

Sygn. akt: KIO 3334/21

WYROK
z dnia 6 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę **NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **T-System Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3334/21 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **NTT Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3334/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła oświadczenia NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie o zastrzeżeniu informacji stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia (bez załączników).
2. Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *system telefonii stacjonarnej IP dla C/ZUS oraz podległych jednostek terenowych ZUS* (znak postępowania: TZ/271/3/21).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 maja 2021 r. pod numerem nr 2021/S 087 – 224398.

W dniu 15 listopada 2021 r. wykonawca NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2020 r. nr 1913 ze zm.) („uznk”) poprzez uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie Odwołującego, podczas gdy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zaś Odwołujący zastrzegł w odpowiednim czasie, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu zaniechanie odtajnienia informacji wskazanych w ofercie Odwołującego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że działając na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk zastrzegł w ofercie złożonej w postępowaniu informacje dotyczące: wykazu osób, informacje związane z podmiotem trzecim, na którego zasoby powołuje się wykonawca, wykaz usług, polisę OC oraz informacje dotyczące oferowanego sprzętu, podając uzasadnienie w tym zakresie.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający powołał się na zasadę jawności postępowania, art. 18 ust. 1 stawy Pzp oraz treść art. 18 ust. 3 i art. 11 ust. 2 uznk, przytaczając legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa oraz artykułując konieczność wykazania przez wykonawcę, że określone informacje mieszczą się w tej definicji.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone przez nią informacje mają wartość gospodarczą, bowiem w ocenie Zamawiającego „nie oszacowano własnych strat lub zysków innych przedsiębiorców wynikających z ujawnienia danych,

zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie wykazano też, aby poszczególne utajnione informacje miały charakter praw majątkowych o ustalonej wartości”. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że dla wykazania zaistnienia przesłanki odwołującej się do wartości gospodarczej, nie jest wymagane wskazanie konkretnych kwot własnych strat lub zysków innych przedsiębiorców. Oszacowanie potencjalnych strat, które mogą powstać w wyniku ujawnienia informacji poufnych nie jest w ogóle możliwe. Trudno jest bowiem przewidzieć skalę szkód będących następstwem ujawnienia określonych informacji poufnych Odwołującego podmiotom konkurencyjnym. Stanowisko to jest również w sposób jednoznaczny prezentowane w orzecznictwie sądowym. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał wyrok NSA z 21 września 2021 r. sygn. akt: III OSK 596/21. Odwołujący podkreślał, że w stanie faktycznym będącym podstawą do wydania ww. orzeczenia NSA, strona postępowania uzasadniając zasadność zastrzeżenia informacji stanowiących jej tajemnicę przedsiębiorstwa wskazała jedynie, że ujawnienie informacji „skutkowałoby pogorszeniem konkurencyjnym pozycji tej strony” i w żadnym razie nie wskazywała na konkretne kwoty zysków lub wydatków.

Odwołujący wskazał, że uzasadniając zasadność zastrzeżenia w ofercie informacji jako poufnych dochował najwyższej staranności, zaś uzasadnienie w zakresie wartości gospodarczej było znacznie bardziej rozbudowane aniżeli twierdzi Zamawiający. Uzasadnienie zostało podzielone na część ogólną, w której Odwołujący wskazuje przepisy oraz orzecznictwo sądowe mające zastosowanie do informacji przedstawionych w ofercie i zastrzeżonych jako poufne, a następnie przedstawia rozbudowaną argumentację w odniesieniu do konkretnych grup zastrzeżonych informacji.

I tak, uzasadniając wartość gospodarczą w stosunku do wykazu osób, Odwołujący wskazał m.in., że na rynku usług telekomunikacyjnych charakteryzującym się szybkim tempem rozwoju, o sile przedsiębiorstwa przesądzają przede wszystkim ludzie. Zapotrzebowanie na wysokiej klasy specjalistów przewyższa ich dostępność na rynku, w związku z czym pozyskanie i utrzymanie takiego pracownika jest niezwykle istotne dla zapewnienia rozwoju firmy i stanowi o jej realnej wartości gospodarczej. Ponadto, zachowanie w poufności danych dotyczących pracowników ogranicza możliwość pozyskania pracownika przez konkurencję - zapobiega procedurze podkupywania pracowników, zaś przejście przez konkurencję wysoko wyspecjalizowanych pracowników, których możliwości zastąpienia są znaczenie ograniczone może niweczyć udział danego przedsiębiorcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku.

W odniesieniu do informacji związanych z podmiotem trzecim, na którego zasoby powołał się Odwołujący, Odwołujący wskazał m.in., że na rynkową wartość przedsiębiorstwa Odwołującego składa się przede wszystkim, pozycja wykonawcy na rynku, jego know-how,

zaplecze kadrowe oraz umiejętność nawiązywania korzystnych relacji biznesowych i to nie tylko z klientami, tj. odbiorcami usług lub innych dóbr, ale również z jego dostawcami, podwykonawcami i innymi partnerami biznesowymi. Umiejętne dobieranie partnerów biznesowych, możliwość nawiązywania wieloletniej, korzystnej współpracy oraz ustalenia jej warunków stanowi jedną z najistotniejszych wartości przedsiębiorstwa Odwołującego, zaś zidentyfikowanie wszystkich partnerów biznesowych Wykonawcy, ale również ujawnienie szczegółów ich współpracy, w tym w ramach określonych projektów, może przyczynić się do próby ingerowania konkurencji w tę relację. Odtworzenie powiązań biznesowych Wykonawcy może również stanowić podstawę do skutecznej dedukcji o planach rozwojowych Wykonawcy oraz jego krótko- i długoterminowych planach biznesowych.

W odniesieniu do wykazu usług Odwołujący wskazał m.in., że szczegółowe informacje na temat zakresu wykonywanych przez Wykonawcę świadczeń oraz wysokości wynagrodzenia z tego tytułu są przez Spółkę chronione, gdyż ujawnienie ich innym operatorom telekomunikacyjnym mogłoby ułatwić konkurencji przejęcie danego klienta (zaoferowanie bardziej korzystnych rozwiązań). Nadto, informacje o kontrahentach Wykonawcy wskazują na sektory rynku, na których działa Wykonawca, a co się z tym wiąże umożliwiają weryfikację aktywności gospodarczej Wykonawcy i jego plany biznesowe. Zapoznanie się z wykazem daje możliwość prześledzenia aktywności gospodarczej Netii w danym profilu jej działalności w określonym ujęciu czasowym. Wykaz ilustruje również jakiego rodzaju jednostki są odbiorcami tychże usług (państwowe czy prywatne, administracja rządowa czy samorządowa i jaki jej szczebel), a także pokazuje wielkość przychodu osiągniętego w wyniku realizacji przedmiotowych usług. Wszystkie te informacje stanowią źródło wiedzy o Spółce i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie na tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji. Określony wykonawca może bowiem ustalić na tej podstawie z jakiego rodzaju konkurencją spotka się na danym obszarze swojej działalności, jak kształtuje się aktywność konkurencji z punktu widzenia czasu, odbiorcy i przedmiotu usług i co istotne, jaki jest poziom cen oferowanych przez konkurencję.

W odniesieniu do polisy OC Odwołujący wskazał m.in., że zarówno informacja o ubezpieczycielu, z którego usług korzysta Odwołujący, jak i o wysokości sumy ubezpieczenia i należnej ubezpieczycielowi składki mają wartość gospodarczą, ponieważ charakteryzują nie tylko kondycję finansową podmiotu, ale również pokazują jego pozycję rynkową, gdyż wysokość składki zależy nie tylko od limitu przyjętej przez ubezpieczyciela odpowiedzialności gwarancyjnej, ale także od zdolności negocjacyjnych ubezpieczonego, profilu i zakresu prowadzonej przez niego działalności, czy oceny szkodowości. Odwołujący w uzasadnieniu wskazał również, że zawiera umowy indywidualnie negocjowane

z ubezpieczycielem, w odniesieniu do których podejmuje z należytą starannością czynności mające na celu utrzymanie ich w poufności.

W odniesieniu do opisu stanu technicznego Odwołujący wskazał m.in., że określone rozwiązania, które oferuje Odwołujący, poprzedzone są wieloletnimi badaniami i testami technicznymi w zakresie kompatybilności poszczególnych, pojedynczych rozwiązań technologicznych. Takie działania, przy współpracy z określonymi podmiotami, pozwalają na zaproponowanie optymalnie najlepszych rozwiązań technicznych, których ujawnienie z pewnością spowodowałoby ich wykorzystanie przez konkurencję, a tym samym utraciłyby przypisywaną Netii cechę unikalności. Wartość gospodarczą opisu technicznego potwierdza fakt, że wskazane w nim rozwiązania przekładają się na wymierne korzyści finansowe, które jest w stanie osiągnąć Spółka przy ich wykorzystywaniu. Ich ujawnienie zapewne zmniejszyłoby poziom konkurencyjności usług oferowanych przez Netia i pogorszyłoby możliwość oferowania przez Wykonawcę tak zoptymalizowanych kosztów ich świadczenia.

Odwołujący podkreślał, że do uzasadnienia zastrzeżenia informacji poufnych zostały dołączone dokumenty, potwierdzające, że w przedsiębiorstwie odwołującego zostały wdrożone szczegółowe procedury, które mają na celu zabezpieczenie informacji (Polityka Bezpieczeństwa Netii S.A. oraz Polityka Bezpieczeństwa Informacji Netia S.A.), a także umowa zawarta z podmiotem trzecim, z której wprost wynika, że sam fakt utworzenia konsorcjum i wszelkie informacje związane z przygotowaniem oferty i celem dla którego zostało utworzone konsorcjum są poufne i nie mogą zostać ujawnione przez żadną ze Stron (§ 7 ust. 4 Umowy). Z kolei z treści samej Polityki Bezpieczeństwa Informacji Netia S.A. wprost wynika, że: „W szczególności, za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się: (i) wszelkie dane stanowiące politykę cenową Netia S.A. i spółek zależnych, w tym zasady wyliczenia i składników ceny skalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, stawki pracowników i współpracowników Netia S.A. i spółek zależnych, oferty cenowe, upusty i rabaty oferowane przez kontrahentów Netia S.A. i spółek zależnych, (ii) informacje identyfikujące klientów i potencjalnych klientów Netia S.A. oraz spółek zależnych, w szczególności treść zawartych umów, dane dotyczące klientów Netia S.A. i spółek zależnych w tym dane dotyczące osób kontaktowych, sposobu prowadzenia rozmów i negocjacji handlowych z klientem, ich przebiegu, treści oraz wyniku, (iii) dokumentację stosowaną w przedsiębiorstwie Netia S.A. i spółek zależnych, w tym treść umów, ofert, zamówień i wszelkich innych dokumentów firmowych, (iv) dane finansowe Netia S.A. lub spółek zależnych nieujawnione do informacji publicznej, w tym wysokość obrotów, wysokości pensji, marż, cen zakupu i sprzedaży/odsprzedaży towarów i usług oraz wszelkich prowizji”.

Zgodnie zaś z punktem, 21 Polityki; „Pracownicy Spółki są zobowiązani do zachowania szczególnej ostrożności w przekazywaniu informacji poufnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności wszelkie dokumenty udostępniane

Zamawiającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być zabezpieczone przed dostępem podmiotów konkurencyjnych z uwagi na ryzyko ujawnienia informacji pomocnych w zmniejszeniu przewagi konkurencyjnej Spółki. Jakikolwiek Informacje wymienione w pkt 2 pkt (i) - (xi) powyżej, przekazywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być wyraźnie zastrzeżone jako poufne”.

Mając na uwadze, że Zamawiający w piśmie z dnia 5 listopada 2021 r. w ogóle nie odniósł się do faktu przedstawienia przez Odwołującego Polityk Bezpieczeństwa Netii S.A. oraz Polityki Bezpieczeństwa Informacji Netia S.A. uznać należy, że Zamawiający oceniając zasadność zastrzeżenia informacji poufnych, pominął również treść tych dokumentów. Gdyby Zamawiający należycie ocenił cały materiał dowodowy, musiałaby dojść do wniosku, że w analizowanym postępowaniu mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 uznk oraz, że Odwołujący skutecznie to wykazał.

Odwołujący wskazał, że zwrot "informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje" należy interpretować szeroko. Znowelizowana UZNK kontynuuje tradycję wskazywania przykładów tajemnic przedsiębiorstwa, tym niemniej zakres informacji objętych ochroną jest identyczny, jak w przypadku TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right), obowiązującego w Polsce od 01.01.2000 r.(dalej jako „TRIPS”) oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. (dalej jako „Dyrektywa 2016/943”) - potencjalnie każdy rodzaj informacji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Na przestrzeni ostatnich lat, za tajemnicę przedsiębiorstwa uznano m.in. składniki zaoferowanej ceny skalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania, informacje identyfikujące klientów i potencjalnych klientów danego podmiotu gospodarczego, czy też stawki pracowników. Odwołujący podkreślał, że zgodnie z wyrokiem SN „informacja identyfikująca klientów i potencjalnych klientów danego podmiotu gospodarczego, nawet jeśli nie można jej zakwalifikować jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) ze względu na niezastrzeżenie/niezabezpieczenie jej poufności, stanowi wymierną wartość dla pracodawcy. Zatem możliwość dostępu do tej informacji podmiotów, które mogą ją wykorzystać ze szkodą dla interesów majątkowych pracodawcy (np. przez przejęcie klientów), stanowi stan narażenia pracodawcy na szkodę, w którym szczególnego znaczenia nabierają okoliczności związane z przejściem pracownika (...) do podmiotu świadczącego konkurencyjne usługi” .

Podkreślał, że przedmiotem udostępnienia byłyby nie tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego ale również dotyczące m.in. warunków handlowych i polityki cenowej przedsiębiorstw kontrahentów Odwołującego, którzy są stroną umowy przedstawionej w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy. Należy zauważyć, że

warunki umów/ofert są efektem wielotygodniowych negocjacji i nie stanowią standardowych, ogólnodostępnych postanowień umownych, co wynika wprost z treści klauzuli zawartej w § 7 umowy. Dla Odwołującego, jak i jego kontrahentów kluczowe znaczenie ma również objęcie tajemnicą nazw podmiotów, z którymi pozostają w relacjach handlowych oraz szczególne warunki tej współpracy (negocjowane oddzielnie dla każdego z kontrahentów). Powzięta w tym zakresie wiedza przez wykonawców konkurencyjnych istotnie wpływa na pozycję negocjacyjną przyszłych umów zawieranych zarówno przez Odwołującego jak i jego kontrahentów.

Odwołujący podniósł, że sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Tę myśl wprost wyraża druga przesłanka definicyjna ujęta w art. 39 ust. 2 lit. b TRIPS i art. 2 pkt 1 lit. b Dyrektywy 2016/943) – tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające "wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą". Przepisy art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS mają charakter samowykonalny. Oznacza to, że nie wymagają one transponowania do prawa wewnętrznego. Powołane przepisy TRIPS stanowią część obowiązującego w Polsce prawa. W literaturze przedmiotu wyrażono opinię, że mimo pewnych różnic terminologicznych art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS i art. 11 ZNKU określają analogicznie przedmiot ochrony, tzn. poufne (nieujawnione) informacje, które posiadają określoną wartość gospodarczą. Z kolei, zgodnie z legalną definicją zawartą w art. 2 ust. 1 Dyrektywy 2016/943, tajemnica przedsiębiorstwa oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi: a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 listopada 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążanie Odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Zamawiający przedstawił argumentację prawną dotyczącą art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk. Powołał się na orzeczenia KIO, w których to Izba wypowiedziała się co do wyjątkowości ograniczania zasady jawności treści oferty: wyrok z dnia 1 czerwca 2020r. KIO 539/20, wyrok z dnia 21 listopada 2019 r. KIO 2263/19, wyrok z dnia 26 lutego 2019r. KIO 260/19, wyrok z dnia 21 maja 2018r. KIO 875/18. Zamawiający wskazał na wyrok KIO z 30 grudnia 2020 r. KIO 3227/20, wyrok z 20 listopada 2020 r. KIO 2781/20, wyrok z dnia 3 listopada 2020 r. KIO 2290/20 dotyczące spoczywającego na wykonawcy ciężaru udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający podniósł, że obowiązek wykazania przez wykonawcę spełnienia przez poszczególne informacje ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, wyklucza co do zasady zastrzeżenie przez wykonawcę tajemnicy samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie takie z natury rzeczy nie powinno zawierać informacji poufnych, a jedynie argumenty mające na celu wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Nieujawnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi nie tylko do naruszenia przepisu art. 18 ust. 1 ustawy Pzp (zasada jawności postępowania), ale też art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (zasada uczciwej konkurencji) poprzez ograniczenie innym wykonawcom możliwości kwestionowania zasadności zastrzeżenia w drodze środków ochrony prawnej (por: KIO 3483/20 - wyrok KIO z dnia 28-01-2021). Tymczasem w niniejszej sprawie Odwołujący w całości utajnił dokument OŚWIADCZENIE O ZASTRZEŻENIU INFORMACJI wraz z załącznikami, tj. Polityka Bezpieczeństwa Netii S.A. i Polityka Bezpieczeństwa Informacji Netia S.A., zawierający uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co w świetle powyższego trzeba uznać za niedopuszczalne. Dodatkowo podniósł, że przedmiotowy dokument poza wywodem prawnym i przedstawieniem poglądów orzecznictwa zawiera tylko zbiór ogólnych tez dotyczących rodzajów zastrzeganych informacji, nie da się w nim natomiast zidentyfikować żadnej konkretnej informacji o charakterze technicznym, technologicznym czy organizacyjnym, dotyczącej przedsiębiorstwa zastrzegającego.

W świetle normy prawnej art. 11 ust. 2 uznk konieczne jest też wykazanie, że zastrzegana informacja posiada wartość gospodarczą. Nie wystarcza samo lakoniczne stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (por: wyrok z 22.04.2021 r. KIO 715/21, wyrok z 26.04.2021 r. KIO 698/21, wyrok z 16.04.2021 r. KIO 802/21, wyrok z 04.02.2021 r. KIO 59/21, wyrok z 8.10.2020 r. KIO 1735/20, wyrok z 6.10.2020 r. KIO 2331/20). Wartość gospodarczą należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada (por. wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2021 o sygn. akt KIO 500/21). Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny. Z powyższego wynika, że wykonawca zastrzegając daną informację, jako „tajemnicę przedsiębiorstwa” powinien wykazać w szczególności jedną z poniższych okoliczności: a. wysokość zysków, jakie dana informacja generuje; b. wysokość zaoszczędzonych określonych kosztów, gdy informacja pozostaje zastrzeżona.

Odnosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Zamawiający wskazał, że dokonał wnikliwej analizy zarówno treści dokumentów składających się na ofertę złożonej przez Netię, jak i analizy uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia części dokumentów. Zamawiający po zbadaniu i ocenie spełnienia warunków zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp dokonał odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, o czym poinformował Odwołującego w piśmie z dnia 5 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż względem tylko tych informacji nie wykazał on w sposób przekonujący i rzeczowy, że są to informacje posiadające wartość gospodarczą, oraz w czym ta wartość się wyraża z czego wynika.

Odwołujący w dokumencie OŚWIADCZENIA O ZASTRZEŻENIU INFORMACJI uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa użył 15 razy zwrotu „wartość gospodarcza” jednakże tylko cytując przepisy prawa, opisując poglądy orzecznictwa i doktryny, albo formułując ogólne i niczym niepoparte twierdzenia o tym, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza poszczególnych zastrzeganych informacji nie została natomiast w żaden sposób omówiona ani tym bardziej wykazana. W szczególności nie oszacowano własnych korzyści wynikających z zachowania tajności informacji oraz ewentualnych własnych strat lub zysków innych przedsiębiorców wynikających z ujawnienia danych, zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie wykazano też, aby poszczególne utajnione informacje miały charakter praw majątkowych o ustalonej wartości. Netia stoi albowiem na stanowisku (co stwierdzono wprost w odwołaniu), iż sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. A zatem zdaniem Odwołującego informacja ma wartość gospodarczą przez to że jest poufna, co z kolei usprawiedliwiłoby jej zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z poglądem takim nie można się zgodzić, gdyż skutkowałby on wyłączeniem stosowania części ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 uznk. Wystarczałoby albowiem że informacje „[...]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” (końcowa część art. 11 ust. 2 uznk), natomiast niepotrzebny byłby już wymóg posiadania przez informacje „wartości gospodarczej” formułowany w początkowej części przepisu: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą [...]”. Przedstawione stanowisko Odwołującego stoi też w zdecydowanej sprzeczności z poglądami prawnymi manifestowanymi w nowszym orzecznictwie KIO, co do obciążającego wykonawcę

obowiązku wykazania wartości gospodarczej informacji obejmowanych tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z powyższym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Odwołującego należało uznać za bezskuteczne w całości przez to, że nie została wykazana wartość gospodarcza informacji.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący niezasadnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dane o producencie i modelach urządzeń w pkt. 2.2 Formularza oferty, ze względu na charakter tych informacji. Przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest między innymi dostawa telefonów i innych urządzeń wchodzących w skład oferowanego Systemu. Zamawiający wymagał wskazania w pkt 2.2 Formularza oferty producenta i modelu oferowanych urządzeń wraz z oświadczeniem że spełniają one wymagania sformułowane w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ). Wykonawca nie był natomiast zobowiązany ujawniać żadnych informacji na temat warunków współpracy z producentem urządzeń, a w szczególności cen za jakie Wykonawca nabywa urządzenia. W pkt 4 Formularza oferty (Formularz Cenowy) należało jedynie wskazać ceny jednostkowe Wykonawcy dotyczące poszczególnych urządzeń. W formularzu oferty nie przewidziano także opisywania parametrów technicznych urządzeń w sposób bardziej szczegółowy, niż przez zadeklarowanie ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego.

W takim stanie rzeczy samo określenie producenta i modelu urządzenia nie może zostać uznane za informację techniczną, organizacyjną lub technologiczną kreującą przewagę konkurencyjną, gdyż nie dotyczy informacji charakterystycznych dla przedsiębiorstwa podmiotu zastrzegającego. Ten sam producent może oferować takie same urządzenia także innym przedsiębiorcom. Z samej wiedzy o możliwości realizacji przez Netię dostaw wyrobów danego producenta, nie znając jednak warunków tej współpracy, inne podmioty nie mogą zaś pozyskać wiedzy ułatwiającej potencjalne uzyskanie dla siebie korzystniejszych warunków dostaw. Z przedstawionych wyżej przyczyn utajnienie części informacji wymaganych w formularzu oferty, takich jak: nazwa producenta typ i model oferowanego urządzenia dostępnego na rynku, nie może być co do zasady dopuszczalne, na co zwraca się uwagę w orzecznictwie KIO (por: wyrok z 03.06.2015 r. KIO 1066/15, wyrok z 05.01.2018r. KIO 2652/17).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 17 listopada 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz NTT Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 19 listopada 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego oraz pismo Zamawiającego z dnia 5 listopada 2021 r. dotyczące zamiaru odtajnienia całości oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 listopada 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 3.12 formularza oferty Wykonawca NETIA S.A. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

A/ WYKAZ OSÓB

B/ WSZELKIE INFORMACJE ZWIĄZANE Z PODMIOTEM TRZECIM NA KTÓREGO ZASOBY SIĘ POWOŁUJE WYKONAWCA, tj.:

1. JEDZ WYKONAWCY – w zakresie wykazu proponowanych podwykonawców (Część II, sekcja D);
2. JEDZ PODMIOTU TRZECIEGO, na którego zasoby powołuje się Wykonawca, odpis z KRS, dokumenty potwierdzające brak wykluczenia ww. podmiotu, na którego zasoby powołuje się Wykonawca, oraz wszelkie inne dokumenty składane przez podmiot udostępniający zasób;
3. FORMULARZ OFERTOWY w zakresie informacji o podmiocie, na którego zasoby powołuje się Wykonawca i nazwy podwykonawców (pkt 2.7);
4. ZOBOWIĄZANIE PODMIOTU TRZECIEGO do udostępnienia zasobów.

C/ WYKAZ USŁUG

D/ DOKUMENTY POTWIERDZAJĄCE SYTUACJĘ EKONOMICZNĄ I FINANSOWĄ - POLISA OC

E/ OPIS STANU TECHNICZNEGO – informacje dotyczące oferowanego sprzętu tj.: nazwa producenta, model (Formularz Oferty pkt 2.2).

Jednocześnie jak wynika z punktu 5 formularza oferty Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa objęto umowę, którą Zamawiający zidentyfikował jako umowę konsorcjum (jedyna umowa załączona do oferty) oraz załącznik nr 4 – oświadczenie o zastrzeżeniu informacji wraz z załącznikami. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiące załącznik nr 4 do SWZ zostało odtajnione przez Odwołującego w toku rozprawy (bez 2 załączników) wobec cofnięcia zarzutu odwołania w powyższym zakresie. Z treści załącznika nr 4 wynika, że poza dokumentami wymienionymi lit. A – E powyżej, w pozostałym zakresie oferta jest jawna i nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 5 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne i zamiarze dokonania odtajnienia całości informacji po upływie 10 dni od dnia przekazania pisma, a w przypadku wniesienia odwołania, po rozpoznaniu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zamawiający podał uzasadnienie ww. czynności.

Izba zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła oświadczenia NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie o zastrzeżeniu informacji stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia (bez załączników) podlegało umorzeniu wobec złożonego przez Odwołującego w toku rozprawy oświadczenia o wycofaniu zarzutu w ww. zakresie.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie Odwołującego w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, informacji o podmiocie, na którego zasoby powołuje się wykonawca i nazwy podwykonawców zawartych w pkt. 2.7 formularza oferty oraz informacji dotyczących

oferowanego sprzętu tj. nazwy producenta i modelu, o których mowa w pkt. 2.2 formularza oferty.

Izba wskazuje, iż art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19 zapadłym w poprzednim stanie prawnym, ale zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub

w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy – w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, informacji o podmiocie, na którego zasoby powołuje się wykonawca i nazwy podwykonawców zawartych w pkt. 2.7 formularza oferty oraz informacji dotyczących oferowanego sprzętu tj. nazwy producenta i modelu, o których mowa w pkt. 2.2 formularza oferty - wskazać należy, iż Odwołujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk.

Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo ocenił, że Odwołujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez Wykonawcę ww. informacje mają wartość gospodarczą. Wskazać należy, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „inne”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku

z tym postępowaniem (tak KIO w wyroku z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16). Jednocześnie zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.

W zakresie ww. przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie informacji dotyczących oferowanego sprzętu, tj. nazwy producenta i modelu, o których mowa w pkt. 2.2 formularza oferty Odwołujący podał w szczególności, że *„określone rozwiązania, które oferuje Odwołujący, poprzedzone są wieloletnimi badaniami i testami technicznymi w zakresie kompatybilności poszczególnych, pojedynczych rozwiązań technologicznych. Takie działania, przy współpracy z określonymi podmiotami, pozwalają na zaproponowanie optymalnie najlepszych rozwiązań technicznych, których ujawnienie z pewnością spowodowałoby ich wykorzystanie przez konkurencję, a tym samym utraciłyby przypisywaną Netii cechę unikalności. Wartość gospodarczą opisu technicznego potwierdza fakt, że wskazane w nim rozwiązania przekładają się na wymierne korzyści finansowe, które jest w stanie osiągnąć Spółka przy ich wykorzystywaniu. Ich ujawnienie zapewne zmniejszyłoby poziom konkurencyjności usług oferowanych przez Netia i pogorszyłoby możliwość oferowania przez Wykonawcę tak zoptymalizowanych kosztów ich świadczenia.”*

W ocenie Izby powyższe uzasadnienie ma charakter ogólny, mogący znaleźć zastosowanie niemalże w każdym postępowaniu, a w dodatku gołosłowny. W szczególności nie zostało wyjaśnione jakie określone rozwiązania, które rzekomo oferuje w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia Odwołujący, poprzedzone zostały wieloletnimi badaniami i testami technicznymi w zakresie kompatybilności poszczególnych rozwiązań technologicznych. Dalej zauważyć należy, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest m.in. dostawa telefonów i innych urządzeń wchodzących w skład oferowanego systemu. Zamawiający na gruncie specyfikacji nie wymagał od wykonawców podania szczegółowych parametrów technicznych oferowanych urządzeń, czy też rozwiązań technologicznych, poprzestając na deklaracji wykonawcy, iż oferowane urządzenia są zgodne z wymogami Zamawiającego. Wykonawca nie był zatem zobowiązany do przedstawienia w ofercie żadnych szczegółów dotyczących oferowanego sprzętu, ani tym bardziej rozwiązań technologicznych, czy też warunków współpracy z producentem oferowanych urządzeń.

Nie zostało również wyjaśnione w jaki sposób ujawnienie danych dotyczących oferowanego modelu urządzenia i sprzętu zmniejszyłoby poziom konkurencyjności usług oferowanych przez Netia i pogorszyłoby możliwość oferowania przez wykonawcę

zoptymalizowanych kosztów ich świadczenia. Słusznie w ocenie Izby podniósł Zamawiający, że samo określenie producenta i modelu urządzenia nie może zostać uznane za informację techniczną, organizacyjną lub technologiczną kreującą przewagę konkurencyjną, gdyż nie dotyczy informacji charakterystycznych dla przedsiębiorstwa podmiotu zastrzegającego. Ten sam producent może oferować takie same urządzenia także innym przedsiębiorcom. Z samej wiedzy o możliwości realizacji przez Odwołującego dostaw wyrobów danego producenta, nie znając jednak warunków tej współpracy, inne podmioty nie mogą zaś pozyskać wiedzy ułatwiającej potencjalne uzyskanie dla siebie korzystniejszych warunków dostaw.

Przechodząc następnie do informacji związanych z podmiotem trzecim, o których mowa w punkcie 2.7 formularza oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego Odwołujący podniósł w szczególności, że: *„na rynkową wartość przedsiębiorstwa Odwołującego składa się przede wszystkim, pozycja wykonawcy na rynku, jego know-how, zaplecze kadrowe oraz umiejętność nawiązywania korzystnych relacji biznesowych i to nie tylko z klientami, tj. odbiorcami usług lub innych dóbr, ale również z jego dostawcami, podwykonawcami i innymi partnerami biznesowymi. Umiejętne dobieranie partnerów biznesowych, możliwość nawiązywania wieloletniej, korzystnej współpracy oraz ustalenia jej warunków stanowi jedną z najistotniejszych wartości przedsiębiorstwa Odwołującego, zaś zidentyfikowanie wszystkich partnerów biznesowych Wykonawcy, ale również ujawnienie szczegółów ich współpracy, w tym w ramach określonych projektów, może przyczynić się do próby ingerowania konkurencji w tę relację. Odtworzenie powiązań biznesowych Wykonawcy może również stanowić podstawę do skutecznej dedukcji o planach rozwojowych Wykonawcy oraz jego krótko-i długoterminowych planach biznesowych.”*

W ocenie Izby lektura uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do wniosku, iż w zakresie przesłanki dotyczącej wartości gospodarczej informacji związanych z podmiotem trzecim Odwołujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. Wskazać należy, iż na podstawie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie można zidentyfikować wszystkich partnerów biznesowych wykonawcy. Z informacji zastrzeżonych w punkcie 2.7 formularza oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego nie można również wywnioskować zasad współpracy pomiędzy Odwołującym a partnerem biznesowym. Nie zostało również wyjaśnione przez Odwołującego w jaki sposób na podstawie informacji dotyczącej wyłącznie nazwy podmiotu trzeciego możliwe było odtworzenie planów rozwojowych wykonawcy oraz jego krótko-i długoterminowych planów biznesowych. Odwołujący nie przedstawił żadnego logicznego wyводу myślowego w tym zakresie. Odwołujący nie wykazał również, by nawiązana współpraca z podmiotem trzecim miała charakter wieloletni czy też względnie trwałe i nie była podyktowana realizacją niniejszego

zamówienia publicznego, w którym to Zamawiający narzucił wykonawcom oczekiwane rozwiązania wynikające ze specyfikacji.

Odnosząc się z kolei do objętych tajemnicą przedsiębiorstwa załączników do oświadczenia o zastrzeżeniu informacji (Polityka Bezpieczeństwa Netia S.A. oraz Polityka Bezpieczeństwa Informacji Netia S.A.) oraz umowy konsorcjum wskazać należy, iż Odwołujący zarówno w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i w złożonym odwołaniu nie przedstawił żadnej argumentacji uzasadniającej objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów w świetle przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk, poprzestając na oznaczeniu plików zawierających ww. dokumenty klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa”. Ww. dokumenty nie zostały również wymienione w punkcie 3.12 formularza oferty Odwołującego, co z kolei jest spójne z pierwszym zdaniem uzasadnienia odwołania, w którym Netia wskazała, że: *„działając na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk zastrzegł w ofercie złożonej w postępowaniu informacje dotyczące: wykazu osób, informacje związane z podmiotem trzecim, na którego zasoby powołuje się wykonawca, wykaz usług, polisę OC oraz informacje dotyczące oferowanego sprzętu, podając uzasadnienie w tym zakresie.”* Ponadto w przypadku złożonej umowy dostrzec należy, iż Odwołujący nie jest jej stroną, a zatem nie można stwierdzić, że postanowienia z niej wynikające dotyczą Odwołującego.

W końcu Izba wskazuje, iż poza sporem było to, że Odwołujący wykazał przesłankę dotyczącą działań podjętych przez wykonawcę celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył zarzucanych przez Odwołującego przepisów prawa, tj. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, przez uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, informacji o podmiocie, na którego zasoby powołuje się wykonawca i nazwy podwykonawców zawartych w pkt. 2.7 formularza oferty, informacji dotyczących oferowanego sprzętu tj. nazwy producenta i modelu, o których mowa w pkt. 2.2 formularza oferty, dwóch załączników do załącznika nr 4 oraz umowy konsorcjum, co do których nie wykazano, aby stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Przechodząc kolejno do zamiaru odtajnienia przez Zamawiającego pozostałych dokumentów zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wykazu osób, JEDZ Odwołującego w zakresie wykazu proponowanych podwykonawców, JEDZ podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca, odpisu z KRS, dokumentów potwierdzających brak wykluczenia ww. podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca oraz wszelkich innych dokumentów składanych przez podmiot udostępniający zasób, wykazu usług oraz polisy OC Izba uznała, że czynność Zamawiającego w odniesieniu do ww. dokumentów została dokonana z naruszeniem art. 18

ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, pozostającym jednak bez wpływu na wynik niniejszego postępowania warunkującego uwzględnienie odwołania.

Przede wszystkim podkreślić należy, iż poza sporem było to, że Zamawiający na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dysponuje ww. dokumentami oraz że nie sposób w ogóle przesądzić, czy Zamawiający wystąpi do Odwołującego z wezwaniem do złożenia ww. dokumentów. Tym samym dokonana przez Zamawiającego ocena zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów została dokonana wyłącznie na podstawie uzasadnienia stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ w oderwaniu od treści ww. dokumentów nieznanych obecnie Zamawiającemu, co też zostało wywołane działaniem samego Odwołującego, który wraz z ofertą załączył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do części dokumentów składanych na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia mimo brzmienia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Jakkolwiek co do zasady zgodzić należy się z Zamawiającym, iż podstawą oceny, czy dane informacje zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa jest przedstawione przez wykonawcę uzasadnienie, to jednak w ocenie Izby czynność Zamawiającego zmierzająca do odtajnienia określonych informacji winna zostać dokonana całościowo z uwzględnieniem treści dokumentów złożonych przez wykonawcę. Zamawiający powinien bowiem kompleksowo zweryfikować twierdzenia danego wykonawcy wynikające z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i skonfrontować je z treścią złożonych dokumentów. Powyższe pośrednio wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który określa moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż winno to nastąpić wraz z przekazaniem zastrzeganej informacji.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, iż dokonana przez Zamawiającego ocena objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów, którymi Zamawiający na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie dysponuje była przedwczesna i winna zostać powtórzona po złożeniu ww. dokumentów przez Odwołującego. Powyższe naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk pozostawało jednak bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przez co odwołanie w ww. zakresie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 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 dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: