



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

KU/39/23/DKZP

Warszawa, dnia 08.08.2023 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:

Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk
Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe
ul. Noskowskiego 12/14
61-704 Poznań
adres korespondencyjny:
ul. Jana Pawła II 10
61-139 Poznań

w imieniu i na rzecz:

- Akademia Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie, Akademickie Centrum Komputerowe CYFRONET AGH, Al. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków;
- Politechnika Gdańska, Centrum Informatyczne Trójmiejskiej Akademickiej Sieci Komputerowej, ul. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk;
- Politechnika Wrocławska, Wrocławskie Centrum Sieciowo-Superkomputerowe, Wyb. Stanisława Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław;
- Politechnika Częstochowska, ul. Dąbrowskiego 69, 42-201 Częstochowa;
- Politechnika Białostocka, ul. Wiejska 45a, 15-351 Białystok;
- Politechnika Świętokrzyska, Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7, 25-314 Kielce;

- Politechnika Łódzka, ul. Żeromskiego 116, 90-924 Łódź;
- Narodowe Centrum Badań Jądrowych, ul. Andrzeja Sołtana, 05-400 Otwock

Rodzaj zamówienia:	dostawy
Przedmiot zamówienia:	dostawa sukcesywna wraz instalacją oraz uruchomieniem infrastruktury danych składającej się z serwerów dostępowych, serwerów wysokowydajnych, dostępu do danych, serwerów przechowywania danych o podwyższonej niezawodności oraz serwerów plików wraz z infrastrukturą komunikacyjną sieci SAN i LAN oraz oprogramowaniem
Data wszczęcia postępowania:	15.12.2022 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2022/S 245-707660
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Wartość zamówienia:	94.000.000,00 zł, (tj. 21.106.520,57 euro), w tym prawo opcji 15.000.000,00 zł, (tj. 3.368.061,80 euro)
Środki UE:	Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdza naruszenie przez zamawiającego:

- 1) art. 124 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od

wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”, poprzez żądanie w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej;

- 2) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę Integrale IT Sp. z o.o. dokumentów/informacji jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym.

UZASADNIENIE

1) Zgodnie z pkt I.7.2 SWZ w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający żądał następujących podmiotowych środków dowodowych oraz innych oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia:

- 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:
 - a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp;
 - b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego;
- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;
- 2) oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Wzór oświadczenia zawarto w załączniku nr 4 do SWZ;

- 3) informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem;
- 4) odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dokumentu, jeśli zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, o ile wykonawca wskazał dane umożliwiające dostęp do tych dokumentów (np. w oświadczeniu, o którym mowa w pkt. I.7.1 SWZ);
- 5) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa:
 - a) w art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
 - b) w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,
 - c) w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,
 - d) w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wzór oświadczenia zawarto w załączniku nr 5 do SWZ;

- 6) oświadczenia wykonawcy oraz oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby (jeśli dotyczy) o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn, o których mowa w art. 5k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 13 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1) oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r. poz. 835 z późn. zm.).

Wzór oświadczenia zawarto w załączniku nr 9a do SWZ.

Ponadto w pkt I.9.8 SWZ zamawiający wskazał, że żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów potwierdzających brak podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Należy zauważyć, że zamawiający żądał w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia m.in. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie

konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Mając na uwadze powyższe, zgodnie z treścią art. 124 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie natomiast z treścią art. 119 ustawy Pzp, w przypadku polegania wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający bada również, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Powyższe jednak nie dotyczy podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Stosownie bowiem do treści § 5 ust. 1 rozporządzenia, zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3-7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Z treści powyższego przepisu wynika, iż jego zakres – w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie obejmuje podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Tym samym należy stwierdzić, że żądanie przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji narusza treść art. 124 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) Jak wynika z dokumentacji postępowania, wykonawca Integrale IT Sp. z o.o. zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa następujące załączniki do oferty tj.:

- Opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia – zgodny z załącznikiem 1 do SWZ;
- Foldery, prospekty, katalogi oferowanych urządzeń;
- Wyniki testów;
- Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami.

Przy piśmie z dnia 19.05.2023 r. zamawiający poinformował wykonawcę Integrale IT Sp. z o.o. o odtajnieniu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (z wyjątkiem załączników). W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 19.05.2023 r. wykonawca oświadczył, że wyraża zgodę na odtajnienie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa z wyłączeniem załączników nr 1, nr 2 i nr 3 do uzasadnienia.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca stwierdził, że „(...) Ochronie przed ujawnieniem jako tajemnica przedsiębiorstwa w złożonej przez Wykonawcę ofercie podlega oferowane w ramach postępowania rozwiązanie, które jako całość stanowi efekt dopasowania urządzeń i ich konfiguracji do określonych w SWZ wymagań Zamawiającego i jest wyrazem wiedzy fachowej oraz doświadczenia Wykonawcy w zakresie dostaw objętych przedmiotem zamówienia. Nie może zatem budzić wątpliwości, iż oferowane rozwiązanie - zarówno informacje dotyczące każdego z poszczególnych elementów, jak i cały zestaw, stanowią informacje o charakterze technicznym i technologicznym, a ponadto - jako wyraz posiadanego przez Wykonawcę know-how - posiadają wartość gospodarczą. Z tych samych względów ochronie podlegają również informacje o konfiguracji oferowanego rozwiązania. Nawet jeśli wymagania Zamawiającego mogą zostać spełnione przez urządzenia standardowe stanowiące zamknięty katalog możliwości, to dobór poszczególnych urządzeń i elementów rozwiązania ma charakter unikalny, podlegający ochronie nawet, mimo iż informacje dotyczące poszczególnych elementów mają charakter ogólnodostępny. Opracowany przez Wykonawcę autorski zestaw elementów rozwiązania i ich konfiguracja - stanowiące efekt posiadanego przez Wykonawcę know-how - umożliwiają Wykonawcy złożenie oferty zgodnej ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego oraz konkurencyjnej cenowo. Zatem informacje o tym, jakie dokładnie urządzenia i ich elementy oferuje Wykonawca, stanowią o jego przewadze konkurencyjnej i ich ujawnienie naraża Wykonawcę na poniesienie szkody. Zastrzeżone dokumenty obrazują unikalne, przygotowane specjalnie dla potrzeb Zamawiającego rozwiązanie. Szczegóły zastosowanego rozwiązania nie stanowią prostego powtórzenia postanowień SWZ, ale stanowią wyraz know-how Wykonawcy i ze względu na umiejętność dopasowania rozwiązania do potrzeb Zamawiającego oraz poniesione na ten cel nakłady (w postaci pracy zespołu pracowników Wykonawcy) mają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. (...) Na unikalność oferowanego systemu wpływ ma przede wszystkim dobór przez wykonawcę rozwiązania modeli licencjonowania całej infrastruktury składowania danych. Podkreślić należy, iż projektowanie systemów informatycznych stanowi jeden z podstawowych przedmiotów działalności Wykonawcy. Wykonawca w szerokim zakresie świadczy odpłatne usługi w tym zakresie,

bazując na posiadanej wiedzy i doświadczeniu. Z tego względu zastrzeżone przez Wykonawcę informacje mają konkretną wartość gospodarczą ponieważ stanowią narzędzie generujące konkretne i wymierne przychody dla Wykonawcy. Wykonawca wyjaśnia również, że zastrzega informacje zawarte w folderach, prospektach i katalogach oferowanych urzędów, które same w sobie nie stanowią informacji poufnej, ponieważ w oparciu o komplet informacji z tych materiałów inne podmioty mogłyby odtworzyć zawartość i strukturę całego rozwiązania, co prowadziłoby do ujawnienia załącznika nr 1 do oferty, który również został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie podkreślamy, iż Wykonawca podjął w stosunku do w/w informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zgodnie z procedurą obowiązującą u Wykonawcy dokumenty takie, jak informacje dotyczące oferowanego w danym postępowaniu rozwiązania, w szczególności producentów, nazw i konfiguracji wszystkich zastosowanych elementów, nie są ujawniane podmiotom trzecim (poza niezbędnym zakresem) i podlegają ochronie jako informacje poufne, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji zgodnie z wymaganiami ISO/IEC 27001:2013. Certyfikat potwierdzający stosowaną w Integrale IT politykę bezpieczeństwa informacji przedkładamy w załączeniu”.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 21.07.2023 r. na podstawie art. 605 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp zamawiający został poproszony o złożenie wyjaśnień w następującym zakresie: „Jak wynika z dokumentacji postępowania, wykonawca Integrale IT Sp. z o.o. zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowe środki dowodowe znajdujące się w folderze o nazwie „Dokumenty Przedmiotowe”, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa, trzy załączniki dołączone do ww. uzasadnienia. Następnie, pismem z dnia 19.05.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawcę o odtajnieniu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa. Mając na uwadze powyższe, poproszono o wyjaśnienie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż przedmiotowe środki dowodowe znajdujące się w folderze o nazwie „Dokumenty Przedmiotowe” oraz załącznik dołączony do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci certyfikatu ISO, zawierają informacje, które nie podlegają odtajnieniu w przedmiotowym postępowaniu.”

W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia 27.07.2023 r. zamawiający udzielił wyjaśnień o następującej treści: „Analizując treść informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający przede wszystkim przyjął, że zastrzeżeniu nie podlega samo uzasadnienie i dlatego podjął decyzję o odtajnieniu treści uzasadnienia.

Co się tyczy pozostałych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, to zamawiający miał na uwadze:

a) Treść artykułu z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym 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. Przedstawione w katalogu o nazwie *TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA* naszej oferty informacje:

- a) pozostają nieujawnione do wiadomości publicznej, zwłaszcza w takim zestawieniu jak zaprezentowane w ofercie;
- b) posiadają wartość gospodarczą (ponieważ są informacjami organizacyjnymi przedsiębiorstwa Wykonawcy);
- c) zastrzegając ich treść Wykonawca podejmuje niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

b) opinia Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z którą określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00)".

Wspomniane orzecznictwo zostało przytoczone przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający za przekonującą uznał argumentację wykonawcy, że oferowane w ramach postępowania rozwiązanie: „... jako całość stanowi efekt dopasowania urządzeń i ich konfiguracji do określonych w SWZ wymagań Zamawiającego i jest wyrazem wiedzy fachowej oraz doświadczenia wykonawcy w zakresie dostaw objętych przedmiotem zamówienia. Nie może zatem budzić wątpliwości, iż oferowane rozwiązanie - zarówno informacje dotyczące każdego z poszczególnych elementów, jak i cały zestaw, stanowią informacje o charakterze technicznym i technologicznym, a ponadto - jako wyraz posiadanego przez wykonawcę know-how - posiadają wartość gospodarczą. Z tych samych względów ochronie podlegają również informacje o konfiguracji oferowanego rozwiązania.”

Co się tyczy certyfikatu ISO 27001, to treść posiadanego przez wykonawcę certyfikatu ISO, może być uznana za równo za informację o charakterze organizacyjnym (dotyczy sposobu funkcjonowania przedsiębiorstwa wykonawcy), jak i za informację mającą wartość gospodarczą, gdyż pozwala na ubieganie się o uzyskanie kontraktów w postępowaniach przetargowych w których zamawiający formułują wymóg posiadania certyfikatu o określonej treści jako wymóg udziału w postępowaniu.

W prawdzie w przestrzeni publicznej funkcjonuje ogólna informacja o posiadaniu przez wykonawcę certyfikatu ISO ale nie funkcjonuje informacja o konkretnej treści posiadanego certyfikatu.”

Mając na uwadze powyższe należy podnieść, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki

od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „ustawą Znk”, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. Samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać,” iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16, KIO 2119/16, wyrok KIO z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17). W świetle art. 11 ust. 2 ustawy Znk, 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 warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Powyższe oznacza, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Tym samym uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.07.2021 r. (sygn. akt 2018/21, 2048/21): „Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie”.

Odnosząc się do treści dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego celem przeprowadzenia kontroli uprzedniej, należy podkreślić, że wykonawca załączył do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokument w postaci certyfikatu ISO, który umieścił w folderze o nazwie: „Część niejawna”, ponieważ w jego opinii zawiera informacje, które nie podlegają odtajnieniu w przedmiotowym postępowaniu. Następnie, pismem z dnia 01.06.2023 r. zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych. Przy piśmie z dnia 01.06.2023 r. wykonawca przedłożył wymaganą dokumentację, do której ponownie dołączył dokument w postaci certyfikatu ISO jako dokument jawny. Tym samym, zaniechał zastrzeżenia jego treści tajemnicą przedsiębiorstwa.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, wykonawca również dokonał czynności związanych z utajnieniem treści folderów, prospektów, katalogów oferowanych urządzeń, certyfikatów producentów, wyników testów produktów. Natomiast, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jednoznacznie wskazał, że cyt.: *„Nawet jeśli wymagania Zamawiającego mogą zostać spełnione przez urządzenia standardowe stanowiące zamknięty katalog możliwości, to dobór poszczególnych urządzeń i elementów rozwiązania ma charakter unikalny, podlegający ochronie nawet, mimo iż informacje dotyczące poszczególnych elementów mają charakter ogólnodostępny.”* Nawiązując do powyższego, wszelkie ww. dokumenty są powszechnie dostępne m.in. na stronach internetowych poszczególnych producentów. Należy jednoznacznie podkreślić, że nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa informacje, o których można dowiedzieć się lub pozyskać je w swobodny i dozwolony sposób. Odnosząc się do powyższego, tajemnicy przedsiębiorstwa nie będą stanowić ulotki informacyjne, foldery, broszury, certyfikaty dotyczące oferowanego rozwiązania, wyniki przeprowadzonych testów produktu, którymi producenci posługują się w sposób jawny.

Mając na uwadze fakt, iż wszystkie ww. dokumenty złożone w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę Integrale IT Sp. z o.o. zawierają informacje, z których treścią każdy podmiot może swobodnie się zapoznać, należy stwierdzić, że są to informacje jawne, którym nie przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro zatem powyższe dokumenty są jawne, nie jest uprawnione zastrzeżenie nieujawniania ich treści w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy jednoznacznie stwierdzić, że dokumentom nie można

przypisać statusu tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na fakt, iż dokumenty te są jawne i powszechnie dostępne. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.12.2022 r., sygn. akt KIO/KU 33/22, Izba przedstawiała stanowisko o następującym brzmieniu, „Zgodnie z tym 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 (tak wyrok KIO z dn. 23.06.2021 w sprawie o sygn. akt KIO 1173/21).”

W związku z powyższym, zamawiający poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę Integrale IT Sp. z o.o. dokumentów/informacji jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym, naruszył treść art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.