Sygn. akt: KIO 2737/21

WYROK

z dnia 6 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2021 roku przez wykonawcę Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku (Lider), będący partnerem innych jednostek medycznych - Szpitali Urzędu Marszałkowskiego w Katowicach

przy udziale wykonawców:

1) Gabos Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach,

2) Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części w zakresie zaniechania odtajnienia informacji wskazanych w zastrzeżeniach i uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Asseco Poland S.A. z powodu uwzględnienia zarzutu odwołania przez Zamawiającego i braku sprzeciwu po stronie Przystępującego Asseco Poland S.A.;

2. Umarza postępowanie odwoławcze w części w zakresie zaniechania odtajnienia i udostępnienia formularzy cenowych złożonych przez Przystępującego Asseco Poland S.A. z powodu cofnięcia zarzutu przez Odwołującego;

3. Uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu:

a. informacji/danych dotyczących kwalifikacji osób zawartych w Tabeli pkt 9 formularza

oferty - kolumna 3, stanowiących doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia punktowane przez Zamawiającego, a więc stanowiących kryterium oceny ofert,

b. informacji dotyczących nazw podmiotów udostępniających zasoby i dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby,

c. informacji dotyczących nazw podwykonawców i zakresów podwykonawstwa (w szczególności dane z formularza ofertowego i JEDZ) w ofercie wykonawcy Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach

i nakazuje Zamawiającemu uznanie zastrzeżenia informacji znajdujących się

w wymienionych w sentencji dokumentach za bezskuteczne;

4. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

5. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Comarch Healthcare Spółka

Akcyjna z siedzibą w Krakowie w % części oraz Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku (Lider), będący partnerem innych jednostek medycznych - Szpitali Urzędu Marszałkowskiego w Katowicach w % części i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

5.2. zasądza od Zamawiającego - Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 3 w Rybniku (Lider), będącego partnerem innych jednostek medycznych - Szpitali Urzędu Marszałkowskiego w Katowicach na rzecz wykonawcy Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy), stanowiącą zwrot części kosztów postępowania odwoławczego pod postacią wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 2737/21

UZASADNIENIE

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku (Lider), będący partnerem innych jednostek medycznych - Szpitali Urzędu Marszałkowskiego w Katowicach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp, na Dostawę oprogramowania Serwera Komunikacyjnego eCareMed (OSK) dla części wspólnej projektu ECAREMED. Zamówienie jest współfinansowane przez Unię Europejską w ramach projektów „eCareMed". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2021 roku, numer ogłoszenia: 2021/S 043-106892.

Dnia 16 września 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1 i 2, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zwaną dalej „PZP"), odwołanie złożył wykonawca Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie wniesiono wobec zaniechań i czynności Zamawiającego niezgodnych z PZP, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

I. Część pierwsza dotycząca Wykonawcy Gabos Software Sp. z o.o.

1. art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwaną dalej u.z.n.k.) poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu:

a. informacji/danych dotyczących kwalifikacji osób zawartych w Tabeli pkt 9 formularza oferty - kolumna 3, stanowiących doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia punktowane przez Zamawiającego, a więc stanowiących kryterium oceny ofert,

b. informacji dotyczących nazw podmiotów udostępniających zasoby i dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby,

c. informacji dotyczących nazw podwykonawców i zakresów podwykonawstwa (w szczególności dane z formularza ofertowego i JEDZ)

d. informacji/prezentacji systemu w postaci nagrań (plik wideo wraz z narracją) plus opisów (próbka), złożonych wraz z ofertą wskazanych przez Gabos Software Sp. z o.o., pomimo iż wskazane informacje:

- nie zostały zastrzeżone przez Gabos Software Sp. z o.o. zgodnie z wymogami PZP - w szczególności Gabos Software Sp. z o.o. nie sprostało ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., - a tym samym - nie stanowią informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Gabos Software Sp. z o.o., który to Wykonawca nadmiarowo objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacje, które nie wypełniają dyspozycji art. 11 ust. 2 u.z.n.k.,

- zostały bezzasadnie i nadmiarowo utajnione celem uniemożliwienia pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu weryfikacji, czy Gabos Software Sp. z o.o. spełnia ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert,

Odwołujący wnosił w tej części odwołania o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ujawnienia (odtajnienia) i przekazania Odwołującemu następujących informacji:

a. informacji wskazanych przez Gabos Software Sp. z o.o. w Tabeli pkt 9 formularza oferty - kolumna 3 - a to informacji zawartych w formularzu ofertowym, stanowiących doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia punktowane przez Zamawiającego, a więc stanowiących kryterium oceny ofert,

b. informacji dotyczących nazw podmiotów udostępniających zasoby i dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby,

c. informacji dotyczących nazw podwykonawców i zakresów podwykonawstwa

d. informacji/prezentacji systemu w postaci nagrań (plik wideo wraz z narracją) plus opisów (próbka), złożonych wraz z ofertą

II. Część druga dotycząca Wykonawcy Asseco Poland Spółka Akcyjna

1. art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwaną dalej u.z.n.k.) poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu informacji wskazanych w zastrzeżeniach i uzasadnieniach zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco Poland Spółka Akcyjna (informacje zawarte w dokumencie - wyjaśnienie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa),

2. art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1, w zw. z art. 222 ust. 5 pkt 2, w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu: Formularzy cenowych (załącznik nr 1.1 do SWZ) złożonych przez Wykonawcę Asseco Poland Spółka Akcyjna, pomimo, że nie stanowią one w świetle prawa tajemnicy przedsiębiorstwa,

3. Ponadto z ostrożności procesowej, pomimo braku przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco Poland Spółka Akcyjna, w tym zakresie i braku wiedzy Odwołującego dotyczącej skuteczności prawdopodobnego zastrzeżenia Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw.

z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu: informacji/prezentacji systemu w postaci nagrań (plik wideo wraz z narracją) plus opisów (próbka), złożonych wraz z ofertą Asseco Poland Spółka Akcyjna, pomimo iż wskazane informacje:

- nie zostały zastrzeżone przez Asseco Poland Spółka Akcyjna zgodnie z wymogami PZP,

- a tym samym - nie stanowią informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Asseco Poland Spółka Akcyjna, który to Wykonawca nadmiarowo objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacje, które nie wypełniają dyspozycji art. 11 ust. 2 u.z.n.k.,

- zostały bezzasadnie i nadmiarowo utajnione celem uniemożliwienia pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu weryfikacji, czy Asseco Poland Spółka Akcyjna spełnia ustalone przez

Zamawiającego kryteria oceny ofert.

Odwołujący wnosi w tej części odwołania o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ujawnienia (odtajnienia) i przekazania Odwołującemu następujących informacji:

1. informacji wskazanych w zastrzeżeniach i uzasadnieniach zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa (informacje zawarte w dokumencie - wyjaśnienie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco Poland Spółka Akcyjna),

2. Formularzy cenowych (załącznik nr 1.1 do SWZ) złożonych przez Wykonawcę Asseco Poland Spółka Akcyjna,

3. informacji/prezentacji systemu w postaci nagrań (plik wideo wraz z narracją) plus opisów (próbka), złożonych wraz z ofertą Asseco Poland Spółka Akcyjna.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. W dniu 06 września 2021 r. Zamawiający opublikował na Platformie zakupowej oferty wraz z załącznikami wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, bez dokumentów i informacji, których udostępnienia Odwołujący żąda odwołaniem. Ponadto w dniu w dniu 8 września 2021 roku Odwołujący zwrócił się pismem o odtajnienie i udostępnienie dokumentów i informacji, w odpowiedzi Zamawiający nie odtajnił i nie udostępnił jednak informacji, o których mowa w zarzutach odwołania.

Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie oraz złożył ofertę w postępowaniu. Poprzez czynności i zaniechania Zamawiającego Odwołujący może być pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania zamówienia. Każdy błąd Zamawiającego popełniony na etapie badania i oceny ofert - także błąd w zakresie nieuprawnionego utajnienia i nieudostępnienia Odwołującemu informacji bezskutecznie zastrzeżonych rzutuje na ostateczny wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

I. <u>Część pierwsza dotycząca Wykonawcy Gabos Software Sp. z o.o.</u>

W terminie składania ofert oferty złożyło trzech wykonawców: Gabos Software Sp. z o.o., Asseco Poland Spółka Akcyjna i Odwołujący. W dniu 6 września Zamawiający udostępnił oferty wraz z załącznikami na Platformie zakupowej, bez dokumentów i informacji, których udostępnienia Odwołujący żąda odwołaniem. Ponadto w dniu 8 września 2021 roku Odwołujący zwrócił się pismem o odtajnienie i udostępnienie dokumentów i informacji, tj.: dokumentacji i informacji złożonych wraz z ofertą Wykonawcy Gabos Software Sp. z o.o.:

- plików próbki/prezentacji systemu,

- formularza oferty zawierającego dane - odpowiedź Wykonawcy w tabeli stanowiącej oświadczenie dotyczące kryterium „Doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia”, tj. plików zawierających potwierdzenie spełnienia wymagań w przedmiocie doświadczenia,

- nazw podmiotów udostępniających zasoby i zakresów podwykonawstwa oraz dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, w szczególności JEDZ.

W odpowiedzi Zamawiający nie odtajnił i nie udostępnił informacji, o których mowa w zarzutach odwołania.

Zamawiający wraz z udostępnieniem ofert na Platformie zakupowej, udostępnił dokument Gabos zawierający uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, a z którego to dokumentu wynika, że Gabos zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- dane dotyczące kwalifikacji osób z tabeli pkt 9 formularza oferty kolumna 3,

- dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających zasoby,

- nazwy podmiotów udostępniających zasoby i zakresy podwykonawstwa,

- nazwy podwykonawców i zakresy podwykonawstwa,

- próbki.

Ad a)

Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odtajnienia informacji wskazanych przez Gabos w Tabeli pkt 9 formularza oferty - kolumna 3 - informacji zawartych w formularzu ofertowym stanowiących doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia, punktowane przez Zamawiającego, a więc stanowiących kryterium oceny ofert.

Zastrzeżenie tajemnicy w tabeli pkt 9 formularza oferty - kolumna 3 dotyczy w zasadzie słowa TAK lub NIE - potwierdzającego lub też nie, że osoba, którą dysponuje Wykonawca spełnia wymagania Zamawiającego dodatkowo punktowane w ramach kryterium oceny ofert, natomiast uzasadnienie tajemnicy Gabos dotyczy konkretnych osób, z którymi, jak podnosi, współpraca ma strategiczne znaczenie. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy dla tej części formularza ofertowego i uzasadnienia dla nieujawniania innym wykonawcom słowa TAK lub NIE na potwierdzenie spełniania przez osoby punktowanych wymagań Zamawiającego.

Taka informacja nie stanowi informacji technicznej, technologicznej, ani też organizacyjnej przedsiębiorstwa lub innej posiadającej wartość gospodarczą. Jest to wyłącznie informacja czy osoba jaką zamierza Gabos skierować do realizacji zamówienia spełnia konkretne warunki określone indywidualnie przez danego Zamawiającego, w tym konkretnym postępowaniu, i informacja o tym w żaden sposób nie może mieć wartości gospodarczej, nie stanowi zabezpieczenia przed utratą zasobów kadrowych, jak to niesłusznie próbuje wywieść Gabos. Wiedza konkurentów w zakresie, czy osoby skierowane do realizacji zamówienia spełniają czy też nie punktowane wymagania Zamawiającego, w żaden sposób nie ma znaczenia z punktu widzenia argumentów wskazywanych przez Gabos z punktu widzenia możliwości podkupywania/pozyskiwania takich osób przez konkurencję. Nie można na podstawie znajomości samego faktu, czy dysponuje się osobą, która spełnia czy nie dane wymaganie pozyskać wiedzy o jej danych, tym samym, wykonawca nie może ponieść szkody w wyniku ujawnienia takiej informacji - taka informacja nie posiada cech chronionych przez przepisy prawa, a zatem, Wykonawca Gabos nie mógł skutecznie zastrzec tych informacji.

Odwołujący wskazał równocześnie, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Gabos w zakresie zarówno słowa TAK lub NIE - potwierdzającego lub też nie, że osoba którą dysponuje Wykonawca spełnia wymagania Zamawiającego dodatkowo punktowane w ramach kryterium oceny ofert, jak i danych osób skierowanych do realizacji zamówienia, ich kwalifikacji, doświadczenia zawodowego i posiadanych certyfikatów nie spełnia wymogów ustawy PZP, a tym samym jest nieskuteczne, co winno skutkować ich odtajnieniem przez Zamawiającego.

Gabos w nawet najmniejszym stopniu nie wykazał wartości przedmiotowych informacji, jak również nie wykazał spełniania przesłanki formalnej tj. nie wykazał, iż informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, oraz że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Wykonawca w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał wartości gospodarczej informacji ani faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Powołanie się na wyrok Sądu Okręgowego z 2007 roku i wskazanie, że w branży IT cenieni są ludzie o wysokich kwalifikacjach, ze wskazaniem,

iż być może mogą być pozyskiwani przez inne podmioty - jest zdecydowanie

niewystarczające dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brak tu konkretnego wskazania jakie wartości posiadają informacje, oraz brak wykazania poprzez stosowne dokumenty (kopie, streszczenia, wyciągi z dokumentów) jakie działania zostały podjęte aby zachować je w poufności.

Brakującym elementem, którego Gabos nie wykazała w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, jest m. in. przesłanka wartości gospodarczej, poprzestając na twierdzeniu, iż informacje taką wartość posiadają. Wartość 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), posiadająca określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości. Wykazanie przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa musi być spełnione łącznie - brak wykazania wartości gospodarczej implikuje konieczność uznania bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia i odtajnienia dokumentów. Wskazywanie na możliwości przejmowania/podkupywania osób przez konkurencję to wyłącznie twierdzenie/spekulacja niczym nie poparta. Koniecznością jest także każdorazowa indywidualna ocena przez Zamawiającego wartości gospodarczej zastrzeganych przez wykonawców, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji i ocena ich zasadności. To na zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji czy przedstawione przez wykonawcę informacje zasługują na ochronę.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien uznać, iż Wykonawca nie wykazał skutecznie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie danych dot. kwalifikacji osób z tabeli pkt 9 formularza oferty kolumna 3 oraz danych osób skierowanych do realizacji zamówienia. Treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera stwierdzenia ogólne, które nie opisują przyczyn, dla których konkretne informacje zostały przez Wykonawcę uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie uzasadnia zastrzeżenia informacji powoływanie się przez Wykonawcę na bliżej niesprecyzowane okoliczności i wyrok Sądu. Samo opisanie, jakie są procedury zabezpieczające u Wykonawcy jest niewystarczające. Nieprzedstawienie konkretnego dowodu, w sytuacji gdy jego załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia wymaga jedynie dokonania tzw. anonimizacji obciąża Wykonawcę i czyni wyjaśnienia w tym zakresie mało wiarygodnymi

Gabos wskazuje w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, że w przeszłości doświadczał pozyskania przez konkurencję zasobów kadrowych, jednak w żaden sposób nie wskazał w piśmie nawet jednego przykładu, czy też dowodów na to. Dodatkowo wskazuje, że podejmowane są środki, aby do tego nie dochodziło, ale brak jakiejkolwiek informacji o tych podejmowanych środkach. Stwierdzenia są bardzo lakoniczne, ogólnikowe i w zasadzie każdy mógłby je przytoczyć.

Ad b)

Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odtajnienia informacji wskazanych przez Gabos dotyczących informacji nazw podmiotów udostępniających zasoby i dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby (JEDZ).

Gabos w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa powołuje się na konieczność ochrony kontaktów handlowych i obszarów działalności podmiotów udostępniających zasoby, jednak w jakikolwiek nawet sposób nie wykazuje i nie udowadnia, że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub są innymi informacjami, przedstawiającymi dla przystępującego wartość gospodarczą. Brak jest w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazania, w jaki negatywny sposób na Wykonawcę wpłynie fakt pozyskania przez inne firmy wiedzy o posiadanych możliwościach Wykonawcy.

Gabos nie wykazała, że dane kontrahentów (podmiotów udostępniających zasoby) posiadają wartość gospodarczą i z tego względu nie powinny być traktowane jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Gabos w ocenie Odwołującego nie podołała obowiązkowi wykazania, że spełniona została przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca podaje wyłącznie gołosłowne argumenty, nie przedstawiając ani szczegółowego uzasadnienia, ani też żadnych dowodów na potwierdzenie podnoszonych przez siebie okoliczności. Pomimo stwierdzenia o udzieleniu podmiotom wiążących zapewnień o zachowaniu poufności nie zostało to w żaden sposób wykazane.

Odwołujący kwestionuje także skuteczność uzgodnienia między podmiotami godzącymi się na udział w procedurze publicznego przetargu nieograniczonego (poprzez udostępnienie zasobów) generalnego i ogólnego warunku współpracy, z którego wynika, iż jakiekolwiek dane ich dotyczące (jako podmiotów udostępniających zasoby) nie zostaną ujawnione podmiotom trzecim (innym wykonawcom). Biorąc udział w procedurze publicznej,

nie tylko wykonawcy, ale także takie podmioty trzecie, godzą się na zasady rządzące takimi postępowaniami, w tym na jawność procedury. Dane udostępniane w toku postępowania nie są danymi dotyczącymi biznesowej współpracy stron, a ich ujawnienie nie jest jednoznaczne z udostępnieniem szczególnych warunków współpracy czy modelu współpracy, na którą to współpracę powołuje się błędnie Gabos. Zamawiający winien odtajnić dane dotyczące podmiotów trzecich, udostępniających zasoby oraz także dokumenty i informacje dotyczące podmiotów trzecich, na których zasoby powołuje się Gabos. Zasoby tych podmiotów są przedmiotem oceny jako warunku udziału w postępowaniu, a model współpracy generalnie oparty jest na umowie podwykonawczej. Gabos nie wyjaśnia w jaki sposób wiedza o danej współpracy z danymi podmiotami oraz wiedza o korzystaniu z brakującego potencjału od podmiotów trzecich przekłada się na wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Samo stwierdzenie, iż ujawnienie newralgicznych informacji technicznych i technologicznych, jak również źródeł zaopatrzenia czy informacji na temat podmiotów z jakimi spółka współpracuje może zostać wykorzystane przez konkurencję w celu utrudnienia jej działalności, nie jest wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji technicznych.

Ad c)

Zamawiający bezpodstawnie w ocenie Odwołującego zaniechał odtajnienia informacji w zakresie informacji dotyczących nazw podwykonawców i zakresów podwykonawstwa (w szczególności dane z formularza ofertowego i JEDZ).

Gabos w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa powołuje się na konieczność ochrony kontaktów handlowych Wykonawcy i obszarów działalności podmiotów udostępniających zasoby, pomimo, że zastrzeżenie dotyczy podwykonawców. Uzasadnienie jest identyczne jak w przypadku podmiotów udostępniający zasoby, lakoniczne, ogólnikowe. Gabos stosuje więc pewnego rodzaju „szablon" bez żadnej analizy ze strony Wykonawcy w zakresie możliwości ochrony jako poufne informacji i ich wartości gospodarczej. Gabos nie wykazuje i nie udowadnia, że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub są innymi informacjami, przedstawiającymi wartość gospodarczą, nie wskazuje na wartość gospodarczą przedmiotowych informacji. Brak jest w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazania, w jaki negatywny sposób na Wykonawcę (o jakiej wartości gospodarczej) wpłynie fakt pozyskania przez inne firmy wiedzy o posiadanych możliwościach Wykonawcy.

W zakresie możliwości zastrzeżenia informacji o podwykonawcach, Izba wypowiedziała się negatywnie (wyrok KIO 466/19 z 4 kwietnia 2019 r.): „Nie może uzasadniać utajnienia danych podwykonawców subiektywna obawa o ich nielojalność, gdyż wykonawca działający z należytą starannością powinien być w stanie nawiązać z podwykonawcą stosowaną relację prawną, która zagwarantuje mu jego lojalność". Ponadto dokumenty urzędowe takie jak zaświadczenia z KRS, KRK, ZUS i US co do zasady nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jako dokumenty jawne (wyrok z 11 sierpnia 2014 r., KIO 1535/14). Co do zasady, czyli generalnie oferty podwykonawców mogą stanowić jego wartość gospodarczą, ale winien to Wykonawca udowodnić (wyrok KIO z 7 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1471/18). Na znaczenie klauzuli poufności wskazują także przedstawiciele doktryny (za wyrokiem KIO z 24 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1550/18) - Stanisław Sołtysiński, (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab., Janusz Szwaja, wyd. III, 2013): „Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy."

Ad d)

Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odtajnienia informacji prezentacji systemu w postaci nagrań plus opisów (próbka), złożonych wraz z ofertą.

Zgodnie z SWZ wraz z ofertą wykonawcy zobowiązani byli złożyć prezentacje gotowego rozwiązania w formie pliku wideo wraz z narracją. Zamawiający bezzasadnie nie udostępnił Odwołującemu tego nagrania.

Gabos podnosi w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, że „próbka przedstawia planowany sposób realizacji zamówienia i została opracowana specjalne na jego potrzeby, że przedstawia jednostkową koncepcję realizacji przedmiotu zamówienia, że określa metody planowane do wykorzystania przez Wykonawcę" - ale w żaden sposób nie wykazuje wartości gospodarczej. Nie próbuje nawet uzasadnić i wykazać, jak wiedza innych

wykonawców, którzy również złożyli już próbki w ramach tego konkretnego postępowania przetargowego, w ramach tej jednostkowej koncepcji, ma negatywnie „odbić" się na Wykonawcy, jaką ma dla tego Wykonawcy wartość gospodarczą.

Absolutnie nie uzasadnia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powołanie się, że została zastrzeżona ze względu na fakt, że odnosi się wyłącznie do sposobu realizacji konkretnego zamówienia i została opracowana przez Wykonawcę wyłącznie na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Tym bardziej nie powinna być zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa - ponieważ tak unikatowe, jednorazowe rozwiązanie nie może zostać wykorzystane w żaden sposób przez innych wykonawców, ponieważ jest wyłącznie rozwiązaniem na potrzeby danego zamówienia publicznego, a w danym zamówieniu publicznym inni wykonawcy złożyli też oferty i swoje próbki. Na takim stanowisku stoi też orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym, co oczywiste zastrzeżona przez Gabos próbka nie posiada wartości gospodarczej z uwagi na to, że przedstawia jednostkowo stworzoną, indywidualną koncepcje realizacji zamówienia. Ponadto Gabos nie wykazuje nawet w najmniejszym zakresie jak pozyskanie wiedzy w tym zakresie przez innych wykonawców mogłoby zagrozić jego pozycji, i co istotne w żaden sposób nie wykazuje w czym przejawia się wartość gospodarcza przedmiotowych informacji.

Jeśli to rozwiązanie dla Gabos jest aż tak jednostkowe i niestandardowe - to zdaniem Odwołującego wątpliwe jest, aby posiadało wartość gospodarczą poza tym konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Niemożliwe jest także wykorzystanie tego rozwiązania przez konkurencję, gdyż jest to system dedykowany w tym postępowaniu, skrojony pod konkretnego Zamawiającego i jego wymagania. Wbrew twierdzeniu Gabos takie informacje nie posiadają wartości gospodarczej. Gabos nie wskazuje również, na czym miałaby polegać jego hipotetyczna szkoda wynikająca ze zdobycia takich informacji przez innych wykonawców.

Rozwiązanie przyjęte przez Zamawiającego - prezentacja funkcjonalności i rozwiązań wymaganych w postępowaniu - wskazuje na to, iż konkurencyjni wykonawcy będą mieli dostęp jedynie do nagrania, a nie do kodu źródłowego etc. Na marginesie należy wskazać, iż system w zaprezentowanej wersji będzie potem użytkowany przez prawdopodobnie co najmniej kilka tysięcy osób, więc trudno przyjąć, iż nagranie prezentacji takiego systemu (nawet dokonane przed realizacją projektu) ma wartość gospodarczą. Z treści uzasadnienia wynika, iż projektowane rozwiązanie jest rozwiązaniem jednostkowym, jednak brak jest wyjaśnienia i wykazania, jak bardzo jest wyjątkowe oraz na czym ta wyjątkowość polega. Odwołujący wskazał również, iż jeśli to rozwiązanie jest aż tak dedykowane i niestandardowe - to wątpliwe jest, aby posiadało wartość gospodarczą poza tym konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (brak wyjaśnienia, jak posiadanie jednostkowego systemu przekłada się na przewagę na ogólnym rynku IT w ochronie zdrowia).

Niemożliwe jest także wykorzystanie tego rozwiązania przez konkurencję - abstrahując od tego, iż takie hipotetyczne wykorzystanie może być znacząco utrudnione ze względu na odmienne architektury systemów - ponieważ jest to rozwiązanie jednostkowe i niestandardowe, pod konkretnego Zamawiającego i jego wymagania. Jedyne wykorzystanie, jakie mogłoby mieć więc miejsce, to de facto wykorzystanie podczas sporządzenia swojej próbki, a to jest niemożliwe. Ponadto nagranie nie prowadzi do ujawnienia wszelkich aspektów związanych z działaniem systemu - choćby i z tego powodu, iż kluczową informacją w przypadku oprogramowania, która rzeczywiście ma wartość gospodarczą, jest kod źródłowy, którego siłą rzeczy poprzez nagranie udostępnić się nie da.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Gabos jest całkowicie abstrakcyjne i ogólnikowe, ponadto cechują je powtarzające się te same ogólnikowe stwierdzenia z przywołaniem dość odległego czasowo orzecznictwa. Pomimo powołania się na unikatowość rozwiązania i procesy twórcze Gabos nie wykazał jaką takie rozwiązania mają wartość gospodarczą, jakie konsekwencje gospodarcze mogą wyniknąć z zapoznania się z nimi przez innych wykonawców.

Analiza treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do wniosku, że Gabos nie podołała obowiązkowi wykazania, że spełniona została przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca podaje wyłącznie gołosłowne argumenty, nie przedstawiając ani szczegółowego uzasadnienia, ani też żadnych dowodów na potwierdzenie podnoszonych przez siebie okoliczności. Brak też wymaganego poparcia dowodami argumentacji o stosowanych zabezpieczeniach i podjętych działaniach w celu zachowania informacji w poufności. W zaistniałej sytuacji Zamawiający, jako gospodarz postępowania, winien zainterweniować, odtajniając nadmiernie zastrzeżone informacje i udostępniając informacje, które charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa nie mają lub w ogóle jako takie nie zostały zastrzeżone lub nie zostały zastrzeżone poprawnie.

Argumentacja przedstawiona przez Gabos jest niezwykle lakoniczna, nie sposób

z niej wywieść jakie informacje i dane są dla Wykonawcy tak istotne, że ich ujawnienie mogłoby niekorzystnie wpłynąć na jego działalność. Gabos nie wykazała w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych przez nią informacji miałoby negatywnie wpłynąć na możliwość skutecznego konkurowania z innymi wykonawcami na rynku usług tego typu. Treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niewystarczająca, gdyż nie została wykazana przesłanka w postaci wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, tym samym jest niewystarczająca, aby uznać skuteczność zastrzeżenia. Dokonując oceny skuteczności zastrzeganych informacji Zamawiający winien brać bowiem pod uwagę treść zastrzeżenia, a nie charakter informacji i danych, natomiast skutkiem niewystarczającego zastrzeżenia winno być wywiązanie się przez Zamawiającego z obowiązku odtajnienia informacji/dokumentów/danych.

Wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako czynność właściwa wykonawcy, jest aktem jego staranności, który oceniać należy przez pryzmat zawodowego charakteru działalności wykonawcy (art. 355 § 2 kodeksu cywilnego). Ze wskazanej przyczyny wykazania nie można sprowadzać li tylko do przeglądu stanowisk doktryny, czy poglądów judykatury. Co istotne, w przypadku gdy wykonawca w toku postępowania nie wywiąże się z obowiązku wykazania niejawnego charakteru zastrzeganych przez siebie danych, to po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Zamawiający bada jedynie skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia, nie oceniając jakie dane i informacje zostały przez wykonawcę podane i jaki mają charakter. Jeśli stwierdzi bezskuteczność zastrzeżenia zobowiązany jest do odtajnienia danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Abstrahując pod powyższego, z ostrożności Odwołujący wskazał, że nie powinno zostać uznane za zasadne ewentualne stanowisko Zamawiającego, że zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby zachować w tajemnicy zarówno informacje przekazane przez Odwołującego, jak też Gabos. Zamawiający nie może kierować się taką zasadą, gdyż to wyłącznie ocena dokonanego uzasadnienia wpływa na decyzję zamawiającego co do uznania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

II. Część druga dotycząca Wykonawcy Asseco Poland Spółka Akcyjna

Odwołujący zwrócił się pismem o odtajnienie i udostępnienie przedmiotowych dokumentów i informacji tj.: dokumentacji i informacji złożonych wraz z ofertą w postępowaniu, Wykonawcy Asseco Poland Spółka Akcyjna:

- plików próbki/prezentacji systemu,
- formularzy cenowych,
- uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi Zamawiający nie odtajnił i nie udostępnił jednak informacji, o których mowa w zarzutach odwołania.

Ad a)

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odtajnienia informacji zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W Formularzu ofertowym Asseco wskazano jako załącznik nr 9 - wyjaśnienie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa - TAJNE. Zdaniem Odwołującego samo oświadczenie zastrzegające tajemnicę winno być jawne, a już na pewno nie może być w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający bezprawnie zaniechał odtajnienia/udostępnienia tych informacji Odwołującemu.

Dokument zawierający uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być uznany w całości za tajny/poufny. Zamawiający błędnie przyjął, iż cały dokument zawierający uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest dokumentem podlegającym utajnieniu - wbrew dominującej linii orzeczniczej (np. KIO 2498/20), zgodnie z którą samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów.

Możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności, zatem przesłanki utajniania informacji są interpretowane wąsko, a nie szeroko.

Przekłada się to na dwa aspekty: po pierwsze zastrzegający informacje ma obowiązek dokonania selekcji i zastrzeżenia wyłącznie tych informacji, które na to zasługują, a po drugie Zamawiający ma obowiązek weryfikacji zakresu informacji, które zostały zastrzeżone i po prostu odtajnienia wszystkich informacji, które zostały objęte zastrzeżeniem bezpodstawnie. Koreluje z tym obowiązek udostępniania innym wykonawcom wszystkich informacji jawnych, o czym mówi art. 74 PZP.

W postępowaniu Asseco wręcz nadużyło prawa do ochrony informacji, a Zamawiający nie zainterweniował jak powinien, tj. odtajniając nadmiernie zastrzeżone informacje i udostępniając informacje, które charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa nie mają.

Rzadkością jest stan faktyczny, w którym konieczne jest utajnienie całości dokumentu - przywilej ochrony informacji dotyczy konkretnych, wybranych informacji posiadających wartość gospodarczą, co do których wykonawca jest w stanie wykazać, iż spełniają łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k..

W przypadku Odwołującego, mając na względzie obowiązującą wykładnię przepisów i praktykę zamawiających, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało podzielone na część jawną i tajną oraz zostały wykazane przesłanki, które implikują utajnienie części uzasadnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Najczęściej informacje zawarte w dokumencie uzasadniającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w większości same w sobie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zastrzegając treść wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco powinna przedstawić do nich kolejne wyjaśnienie/zastrzeżenie i wykazać jego zasadność, a na ten temat brak jest jakichkolwiek informacji w ofercie Asseco.

Reasumując, zdaniem Odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera w całości informacji, które można zdefiniować jako posiadaj ące przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Są tam zapewne informacje: w postaci argumentacji prawnej z powołaniem się na orzecznictwo, jak również informacje odnoszące się do poszczególnych dokumentów/informacji (zastrzeganych) oraz zapewne wywody Asseco na temat podejmowanych przez nią środków ochrony informacji. W większości jednak informacje w wyjaśnieniach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawierają żadnych danych poufnych i o wartości handlowej, nie są też informacją techniczną, technologiczną i organizacyjną przedsiębiorstwa. Standardowo są to informacje stanowiące argumentację, motywy, objaśnienie dlaczego informacje w konkretnych już dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, i niewiele ponadto.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosił również na brak wykazania wartości gospodarczej wyjaśnienia dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ad b)

Zgodnie z wymogami SWZ:

Wykonawcy muszą złożyć do upływu terminu składania ofert opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym i zaszyfrowane:

1. Formularz oferty stanowiący załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji,

1.1.Formularz cenowy (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1.1 do niniejszej specyfikacji); dodatkowe uwagi dotyczące jego wypełnienia zawiera rozdział X niniejszej specyfikacji. Formularze cenowe stanowią ofertę cenową w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia u Zamawiającego i partnerów i zawierają ceny za poszczególne trzy etapy realizacji zamówienia:

- Przygotowanie kompletnej dokumentacji technicznej komunikacji interfejsów - częściowa faktura I

- Przygotowanie testowej wersji Oprogramowania Serwera Komunikacyjnego (OSK) w celu umożliwienia uruchomienia BOSK. Rozwiązanie częściowe - częściowa faktura II - Testy akceptacyjne pozwalające na sprawdzenie wymogów funkcjonalnych zapisanych w SWZ, odbiór licencji i podpisanie protokołu odbioru końcowego - częściowa faktura III.

Zgodnie z przepisami PZP Zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o: cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Informacje zawarte w Formularzach cenowych, jako obligatoryjny element oferty, zawierający ceny za etapy realizacji zamówienia jasno i precyzyjnie określone przez Zamawiającego i osobno fakturowane nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zastrzeżone przez Asseco informacje nie posiadają wartości gospodarczej. Poprzez odtajnienie informacji o cenach trzech etapów realizacji zamówienia publicznego dla poszczególnych podmiotów, określonych przez Zamawiającego - nie dochodzi w żadnym przypadku do ujawnienia jakichkolwiek cen jednostkowych za poszczególne jednostkowe usługi, jak również wartości kosztów poszczególnych usług przyjętych do kalkulacji ceny. Przedmiotowe informacje nie stanowią również informacji o sposobie, metodzie kalkulacji ceny (stanowiących zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty), które mogłyby zapewnić wykonawcy optymalizację zysków. Poznanie cen za realizację trzech etapów zamówienia u Zamawiającego i partnerów przez innych wykonawców, w żaden sposób nie może zagrozić pozycji Asseco, zarówno w tym, jak i innych postępowaniach (przyszłych), doprowadzić do ich wykorzystania przy realizacji ich celów, ani nie może spowodować umożliwienia konkurentom prognozowania poziomu cen ofert w przyszłych zamówieniach (głównie z uwagi na fakt, że etapy zostały określone przez Zamawiającego).

Dodatkowo na Formularzach cenowych znajduje się informacja, że Powyższe etapy

częściowe stanowiące częściowe faktury, zgodne z harmonogramem rzeczowo finansowym stanowiącym załącznik nr 10 do umowy. Natomiast umowa wraz z załącznikami jest jawna. Skoro Zamawiający określił etapy realizacji zamówienia, wskazując, że są one zgodne z harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 10 do umowy, to ceny za ich realizację, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje o cenach z Formularzy cenowych nie stanowią szczegółowej kalkulacji kosztów przyjętej do wyliczenia tych cen. Są to dwie różne kwestie. Wskazane ceny stanowiły będą element wystawianych przez wykonawcę odrębnych faktur, stąd dodatkowa wątpliwość czy w takim wypadku faktury też zostaną objęte tajemnicą przedsiębiorstwa? Zdaniem Odwołującego nie ma takiej możliwości.

Zgodnie z Konstytucją RP informacje dotyczące majątku i finansów podmiotów publicznych są informacjami publicznymi, a informacja o majątku i finansach jednostki pochodzi z systemu rachunkowości prowadzonej w podmiocie. W skład tego systemu wchodzą dokumenty dotyczące zdarzeń majątkowych i finansowych, na podstawie których dokonuje się zapisów w księgach rachunkowych.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: Jak wynika z powyższego na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny - sprowadzający się posiadania przez informację określonej wartości dla przedsiębiorcy oraz formalny - wola utajnienia danych informacji (wyroki NSA z dnia 5 kwietnia 2013 r. sygn. akt I OSK 192/13, oraz z dnia 5 lipca 2013 r. sygn. akt I OSK 511/13). Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny. Poufność danych musi być wyraźnie lub w sposób dorozumiany zamanifestowana przez samego przedsiębiorcę. To na nim spoczywa bowiem, w razie sporu, ciężar wykazania, że określone dane stanowiły tajemnicę przedsiębiorcy. Ponadto musi zostać spełniona przesłanka materialna, tzn. aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorcy muszą, ze swojej istoty dotyczyć kwestii, których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość) z wyłączeniem informacji, których upublicznienie wynika np. z przepisów prawa (wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2014 r. sygn. akt I OSK 2112/13). Jednocześnie zaznaczyć, że z art. 33 ustawy z dnia z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wynika zasada jawności gospodarowania środkami publicznymi. (...) Faktury za wykonane usługi na rzecz jednostki sektora finansów publicznych, potwierdzające wysokość kwot wydawanych z budżetu tej jednostki nie mogą zostać uznane za informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, nie ma możliwości skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny, a więc wyrażonej w jednostkach pieniężnych wartości, którą kupujący jest obowiązany zapłacić za towar lub usługę (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług w zw. z art. 7 pkt 1 PZP). Jedną z tego rodzaju informacji jest informacja o cenach z Formularzy cenowych. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacjami o cenie (jawnymi) są również informacje o poszczególnych pozycjach cenowych, które składają się na cenę w postępowaniu. Powyższe nie oznacza, że wykonawca nie może zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa, żadnych informacji powiązanych z ceną (takich jak np. tych które wiążą się przykładowo ze szczegółowym sposobem kalkulacji, również np. oferowane upusty, sposoby rozliczania się z kontrahentami, szczegółowe elementy składowe wyceny) ale z takimi informacjami nie mamy tu do czynienia. Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny składowej, nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej

wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosił, że niezależnie od tego, iż rzeczona informacja już ze względu na swój charakter na gruncie PZP jest jawna - to nie została zastrzeżona w sposób prawidłowy - w szczególności nie została wykazana jej wartość gospodarcza.

Ad c)

Zgodnie z SWZ wraz z ofertą wykonawcy zobowiązani byli złożyć prezentacje gotowego rozwiązania w formie pliku wideo wraz z narracją. Pomimo wniosku Odwołującego o udostępnienie nagrań plus opisów (próbka), złożonych wraz z ofertą Asseco, Zamawiający bezzasadnie nie udostępnił Odwołującemu tego nagrania i opisów.

Odwołujący podkreślił, iż nie zna treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji dotyczących informacji/prezentacji systemu w postaci nagrań plus opisów (próbka), złożonych wraz z ofertą, dlatego z ostrożności procesowej podnosi, iż Zamawiający w sposób nieuzasadniony odmówił ich odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu.

Nie znając treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco, Odwołujący praktycznie nie może sformułować swoich zarzutów względem tego aspektu inaczej niż w sposób generalny opisując stan faktyczny („w ciemno"), opierając się na własnych spekulacjach i doświadczeniach. Problem ten dostrzegła także Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 2314/18): Uznaje się zastrzeganie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący zarzucał, iż Asseco prawidłowo nie oświadczyło, iż informacje (dot. próbki) są zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Asseco nie wykazało, iż przy zachowaniu należytej staranności, podjęło działania w celu utrzymania ich w poufności - w szczególności nie udokumentowało tej okoliczności z należytą starannością dowodami, co przesądza o tym, iż nie wykazało, że takie środki poufności stosuje i że są one adekwatne do chronionych informacji. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Asseco nie wykazało również, iż to konkretne rozwiązanie, ta jednostkowa koncepcja realizacji przedmiotu zamówienia, wykonana wyłącznie na potrzeby danego postępowania i danego Zamawiającego niesie ze sobą jakiekolwiek informacje handlowe czy organizacyjne - co więcej nie wykazało, iż posiada wartość gospodarczą.

Z uwagi na fakt unikatowości rozwiązania, stworzonego na potrzeby postępowania, próbka nie powinna być zastrzeżona przez Asseco jako tajemnica przedsiębiorstwa - ponieważ unikatowe, jednorazowe rozwiązanie nie może zostać wykorzystane w żaden sposób przez innych wykonawców, ponieważ jest wyłącznie rozwiązaniem na potrzeby danego zamówienia publicznego, a w danym zamówieniu publicznym inni wykonawcy złożyli też oferty i swoje próbki. Na takim stanowisku stoi też orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zastrzeżona przez Asseco próbka nie posiada wartości gospodarczej z uwagi na to, że przedstawia jednostkowo stworzoną, indywidualną koncepcje realizacji zamówienia. Przy takim założeniu, Asseco nie wykazała, jak pozyskanie wiedzy w tym zakresie przez innych wykonawców mogłoby zagrozić pozycji, i co istotne w żaden sposób nie można wykazać, w czym przejawia się wartość gospodarcza przedmiotowych informacji. Asseco nie wykazał, na czym miałaby polegać jego szkoda wynikająca ze zdobycia takich informacji przez innych wykonawców.

Rozwiązanie przyjęte przez Zamawiającego - czyli prezentacja funkcjonalności i rozwiązań wymaganych w postępowaniu - wskazuje na to, iż konkurencyjni wykonawcy będą mieli dostęp jedynie do nagrania, a nie do kodu źródłowego etc. Na marginesie należy wskazać, iż system w zaprezentowanej wersji będzie potem użytkowany przez prawdopodobnie co najmniej kilka tysięcy osób, więc trudno przyjąć, iż nagranie prezentacji takiego systemu (nawet dokonane przed realizacją projektu) ma wartość gospodarczą. Jeśli to rozwiązanie jest dedykowane i niestandardowe - to zdaniem Odwołującego wątpliwe jest, aby posiadało wartość gospodarczą poza tym konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Niemożliwe jest także wykorzystanie tego rozwiązania przez konkurencję - abstrahując od tego, iż takie hipotetyczne wykorzystanie może być znacząco utrudnione ze względu na odmienne architektury systemów, ponieważ jedyne wykorzystanie, jakie mogłoby mieć miejsce, to de facto wykorzystanie podczas sporządzenia swojej próbki, a to jest niemożliwe. Ponadto nagranie nie prowadzi do ujawnienia wszelkich aspektów związanych z działaniem systemu - choćby i z tego powodu, iż kluczową informacją w przypadku oprogramowania, która rzeczywiście ma wartość gospodarczą, jest kod

źródłowy, którego siłą rzeczy poprzez nagranie udostępnić się nie da.

Reasumując Odwołujący podał, że wszystkie zastrzeżone dokumenty/informacje, objęte treścią odwołania nie spełniają przesłanek materialnych i formalnych pozwalających na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przytaczane w tym zakresie twierdzenia Wykonawców winny być poparte stosownymi dowodami (zarządzenia, regulaminu, polityki bezpieczeństwa, umowy o poufności, klauzule poufności), które powinny zostać przywołane z konkretnej nazwy i daty - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje oraz winny być złożone w ograniczonym zakresie pozwalającym na wykazanie podnoszonych twierdzeń (wyciągi, kopie, streszczenia).

W doktrynie prawa, jak i orzecznictwie, spełnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oceniane jest bardzo rygorystycznie, a działania takie spotkać się muszą z krytyką, której wyraz dawała Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Aby zatem doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, niezbędne jest spełnienie warunków opisanych w ustawie Pzp, a zatem: wykonawca musi to wykazać; zastrzeżenie musi być dokonane nie później niż wraz z przekazaniem określonej informacji; zastrzeżone informacje muszą spełniać wszystkie warunki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako czynność właściwa wykonawcy, jest aktem jego staranności, który oceniać należy przez pryzmat zawodowego charakteru działalności wykonawcy (art. 355 § 2 kodeksu cywilnego). Ze wskazanej przyczyny wykazania nie można sprowadzać li tylko do przeglądu stanowisk doktryny, czy poglądów judykatury. Co istotne, w przypadku gdy wykonawca w toku postępowania nie wywiąże się z obowiązku wykazania niejawnego charakteru zastrzeganych przez siebie danych, to po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Nie powinno zostać także w ocenie Odwołującego uznane za zasadne ewentualne stanowisko Zamawiającego, że zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby zachować w tajemnicy zarówno informacje przekazane przez Odwołującego, jak też Asseco. Zamawiający nie może kierować się taką zasadą, gdyż to wyłącznie ocena dokonanego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wpływa na decyzję zamawiającego co do uznania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego odwołanie z uwagi na przedstawioną argumentację i stanowiska doktryny oraz orzecznictwa zasługuje na uwzględnienie.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania skuteczności zastrzeżenia informacji składających się na ofertę jako tajemnica przedsiębiorstwa, pozbawia Odwołującego możliwości weryfikacji prawidłowości ofert złożonych przez innych wykonawców, co w konsekwencji może prowadzić do braku uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi jego materialną szkodę.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

1) Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie,

2) Gabos Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach.
Izba potwierdziła skuteczność złożonych przystąpień.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że w dniu 6 września 2021 roku wykonawca Comarch na podstawie art. 74 ust 1 i 2 ustawy Pzp oraz przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, złożył wniosek o niezwłoczne udostępnienie do wglądu dokumentacji postępowania - w szczególności do protokołu z przedmiotowego postępowania i złożonych w postępowaniu ofert wraz z załącznikami.

Następnie, 8 września 2021 roku również wykonawca Comarch, zwrócił się z prośbą o udostępnienie dokumentacji złożonej wraz z ofertą w postępowaniu:

1. Wykonawcy Asseco Poland S.A.:

- wyjaśnienia dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa;

- formularzy cenowych (wg wzoru załącznika 1.1 do SWZ);

- plików próbki/prezentacji systemu.

W ocenie Wykonawcy nie jest zasadne utajnianie w całości wyjaśnienia dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uwagi na to, że nie można ocenić skuteczności zastrzeżenia tajemnicy. Zgodnie z Pzp Zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o cenach lub kosztach zawartych w ofertach (przedmiotowe informacje nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa).

2. Wykonawcy Gabos Software Sp. z o.o. :

- plików próbki/prezentacji systemu;

- formularza oferty zawierającego dane - odpowiedź Wykonawcy w tabeli stanowiącej oświadczenie dotyczące kryterium „Doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia”, tj., plików zawierających potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego - Doświadczenie,

- nazw podmiotów udostępniających zasoby i zakresów podwykonawstwa oraz dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, w szczególności JEDZ;

- nazw podwykonawców i zakresów podwykonawstwa

W ocenie Comarch w załączonym do oferty uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa Gabos nie wykazał, że zastrzeżone treści stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia przesłanek ustawowych i jest nieskuteczne i bezzasadne.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba orzekła co następuje:

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu z powodu uwzględnienia części zarzutów odwołania przez Zamawiającego, braku sprzeciwu Przystępującego Asseco. Następnie odwołanie podlegało umorzeniu w części, ponieważ Odwołujący cofnął zarzut odnoszący się do zaniechania odtajnienia formularzy cenowych złożonych przez Asseco.

Powyższe stanowiska procesowe znalazły odzwierciedlenie w punktach 1 i 2 sentencji

niniejszego orzeczenia.

Następnie Izba uznała, że odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie, czego wyrazem jest punkt 3 sentencji orzeczenia.

Skład orzekający uważa, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów wskazanych w petitum odwołania odnośnie do zaniechania odtajnienia dokumentów składających się na ofertę Przystępującego Gabos, czyli:

a. informacji/danych dotyczących kwalifikacji osób zawartych w Tabeli pkt 9 formularza oferty - kolumna 3, stanowiących doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji

zamówienia punktowane przez Zamawiającego, a więc stanowiących kryterium oceny ofert,

b. informacji dotyczących nazw podmiotów udostępniających zasoby i dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby,

c. informacji dotyczących nazw podwykonawców i zakresów podwykonawstwa (w szczególności dane z formularza ofertowego i JEDZ) w ofercie wykonawcy Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.),

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.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa" wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny

przedsiębiorstwa,

ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza

możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w ustawie Pzp, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Przy czym podkreślić należy, iż obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz powoływanie się na bogate orzecznictwo Izby sądów powszechnych dotyczące tej materii.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że Przystępujący Gabos w przypadku informacji dotyczących kwalifikacji osób w tabeli - punkt 9 kolumna 3 mógł ograniczyć się do podania informacji „TAK" lub „NIE". Taka informacja sama w sobie nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W przedmiotowym punkcie formularza ofertowego nie chodziło o wskazanie konkretnych danych osobowych, których co do zasady zbiór może stanowić tajemnicę handlową danego przedsiębiorstwa, ale Wykonawca miał udzielić odpowiedzi na pytanie, czy dysponuje zespołem osób o odpowiednich kwalifikacjach, uprawnieniach, doświadczeniu i wykształceniu. Elementy niezbędne do posiadania przez zespół osób określił Zamawiający w SWZ. Z samego faktu udzielenia odpowiedzi twierdzącej nie można wywodzić, że nastąpić może niegraniczony dostęp innych wykonawców do zasobów osobowych Przystępującego. Co do zasady Izba podziela stanowisko wynikające z uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Gabos, że współpraca z zespołem wysoko wyspecjalizowanych specjalistów ma strategiczne znaczenie dla Wykonawcy, stanowi dla dengo przedsiębiorstwa wymierną wartość gospodarczą i może świadczyć o jego przewadze w danym segmencie rynku specjalistycznych usług IT. Jednak samo potwierdzenie, że się takim zespołem dysponuje nie doprowadzi do tego, że zasoby kadrowe Wykonawcy mogą ulec uszczupleniu, dlatego też irrelewantne posiadają wszystkie dywagacje dotyczące procederu przejmowania czy też podkupowania pracowników znajdujące się w uzasadnieniu zastrzeżenia przekazanym przez Przystępującego Gabos. Z resztą, choć Przystępujący zaznaczał, w uzasadnieniu zastrzeżenia, że w przeszłości doświadczył utraty pracowników, to żaden konkretny przykład nie został podany. Twierdzenia te pozostają więc bez udowodnienia. Przystępujący błędnie utożsamił fakt udzielenia prostej odpowiedzi na pytanie, czy dysponuje odpowiednim zasobem osób z dostępem do danych tego zasobu.

Z tych powodów Izba w przedmiotowym zakresie nakazała Zamawiającemu odtajnienie informacji znajdujących się w tabeli pkt 9 - kolumna 3, przy czym Izba zaznacza, że odtajnienie dotyczyć ma odpowiedzi na pytania znajdujące się w formularzu ofertowym, nie zaś samego Wykazu osób z opisem posiadanego doświadczenia, bowiem dokument ten nie był objęty przedmiotem zarzutów i żądań odwołania.

Co do informacji dotyczących nazw podmiotów udostępniających zasoby i podwykonawców, a także dokumentów dotyczących tych podmiotów, Izba uważa, że Przystępujący Gabos nie wykazał przesłanek uzasadniających zastrzeżenie. Uzasadnienie zastrzeżenia ma bardzo enigmatyczną treść, nie jest obszerne, nie odwołuje się do konkretnego materiału dowodowego. W zasadzie uzasadnienie w przedmiocie tak podmiotów udostępniających zasoby, jak też podwykonawców jest takie samo.

O ile można zgodzić się, że dokonano próby wykazania przesłanki charakteru samej informacji, że posiada ona walor techniczny, technologiczny lub organizacyjny dla przedsiębiorstwa Przystępującego, o tyle w żadnej mierze nie wykazano, że Wykonawca podjął niezbędne kroki celem zachowania poufności tych informacji. Można zgodzić się z Przystępującym, iż dane takie obrazują kontakty handlowe, sposób kooperacji między podmiotami, powiązania biznesowe, jednak samo to nie jest wystarczające do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący powołuje się w uzasadnieniu na klauzule o zachowaniu poufności, ale konkretnych dowodów na ich istnienie nie przedstawia. Następnie Przystępujący odwołuje się do tez z orzecznictwa Izby, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią. Wskazywanie, że „informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach umożliwiają zapoznanie się z obszarami działalności podmiotu udostępniającego zasoby", w ocenie składu orzekającego nie przesądza o możliwości objęcia takich informacji klauzulą tajności. Wiadomym i oczywistym jest w jakim obszarze działalności prowadzone jest przedmiotowe postępowanie, że obejmuje ono usługi programistyczne, dostawę oprogramowania, pracę koncepcyjną. Nie jest więc żadną niewiadomą z jakiego obszaru mogą pochodzić podmioty udostępniające zasoby lub podwykonawcy. Przy określonym przedmiocie zamówienia nie będą to raczej firmy zajmujące się robotami budowlanymi, a szeroko rozumianym obszarem IT. Dlatego też takie twierdzenia nie świadczą o prawidłowości zastrzeżenia informacji przez dany podmiot. Zaś innych elementów świadczących o wyjątkowości powiązań biznesowych i możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzech i podwykonawców Przystępujący Gabos nie wykazał. Ponadto w uzasadnieniu zastrzeżenia w sumie nie odniesiono się wcale do wartości gospodarczej informacji i w jaki sposób uzyskanie danego zasobu danych może negatywnie wpłynąć na firmę Przystępującego.

Z tego powodu Izba w tym zakresie uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu odtajnienie powyższych informacji.

Izba oddaliła zarzuty odwołania odnoszące się do skuteczności zastrzeżenia informacji prezentacji systemu oraz opisów (próbki) w przypadku ofert obu Przystępujących, czyli Gabos oraz Asseco.

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący Gabos w uzasadnieniu zastrzeżenia tej części informacji ofertowych wykazał zasadność traktowania informacji jako poufne.

Nie ulega wątpliwości, że próbka „przedstawia planowany sposób realizacji

zamówienia objętego przedmiotem prowadzonego postępowania i została opracowana przez Wykonawcę specjalnie na jego potrzeby". Tym samy charakter techniczny i organizacyjny materiału został prawidłowo uzasadniony przez Przystępującego Gabos. Próbka określa planowane metody realizacji przedmiotu zamówienia przez danego wykonawcę, przy wykorzystaniu przez niego posiadanego doświadczenia zawodowego, dysponowania odpowiednim zespołem osób i przy użyciu odpowiednich produktów. Materiał odnosi się do przedstawienia wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności, zawiera informacje o dostępie do danych stosowanego przez Wykonawcę oprogramowania i rozwiązania systemowego. Proces przygotowania próbki ma charakter twórczy i to od danego wykonawcy zależy, w jaki sposób wykorzysta On posiadane umiejętności i zasób wiedzy skompletowanego dla Zamawiającego zespołu. Niewątpliwie zaś takiego rodzaju informacje mogą przełożyć się na przewagę konkurencyjną danego wykonawcy. Przewaga ta może mieć miejsce zarówno w tym postępowaniu, jak również w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie Przystępujący Gabos będzie mógł wykorzystać przyjęty sposób realizacji zamówienia i nabyte wiedzę i umiejętności. Te zaś elementy z pewnością przekładają się na wymierną wartość gospodarczą umożliwiającą osiągnięcie danemu wykonawcy określonego zysku z realizacji tego zamówienia oraz przyszłych umów. Izba nie podziela więc twierdzeń Odwołującego, że w uzasadnieniu zastrzeżenia nie wykazano wartości gospodarczej danych informacji.

Skoro próbka jest przygotowana na potrzeby prowadzonego postępowania, to oczywistym wydaje się, że nie mogła być wcześniej ujawniona do publicznej wiadomości. Oznacza to, że nie wymaga udowodnienia przesłanka zachowania danej informacji jako poufnej.

Izba zaznacza jednocześnie, że stanowisko pisemne złożone na posiedzeniu przed Izbą traktuje jako stanowisko procesowe strony. Argumentacja w nim zawarta nie wpłynęła na zasadność oceny zastrzeżenia informacji, którą Izba oceniła w oparciu o uzasadnienie przedstawione wraz z ofertą.

Poddając analizie zasadność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego Asseco co do prezentacji systemu oraz opisów (próbki), Izba stwierdziła, że wykazano spełnienie przesłanek materialnych i formalnych, by uznać owo zastrzeżenie za skuteczne. Odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

Przystępujący w uzasadnieniu, odtajnionym przez Zamawiającego, szeroko odnosił się do stopnia skomplikowania opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, wskazał w jaki sposób rozwiązanie zaprojektowane dla Zamawiającego spełniać będzie wymagane funkcjonalności, pisał o twórczym i innowacyjnym charakterze rozwiązania, które nie jest powszechnie dostępne. Argumentacja ta w ocenie składu orzekającego Izby dowodzi, że spełnione zostały przesłanki, zgodnie z którymi zastrzegana informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny dla danego przedsiębiorstwa. Za odpowiadające prawdzie należy uznać twierdzenia Przystępującego, że „stworzenie Systemu wymaga zdaniem Wykonawcy zastosowania rozwiązań niestandardowych nieistniejących na rynku lub nie standardowe wykorzystanie istniejących technologii. Dobór tych rozwiązań oparty jest o wieloletnie doświadczenie i specjalistyczne know how Wykonawcy". Przystępujący podnosił również, że kluczowe z punktu prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia może okazać się nieinwazyjne łącznej systemów wskazanych w formularzu cenowym, przy czym wyjaśniono, że chodzi o użycie standardowych rozwiązań i rozwiązań zaprojektowanych konkretnie dla tego postępowania. Oferowany produkt jest więc wynikiem analizy skuteczności doboru określonych rozwiązań i wiedzy dedykowanego do realizacji przedmiotu zamówienia zespołu osób o odpowiednich kompetencjach i umiejętnościach.

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że zastrzeżone informacje stanowić mogą o wartości gospodarczej dla Wykonawcy. Ujawnienie tych informacji mogłoby doprowadzić do osłabienia pozycji Wykonawcy na rynku wysoce wyspecjalizowanych usług informatycznych, co przekłada się na spadek wartości przedsiębiorstwa i wpływa na możliwość konkurowania podmiotu na danym rynku usług IT. Zapoznanie się przez inne podmioty z próbką, w tym przede wszystkim z techniczną stroną zastosowanych rozwiązań

może wywierać negatywny wpływ na pozycję konkurencyjną Wykonawcy i przyczyniłoby się do powstania szkody polegającej na utraconych korzyściach z ewentualnych przyszłych zamówień, w których nawet konkretne elementy oferowane rozwiązania mogłyby znaleźć zastosowanie. Zaś o wartości gospodarczej świadczyć mogą koszty poniesione na wynagrodzenia zespołu specjalistów, który przygotował próbkę. W ocenie składu nie musi dojść do udostępnienia kodu źródłowego by osoba posiadająca odpowiednie doświadczenie i umiejętności poznając techniczną warstwę produktu podczas prezentacji próbki, tylko na tej podstawie mogła odkodować elementy istotne dla danego rozwiązania. Tym samym sposób prezentacji, jej przebieg, zobrazowanie jak wymagane funkcjonalności będą wdrożone, przemawia za możliwością objęcia próbki tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby wykazano również, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie dostępne oraz jakie środki podjął Przystępującym celem zachowania ich poufności. Opisano w jaki sposób nastąpił dobór odpowiednich komponentów w celu stworzenia próbki i wyboru optymalnego rozwiązania, które może być przedstawione Zamawiającemu. Podobnie jak w przypadku Przystępującego Gabos wskazano, że skoro rozwiązanie nie było dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej, a podmioty trzecie nie mogły z nim zapoznać, więc przesłanka zachowania danej informacji jako poufnej nie wymagała udowodnienia. Odwołujący nie wykazał, by jakiekolwiek elementy próbki były mu znane, że dysponuje wiedzą na temat zastosowanych rozwiązań, a tym samym nie uprawdopodobnił, że do informacji dostęp ma nieograniczony krąg podmiotów.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1, a także § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania Odwołującego i Zamawiającego w częściach równych.

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł, oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w wysokości po 3 600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, łącznie 18 600 zł. Zamawiający nie wnioskował o zasądzenie na jego rzecz jakikolwiek kosztów.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości % tej kwoty. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: