakter organizacyjny i handlowy, stanowiąc określoną wartość gospodarczą (...).
1. Niezależnie od powyższych wyjaśnień informujemy, iż w Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. obowiązują następujące zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa:
  - a. System zarządzania jakością ISO 9001:2015;
  - b. System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji oparty o normę ISO 27001:2017;
  - c. Procedury przygotowywania i składania ofert/wniosków w Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. w postępowaniach o udzielenie zamówienia

publicznego, wg których wykazy zamówień oraz osób, a także opis metodyki realizacji zamówienia pozostaje zastrzeżony w składanych ofertach i wnioskach. Procedury te stosujemy do wszystkich przetargów, w których Enigma bierze udział;

- d. Klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi;
2. Zgodnie z Polityką Bezpieczeństwa Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. - dokumentem opracowanym na podstawie normy ISO 27001:2017 z uwzględnieniem wymagań prawa polskiego, ustalone zostały reguły klasyfikacji istotnych informacji w kilku kategoriach poufności. Informacje zawarte w części zastrzeżonej oferty, należą do danych poufnych przeznaczonych do użytku wewnętrznego (...).
  3. Enigma stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez m.in. zawieranie odpowiednich postanowień w Regulaminie pracy, w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami (...).

Na dowód stosowanych przez Przystępującego Enigma zasad zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępujący załączył do wyjaśnień objęte tajemnicą przedsiębiorstwa:

- a. Regulamin bezpieczeństwa (wyciąg);
- b. Regulamin bezpieczeństwa;
- c. Przykładowy wzór umowy o pracę.

W oparciu o przytoczone uzasadnienie oraz dowody Zamawiający uznał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego Enigma było prawidłowe. W konsekwencji objęte tajemnicą dokumenty nie zostały ujawnione pozostałym uczestnikom postępowania.

7 maja 2021 r. Odwołujący Intertrading skierował do Zamawiającego prośbę o udostępnienie formularzy ofertowych dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym Przystępującego Enigma. W odpowiedzi z tego samego dnia Zamawiający przekazał Odwołującemu ww. dokumenty, z wyłączeniem informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

21 czerwca 2021 r. Odwołujący Intertrading skierował do Zamawiającego prośbę o udostępnienie mu kompletnej oferty Przystępującego Enigma. W odpowiedzi Zamawiający przekazał Odwołującemu część jawną oferty Przystępującego oraz korespondencję między tym wykonawcą, a Zamawiającym. Zamawiający odmówił ujawnienia dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia utajnionych przez Przystępującego Enigma dokumentów wymienionych w punkcie 2.1 sentencji wyroku, a w konsekwencji odmowa ich udostępnienia biorącym udział w postępowaniu wykonawcom było nieprawidłowe.

Jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych jest wyrażona w art. 18 ust. 1 Pzp zasada jawności postępowania. Wyjątek od niej ustanowiony został w art. 18 ust. 3 Pzp, który stanowi: 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. 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.

Tym samym, ustawa dopuszcza zachowanie określonych informacji przekazanych przez wykonawcę zamawiającemu w tajemnicy pod warunkiem spełnienia wymogów określonych w przytoczonym przepisie.

Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący Enigma zastrzegając niektóre dokumenty, jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, uzasadnił Zamawiającemu powody ich nieujawniania. Uzasadnienie to nie było jednak w ocenie składu orzekającego wystarczające dla stwierdzenia, że Przystępujący Enigma wykazał zasadność zastrzeżenia.

Uzasadnienie miało charakter ogólnikowy, a znaczna jego część stanowiła przytoczenie fragmentów orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz stanowiska doktryny, z których wynikała możliwość objęcia zastrzeżeniem niektórych rodzajów informacji. Ta część uzasadnienia nie stanowiła jednak wykazania zasadności utajnienia konkretnych, złożonych Zamawiającemu w postępowaniu informacji. Oczywistym jest, że w określonych warunkach zastrzeżenie informacji zawartych na przykład w wykazie osób czy dostaw może być zasadne. Istotne jest jednak, że to na wykonawcy zastrzegającym informacje ciąży obowiązek wykazania, iż na gruncie konkretnego postępowania zaistniały przesłanki do zachowania

w tajemnicy jasno wskazanych informacji. Dlatego zawarcie w uzasadnieniu zastrzeżenia szeregu wydanych w innych sprawach orzeczeń KIO w celu wykazania możliwości utajnienia rodzajów informacji nie oznacza wypełnienia powyższego obowiązku.

Wykazanie, że utajnione informacje mają dla Przystępującego Enigma wartość gospodarczą sprowadzało się do niepopartej żadną, wiarygodną argumentacją, deklaracji. Przystępujący nie wykazał przede wszystkim, że ujawnienie danych podmiotu trzeciego, który udostępnił Przystępującemu swój potencjał (jako podwykonawca) zagroziłoby jego pozycji rynkowej lub przynajmniej osłabiłoby ją.

Przystępujący na potwierdzenie prawdziwości twierdzenie o podjęciu odpowiednich kroków dla zachowania zastrzeżonych informacji w tajemnicy złożył jako dowód trzy, wyżej wymienione dokumenty. Wskazać jednak należy, że wdrożenie przez wykonawcę procedur bezpieczeństwa może stanowić podstawę do uznania, że zastrzeżenie było zasadne. W pierwszym rzędzie Przystępujący Enigma powinien wykazać, że przekazane Zamawiającemu informacje w ogóle kwalifikują się do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dopiero w dalszej kolejności wykonawca winien wykazać, że podjął stosowne kroki dla ochrony tych informacji. Przystępujący nie wykazał jednak, że utajnione informacje nie powinny zostać ujawnione pozostałym, biorącym udział w postępowaniu wykonawcom.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....



