

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2022 r. przez Sygnity S.A.,

ul. Postępu 17B; 02-676 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1; 26-601 Radom, przy udziale wykonawcy pTAG sp. z o.o., ul. Henryka Sienkiewicza 4/6; 00-015

Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów nr II i III.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr I i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie części oferty wykonawcy pTAG sp. z o.o., w zakresie Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz Wykazu usług zrealizowanych na rzecz podmiotów prywatnych i Referencji.
3. Kosztami postępowania obciąża Sygnity S.A., ul. Postępu 17B; 02-676 Warszawa w części 4/5 oraz pTAG sp. z o.o., ul. Henryka Sienkiewicza 4/6; 00-015 Warszawa w części 1/5 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sygnity S.A., ul. Postępu 17B; 02-676 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika pTAG sp. z o.o., ul. Henryka Sienkiewicza 4/6; 00-015 Warszawa,
 - 3.2. zasądza od pTAG sp. z o.o., ul. Henryka Sienkiewicza 4/6; 00-015 Warszawa, na rzecz Sygnity S.A., ul. Postępu 17B; 02-676 Warszawa, kwotę 120 zł 00 gr (słownie: sto dwadzieścia złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 925/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Informatyki Resortu Finansów prowadzi postępowanie o zawarcie umowy ramowej, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługę Rozwoju Aplikacji e-Podatki”.

Dnia 22 marca 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 1 kwietnia 2022 roku, Sygnity S.A. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1) niezgodnym z przepisami PZP zaniechaniu dokonania odtajnienia części informacji zawartych w ofercie wykonawcy pTag sp. z o.o. (dalej: „pTag”), w szczególności informacji zawartych w wykazie osób i wykazie wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należytą ich realizację (dalej: „Wykazy”),

2) dokonaniu nieprawidłowej oceny złożonych ofert w kryterium: „Kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia”, w szczególności poprzez nieprawidłową ocenę wyników testów (bezpodstawne nieprzyznanie odwołującemu punktów) specjalistów odwołującego o specjalności: architekt biznesowy oraz starszy analityk biznesowy. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16, art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty pTAG w części zawierającej Wykazy pomimo, że brak jest podstaw do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, a ponadto nie zostały spełnione przesłanki określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji umożliwiające uznanie tych dokumentów za tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy,

2. art. 16 w związku z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny złożonych ofert, w szczególności zaś oferty odwołującego poprzez zaniechanie przyznania mu punktów w ramach kryterium: „Kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia”, w zakresie okoliczności szczegółowo podniesionych w uzasadnieniu odwołania, co skutkuje dokonaniem przez zamawiającego wyboru, jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez pTAG pomimo, iż w rzeczywistości nie zawiera ona najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,

ewentualnie

3. art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy błędy popełnione przy przeprowadzeniu oceny ofert w ramach kryterium: „Kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia” okazały się niemożliwe do naprawienia, w szczególności z uwagi na niemożność dokonania ponownej oceny ofert zgodnie z kryteriami opisanymi w dokumentach zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz:

1) odtajnienia i przekazania odwołującemu treści Wykazów zawartych w ofercie pTag,

2) dokonaniu powtórnej oceny ofert ze szczególnym uwzględnieniem konieczności przyznania odwołującemu punktów w kryterium: „Kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia”, zgodnie z treścią uzasadnienia niniejszego odwołania,

ewentualnie

3) unieważnienie postępowania w wypadku, gdyby uwzględnienie żądania z pkt 2 okazało się niemożliwe.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Wyżej wymienione naruszenia przepisów mogą uniemożliwić odwołującemu skuteczne konkutowanie w postępowaniu i ostatecznie uniemożliwić wybór jego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Nieujawnienie informacji zawartych w Wykazach może uprzywilejowywać podmioty konkurencyjne w stosunku do odwołującego, co w sposób oczywisty może pozbawić go w konsekwencji możliwości uzyskania zamówienia. Uniemożliwia również aktualnie weryfikację przez odwołującego prawidłowości złożonej oferty pTag, co może wpłynąć na pozbawienie go prawa zakwestionowania uchybień w tym zakresie. Z kolei błędna ocena ofert w kryterium: „Kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia” bezpośrednio powoduje, iż oferta odwołującego została nieprawidłowo oceniona, co spowodowało, że zamawiający w sposób nieprawidłowy nie dokonał wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Taka sytuacja, a w szczególności naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp powoduje również, że odwołujący może ponieść szkodę polegającą niemożnością uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

I. Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa

A) nieodtajnienia Wykazu osób

Przedmiotem umowy, którą chce zawrzeć zamawiający z wybranym w ramach kryteriów oceny ofert wykonawcą jest świadczenie usługi dot. rozwoju aplikacji ePodatki przez wyspecjalizowany zespół posiadający wysokospecjalistyczne kompetencje w stosunku do 9 różnych ról projektowych (tzw. Profili) z zespołu wykonawcy, przy czym zakłada się, że zamawiający ma prawo do zamawiania osób o wymaganych kompetencjach jedynie dla części określonych ról, w tym również na pojedyncze Profile.

Firma pTag zastrzegła całą treść Wykazu osób, twierdząc w uzasadnieniu utajnienia, że: „Wykaz osób uczestniczących w realizacji zamówienia zawiera informacje mające istotną wartość gospodarczą. Dane w nim zamieszczone stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość dla Wykonawcy. Mając na uwadze specyfikę rynku usług informatycznych, największą wartością firm świadczących takie usługi jest dysponowanie wykwalifikowaną kadrą, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym wykonawcy. Informacje te mają więc znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi IT o sile firmy przesądza przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są specjaliści z zakresu IT, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych”. Dodatkowo pTag wskazuje, iż „Pracownicy, którzy posiadają wiedzę na temat zespołu Wykonawcy, który realizuje jego projekty oraz jest wykazywany w postępowaniach

o zamówienia publiczne, są zobowiązani do przestrzegania tajemnicy służbowej.

Oświadczenie pracownika o przestrzeganiu tajemnicy zawarte jest w umowie o pracę.

Jednak taka klauzula nie musi być wpisana do jakiegokolwiek umowy, ponieważ wynika ona z Kodeksu pracy. Zachowanie w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby pracodawcę narazić na szkodę, jest jednym z elementarnych obowiązków pracowniczych, a taką jest wiedza

o kwalifikacjach i doświadczeniu zespołu Wykonawcy”. Tymczasem w ocenie odwołującego pTag nie sprostął wymogowi udowodnienia prawidłowości dokonanego zastrzeżenia.

Zdaniem odwołującego żaden z argumentów przywoływanych w uzasadnieniu utajnienia nie daje podstaw do stwierdzenia, iż ziszczyły się przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, umożliwiające zachowanie tych informacji w poufności. Przede wszystkim na wstępie należy wskazać, iż aby mówić o tym, iż dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione następujące przesłanki:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;

3) podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Już pierwsza z tych przesłanek nie materializuje się w stosunku do informacji zawartych w Wykazie osób. Przede wszystkim wykonawca nie pokusił się nawet o stwierdzenie, jaki charakter mają informacje wpisane w Wykazie osób. Całe uzasadnienie w warstwie „merytorycznej” poświęcone zostało wskazaniu, iż informacje kadrowe stanowią tajemnicę ze względu czy to na jakieś specjalne walory organizacyjne, czy też są „istotne dla prowadzonej działalności” co automatycznie, w ocenie pTag, powoduje, że stanowią informację handlową posiadającą wartość gospodarczą. W zakresie odnoszącym się do wartości gospodarczej

uzasadnienie wykonawcy zawarte zostało w trzech zdaniach. Przy czym ocena wartości gospodarczej opiera się na twierdzeniu, że wartość gospodarcza w przedmiotowym przypadku to de facto wartość zamówienia, a wynikać ma to z faktu, iż zostały złożone tylko dwie oferty, co w ocenie wykonawcy jest skutkiem braku możliwości pozyskania zasobów osobowych przez innych uczestników rynku. W tym miejscu odwołujący podkreśla, że w pierwszej kolejności zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia zamówień do maksymalnej wartości umowy więc nie sposób twierdzić, że wartość zasobów równa jest wartości zamówienia, gdyż jaka ostatecznie będzie to wartość okaże się dopiero po wykonaniu umowy. Po wtóre zaś, w ocenie odwołującego, niewielkie zainteresowanie przedmiotowym zamówieniem nie wynika z faktu braku możliwości posiadania zasobów o dużym doświadczeniu i jest to jedynie niczym nie poparta teza wykonawcy. Trudno zrozumieć, w jaki sposób ilość ofert złożonych w postępowaniu miałyby przełożyć się na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji w ofercie wykonawcy. Trudno bowiem za słuszną przyjąć tezę,

że wartość gospodarcza informacji ma charakter relatywny - im więcej ofert zostałoby złożonych w tym postępowaniu, tym jak można przypuszczać wartość gospodarcza ww. informacji byłaby niższa. Taki sposób postrzegania wartości gospodarczej informacji przez pTAG w zasadzie potwierdza, że w rzeczywistości informacje te nie mają dla tego wykonawcy żadnego istotnego znaczenia. Zresztą argument ten sam w sobie jest nielogiczny również

z innego powodu. Przypomnieć bowiem trzeba, że pTAG dokonał pierwotnie zastrzeżenia już w momencie złożenia oferty (do oferty zostało dołączone uzasadnienie zastrzeżenia, mimo, że same wykazy zostały przedłożone dopiero na wezwanie zamawiającego). W tym pierwotnym zastrzeżeniu nie odniósł się w żadnym stopniu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, takie odniesienie pojawiło się dopiero w drugim uzasadnieniu dołączonym do przekazywanych wykazów. Tym niemniej jeśli przyjąć, że już w momencie złożenia oferty pTAG traktował informacje zamieszczone w wykazach jako tajemnicę przedsiębiorstwa, to powstaje pytanie, w jaki sposób określił wartość gospodarczą tych informacji, skoro na tym etapie nie miał jeszcze wiedzy na temat tego, ile ofert zostanie w niniejszym postępowaniu złożonych. Jeśli tego nie wiedział (bo nie mógł tego wiedzieć), toż argument odnoszący się do ilości złożonych ofert jako podstawy oszacowania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji uznać należy za zupełnie chybiony. Odwołujący dodatkowo wskazuje, że chociażby w postępowaniu na „Świadczenie usług z zakresu

zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT do wytworzenia i wdrożenia systemu informatycznego „System Oplaty Poboru Elektronicznej KAS” ogłoszonym przez Ministerstwo Finansów wymagane jest dysponowanie znacznie większą ilością wysoko wyspecjalizowanych specjalistów o szerszym zakresie profili, a jednocześnie zainteresowanie tymże postępowaniem jest wielokrotnie wyższe. Tym samym, nie sposób twierdzić, że wykonawca

w sposób prawidłowy wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, a tym samym prawidłowość samego zastrzeżenia. Wydaje się bowiem, że zdaniem wykonawcy wystarczającym jest gólosłowne wskazanie, że „informacje zawarte w wykazach osób posiadają taką właśnie wartość, gdyż ich ujawnienie może powodować dla wykonawcy szkodę (utrata pracowników, a tym samym potencjału zysku, prześledzenie działalności wykonawcy, odebranie klientów komercyjnych), a dla konkurencji oszczędność wydatków i czasu, np.

w związku z procesem rekrutacji pracowników oraz pozyskaniem klienta”. Dalsza treść to ogólny opis branży IT i subiektywna ocena wykonawcy dotycząca jej aktualnych realiów i trendów, która również nie opiera się na konkretnych danych. Nie sposób zatem pominąć orzeczenia KIO, zgodnie z którym „Co do zasady Izba podziela stanowisko wynikające z uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez (...), że współpraca z zespołem wysoko wyspecjalizowanych specjalistów ma strategiczne znaczenie dla Wykonawcy, stanowi dla danego 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 procedury przejmowania czy też podkupowania pracowników znajdujące się w uzasadnieniu zastrzeżenia przekazanym przez Przystępującego (.)” (sygn. akt: KIO 2737/21), czy też „(.) wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwyt w wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.” (tak:

wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16, cytowany również w orzeczeniach z dnia 30 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO 3593/21, czy z dnia 18 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 636/21).

Z perspektywy odwołującego zatem, jeśli pTag poprzez ujawnienie zastrzeżonych w sposób nieuprawniony informacji nie może doznać żadnej szkody, gdyż w ten sposób nie zostają ujawnione żadne wrażliwe informacje jego przedsiębiorstwa, to z całą pewnością nie

można mówić o jakiegokolwiek wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w zakresie Wykazu osób. Wszystkie te rozważania wprost prowadzą do wniosku, że już pierwsza z przesłanek warunkujących skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zostać uznana za spełnioną. Całe uzasadnienie w zakresie wartości gospodarczej (zarówno odnoszące się do osób jak i projektów realizowanych na rzecz podmiotów prywatnych) obejmuje po kilka lakonicznych zdań. Jest sztapkowe, niezindywidualizowane dla wykonawcy i w żaden sposób nie zostało uprawdopodobnione, a jego przeważającą część zajmują cytaty z orzeczeń, których nie można uznać za element wykazania istnienia przesłanek zastrzeżenia informacji. W niemalże analogicznej sytuacji faktycznej KIO w wyroku z dnia 1 kwietnia 2021 r. (sygn. akt KIO 500/21) wskazała, że przedstawianie wartości gospodarczej w tak lakoniczny sposób jak w niniejszym postępowaniu dokonała tego pTag „ma charakter zwykłej sztapkowej deklaracji, zapewnienia, które można było odnosić do każdego bez wyjątku wyjaśnień oceny w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z pewnością nie można było w tym przypadku mówić o jakimkolwiek wykazaniu wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. W przywołanym fragmencie przystępujący (...) jedynie deklaruje, że wszystkie zastrzegane przez niego informacje są niedostępne dla konkurencji. Nie wykazał jednak w żaden sposób ich unikalności, niedostępności innym wykonawcom. (...) Ponadto uzasadnienie zastrzeżenia wykazu osób okazało się szablonowe, po odrzuceniu orzecznictwa składało się z kilku zdań

o groźbie podkupowania osób, bez odniesienia do żadnych statystyk czy jakichkolwiek sytuacji zaistniałych u tego konkretnego wykonawcy”. Nie sposób nie zauważyć, że przytoczone orzeczenie niemalże wydaje się być oceną uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez pTag.

Jednakże nie jest to jedyne uchybienie, które można przypisać uzasadnieniu wykonawcy. Firma pTag nie tylko nie wykazała charakteru utajnianych danych, czy też ich wartości gospodarczej, ale też nie wykazała, że podjęła jakiegokolwiek działania zmierzające do zachowania tych informacji w poufności. Co prawda w wyjaśnieniach wykonawca ten wskazuje na dokonane zastrzeżenie w treści oferty, pisze o tym, iż informacje te nie zostały przedstawione innym podmiotom, czy w końcu, że istnieją w jego przedsiębiorstwie procedury mające na celu ochronę tego typu danych, jednakże wszystkie te stwierdzenia są gołosłowne i nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, prócz załączonego do uzasadnienia jednostronicowego wzoru klauzuli zobowiązującej pracowników pTAGa do zachowania poufności. Zwrócić jednak w tym kontekście należy uwagę na fakt, iż załączony jako dowód wzór nie jest podpisany, a ma charakter jedynie jakiegoś szablonu, który mógł zostać po prostu pobrany z Internetu. Brak jest za to jakiegokolwiek dowodu na to, iż zapisy klauzul z tego szablonu zostały wdrożone w rzeczywistych umowach, ani też, aby została podjęta

w przedsiębiorstwie pTAG uchwała dotycząca obowiązku stosowania tego typu klauzul w umowach z pracownikami. Zgodzić należy się z treścią uzasadnienia, iż nie w każdym przedsiębiorstwie konieczne jest wdrażanie oddzielnych procedur związanych z działaniem zasad dotyczących ochrony informacji poufnych. Tym niemniej trudno z drugiej strony przyjąć, aby brak wdrożenia określonych sformalizowanych procedur stał na przeszkodzie udowodnieniu podjęcia innego rodzaju działań w danym przedsiębiorstwie, których naczelnym celem byłaby ochrona informacji poufnych. Brak wdrożonych procedur ochrony informacji nie powoduje, że wykonawca, który twierdzi, iż mimo tego chroni informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, że nie powinien mimo wszystko potrafić udowodnić, że podejmuje działania zmierzające do zachowania ich w poufności i to nie tylko w teorii, ale też w praktyce.

Zgodnie z treścią przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, do wykonawcy należy obowiązek wykazania, iż określone informacje zostały prawidłowo utajnione. Przy czym jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej kwestia wykazania nie oznacza jedynie wskazania określonych czynności podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji, ale konieczność udowodnienia skutecznej ich ochrony. Dla potwierdzenia stanowiska odwołującego wskazujemy choćby na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-11-08, (sygn. akt: KIO 2252/17), w którym Izba wskazała wyraźnie, iż: „Zdaniem Izby z powyższej analizy wynika, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również

przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 uZnk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem,

że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.)" Powyższe jest zgodne z linią orzecniczą zaprezentowaną we wcześniejszym orzeczeniu Izby, z dnia 26 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 703/17), w którym KIO zaznaczała, że „Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (...) Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostował także ciężarowi wykazania, że podjął, jak stanowi art. 11 ust. 4 uZnk, „niezbędne” działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z powyższego przepisu wynika, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań „niezbędnych”. Działania „niezbędne” to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny poczynając od dostawcy (podwykonawcy), przez pośredników, do zespołu ofertowania u wykonawcy”. Ten element uzasadnienia zastrzeżenia sprowadził się do lakonicznego oświadczenia, że wykonawca wchodzi w skład międzynarodowej korporacji, która posiada długoletnie tradycje w zakresie tworzenia zasad organizacyjnych, w szczególności w odniesieniu do strzeżenia informacji o charakterze poufnym. Oświadczył także, że posiada wewnętrzne regulacje oraz postanowienia, które w jak najszerszym zakresie mają zapobiec ujawnianiu informacji. Wskazał także, że informacje te odpowiednio oznaczył i wyodrębnił w ofercie. Jak wynikało z powyższego, metody i sposoby ochrony informacji nie zostały wykazane przez odwołującego w uzasadnieniu znajdującym się w ofercie. Nie wiadomo jakie procedury wykonawca stosuje w firmie i jakie zastosował w tej konkretnej sprawie w odniesieniu do zastrzeganych informacji. Zaniechanie to uniemożliwiło zamawiającemu przeanalizowanie, czy te procedury są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania spornych danych w poufności. Nie wiadomo, czy były stosowane jakiegokolwiek klauzule poufności w umowach z pracownikami (...).”

W końcu w wyroku z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19 Izba wskazała m. in.: „Co do kwestii zachowania poufności przystępujący P... powołał się na „odpowiednią klauzulę określoną w Polityce Bezpieczeństwa Informacji”, na „inne dokumenty funkcjonujące w Spółce Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji zgodnego z wymaganiami normy ISO 27001:2013” oraz na ograniczenie i kontrolę dostępu do informacji wewnątrz spółki. Należy zauważyć, że przystępujący nie dołączył do wyjaśnień kopii tych dokumentów, w związku z czym nie sposób zweryfikować, czy w ogóle dotyczą one informacji kadrowych oraz czy i w jakim stopniu rzeczywiście skutkują zachowaniem informacji kadrowych w poufności. Deklaracja przystępującego, że takie dokumenty istnieją i zawierają wskazane treści, nie jest wystarczająca w świetle ustawowego wymogu „wykazania” zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym przystępujący nie udowodnił, że zastrzeżenie przez niego informacji w wykazie osób złożonym z ofertą, zostało dokonane zgodnie z drugą przesłanką zawartą w art. 11 ust. 2 uZnk, dotyczącą zapewnienia poufności”.

W tym stanie rzeczy, tzn. biorąc pod uwagę, że prócz gołosłownych twierdzeń na temat obowiązywania stosownych regulacji, zawarcia umów z podwykonawcami zawierającymi postanowienia dotyczące zachowania w poufności określonych informacji, czy zobowiązania pracowników do zachowania tych danych w poufności, pTag nawet nie uprawdopodobnił, iż w istocie takie działania zostały zastosowane w przypadku tego postępowania należy dojść do wniosku, iż żądanie odwołania dotyczące konieczności odtajnienia treści Wykazów ze wszech miar uzasadnione.

B) Wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie

Uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia Wykazu usług jako rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa jest de facto powieleniem tych samych tez i twierdzeń jakie wykonawca przedstawił w zakresie Wykazu osób. Już nawet sama ta okoliczność wskazuje, że wykonawca dokonał zastrzeżenia w sposób sztamkowy i bez większej refleksji i odniesienia się do konkretnego postępowania.

Niemniej w zakresie samego wykazu usług pTaq nie pokusił się nawet o wskazanie prawdopodobnej wartości gospodarczej tych informacji. W tym miejscu warto przytoczyć wyrok KIO, zgodnie z którym Izba wskazała: „Przystępujący składając w postępowaniu wykaz usług wraz z referencjami powoływał się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane wraz z ofertą. W ocenie Izby, w uzasadnieniu Przystępujący nie odniósł się bezpośrednio, dlaczego zbiór usług zawartych w wykazie wraz z referencjami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie przedstawił jaką wartość gospodarczą mają dla Wykonawcy informacje zawarte w wykazie.

W ocenie Izby za wartość gospodarczą nie mogą zostać uznane informacje dotyczące rodzaju zamówienia, dat wykonania, wartości kontraktu oraz podmiotu na rzecz którego usługa była realizowana (.). Ponadto z samej istoty referencji wynika, iż są to dokumenty, które potwierdzają wyłącznie należyte wykonanie zamówienia i są przeznaczone do przedstawiania różnym podmiotom i w konsekwencji nie są też zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ich wystawcę. Co istotne, pozostałe wyjaśnienia, dokumenty dotyczyły usług wskazanych w wykazie, dlatego też analogicznie Izba nakazała ich ujawnienie”.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się nadto, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (tak: wyrok KIO z dnia 7.06.2011 r. KIO 1072/11).

II. Zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny ofert

W kontekście drugiego ze sformułowanych zarzutów wskazujemy, iż jednym z kryteriów oceny ofert była ocena w kryterium: „Kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia”. Ocena w ramach tego kryterium miała zostać dokonana w oparciu o test kompetencyjny, który miał zostać przeprowadzony w stosunku do odpowiednich profili i liczby specjalistów. Egzamin dla ww. osób w formie testu wiedzy odbył się w formie zdalnej (poprzez aplikację MS Teams). Każdy z ww. profili specjalistów w ciągu 30 min. rozwiązał test (jedno- lub wielokrotny wybór). Za każdą poprawnie udzieloną odpowiedź można było otrzymać 1 pkt (maksymalnie 15 pkt), za brak udzielenia odpowiedzi punktów nie przyznawano, zaś każda udzielona niepoprawnie odpowiedź powodowała przyznanie punktu

ujemnego (-1 pkt).

W ramach kryterium oceny ofert punkty miały zostać przyznane wyłącznie osobom, które test zdały, tzn. po zsumowaniu punktów uzyskanych w ramach testu uzyskały co najmniej 8 pkt. (czyli co najmniej 50%). Zgodnie z informacją o wyniku postępowania w ramach tego kryterium oceny ofert po dokonaniu oceny testów zamawiający w tym kryterium nie przyznał żadnych punktów ani odwołującemu, ani firmie pTAG, co oznacza, że spośród 22 zdających osób ani jedna nie osiągnęła wymaganego progu zdawalności. Po dokonaniu analizy treści arkuszy egzaminacyjnych dla poszczególnych konsultantów, którzy zostali przez odwołującego skierowani do rozwiązania testu doszliśmy do wniosku, iż w co najmniej 2 przypadkach ocena dokonana przez zamawiającego okazała się nieprawidłowa, czego skutkiem było zaniechanie przyznania odwołującemu punktów, które miały wpływ nie tylko na wynik w ramach tego kryterium, ale też w konsekwencji na kolejność rankingu ofert, co doprowadziło do tego,

że oferta odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Wniosek taki wynika z poniżej opisanych ustaleń faktycznych dokonanych przez odwołującego.

A) Nieprawidłowa ocena w zakresie testu Architekta Biznesowego

Zgodnie z informacją szczegółową otrzymaną od zamawiającego specjalście odwołującego w roli Architekta Biznesowego zamawiający przyznał w sumie 6 pkt (9 odpowiedzi prawidłowych, w 3 przypadkach odpowiedź nie została udzielona oraz w 3 przypadkach została według zamawiającego udzielona odpowiedź nieprawidłowa, która spowodowała odjęcie punktów). Odpowiedzi uznane przez zamawiającego zgodnie z podanym przez niego kluczem za nieprawidłowe to odpowiedzi na pytania 9, 14 oraz 15. O ile po dokonaniu weryfikacji treści tych pytań odwołujący nie ma wątpliwości w stosunku do pytań 9 i 14, to uważa, że w przypadku pytania 15 odpowiedź udzielona przez konsultanta wykonawcy powinna być uznana za prawidłową, co powinno prowadzić do przyznania mu za nią +1 pkt, a nie, jak to miało miejsce w rzeczywistości -1. Zgodnie z kluczem odpowiedzi zamawiającego prawidłową odpowiedź stanowi odpowiedź b), podczas gdy specjalista odwołującego jako prawidłową zaznaczył odpowiedź d). Problem z tym pytaniem i prawidłową na nie odpowiedzią wiąże się przede wszystkim z faktem, iż wszelkie oficjalne

materiały

(w tym sama metodyka TOGAF, która jest zbiorem zasad do planowania i wdrażania architektury korporacyjnej) opracowane przez konsorcjum przemysłowe The Open Group są dostępne co do zasady wyłącznie w wersji anglojęzycznej. Co prawda na potrzeby implementacji tej metodyki w Polsce został stworzony oficjalny słownik pojęć używanych w tej metodyce, tym niemniej nie jest on kompletny i zawiera oficjalne tłumaczenie jedynie części najważniejszych definicji. Stąd też dla rozstrzygnięcia prawidłowości tak zadanego pytania konieczne jest sięgnięcie do materiałów źródłowych. Zgodnie z oficjalną dokumentacją TOGAF umieszczoną na stronie:

w rozdziale 18.2

Iteration Cycles występują następujące cykle iteracyjne: (rys.). Oznacza to, że w rzeczywistości nazwy tych 4 cykli iteracyjnych to: Architecture Capability, Architecture Development, Transition Planning oraz Architecture Governance. O ile w zakresie dwóch ostatnich cykli iteracyjnych odpowiedzi uznane przez konsultanta odwołującego oraz przez zamawiającego są identyczne (te dwie odpowiedzi dla wariantu b) oraz d) są wspólne), o tyle różnica dotyczy nazw dwóch pierwszych cykli iteracyjnych, tj. „Architecture Capability” (tłum. dosłowne: „możliwości architektury”) oraz „Architecture Development” (tłum. dosłowne: „rozwój architektury”). Zawarte w treści pytań polskojęzyczne wersje w poszczególnych odpowiedziach to:

- 1) dla odpowiedzi b) preferowanej przez Zamawiającego - „kontekst architektury” i „definicja architektury”,
- 2) dla odpowiedzi d) udzielonej przez Wykonawcę - „zakres architektury (architecture scope) oraz „projektowanie architektury”.

W kontekście tak zarysowanego stanu faktycznego należy stwierdzić, iż cały problem z udzieleniem prawidłowej odpowiedzi na to pytanie sprowadza się do jego niewłaściwej

konstrukcji, a w szczególności do użycia jako odpowiedzi niedokładnych,

nieodpowiadających literalnemu brzmieniu tłumaczeń oryginalnych nazw iteracji użytych w

Standardzie. Wyraźnie widać, że żadna z odpowiedzi nie odpowiada 1:1 anglojęzycznej wersji tych określeń. Dlatego też już na wstępie należy zaznaczyć, że żadna z odpowiedzi nie odpowiada w 100% poprawnej odpowiedzi. Tym niemniej wskazać należy, iż w tym przypadku zamawiający przesądził poprzez budowę arkusza egzaminacyjnego i jego właściwości, iż pytanie to posiada 1 właściwą odpowiedź. Jeśli zatem przyjąć, że żadna z odpowiedzi nie odpowiada rzeczywistemu stanowi rzeczy, zaś niewłaściwe tłumaczenie

mogło wprowadzić uczestników testu w błąd, to już tyle z tego względu należałoby dojść do wniosku, iż w tej sytuacji ewentualne wątpliwości należy - zgodnie z utrwaloną praktyką orzeczniczą KIO - rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy, skoro to zamawiający był autorem pytań i to z przyczyn leżących po jego stronie doszło do takiej sytuacji. Co więcej, w tym konkretnym stanie faktycznym w ocenie odwołującego odpowiedź d) zaznaczona przez specjalistę wykonawcy

w większym stopniu odpowiadała prawidłowej odpowiedzi, niż odpowiedź uznana jako poprawna wg klucza zamawiającego. W tym kontekście pragniemy wskazać, iż hasło „zakres architektury (architecture scope)” użyty w wybranej przez nas odpowiedzi występuje bezpośrednio w definicji cyklu iteracyjnego „Architecture Capability”, która mówi o tym, że cykl iteracyjny Architecture Capability wspiera tworzenie oraz ewolucje Architecture Capability poprzez działania obejmujące ustanowienie oraz dostosowanie:

- podejścia do architektury (the architecture approach),
- zasad architektonicznych (the architecture principle),
- zakresu architektury (the architecture scope) - punkt będący częścią odpowiedzi odwołującego
- zarządzania architekturą (architecture governance).

Natomiast w żadnej z definicji nie występuje hasło „kontekst architektury” lub „definicja architektury” będąca częścią uznanej za poprawną odpowiedzi zamawiającego. Jeszcze bardziej wyraźnie rozdzielić pomiędzy odpowiedzią zamawiającego a prawidłową odpowiedzią wynikającą ze standardu widać na przykładzie nazwy drugiego cyklu iteracyjnego, tj. Architecture Development. Na pierwszy rzut oka widać bowiem, iż pojęcie Architecture Development w dosłownym tłumaczeniu jest bliższe polskiemu określeniu: „projektowanie architektury” niż „definicja architektury”, które to pojęcie w kontekście faz iteracyjnych w oryginalnej dokumentacji nie występuje. Natomiast samo pojęcie

„development” w IT oznacza z zasady część cyklu wytwórczego, obejmującego właśnie projektowanie

i rozwój.

Mając powyższe na względzie zdaniem odwołującego odpowiedź przez niego udzielona powinna być uznana za bardziej odpowiadającą prawidłowemu brzmieniu odpowiedzi na pytanie sformułowane przez zamawiającego i w takim wypadku powinno to skutkować

przyznaniem za to pytanie 1 pkt (zamiast -1). W tej sytuacji ostateczna ocena dla tej roli

wyniosłaby +8 pkt, a to oznacza, że z tego tytułu wykonawca powinien uzyskać punkty w kryterium oceny ofert, które pozwoliłyby mu zająć pierwsze miejsce w rankingu złożonych ofert.

B) Nieprawidłowa ocena w zakresie testu Starszego Analityka Biznesowego

Drugą wątpliwość, jaką odwołujący pragnie podnieść w kontekście dokonanej oceny ofert podczas testu (wątpliwości tych jest więcej, tym niemniej pozostałe nie umożliwiłyby mu doprowadzenie do zmiany w rankingu złożonych ofert) jest kwestia nieprawidłowości związanych z oceną dokonaną przez zamawiającego dla roli Starszy Analityk Biznesowy. W tym przypadku rozkład odpowiedzi wyglądał następująco: 10 odpowiedzi prawidłowych, brak odpowiedzi na jedno pytanie (pytanie nr 3) oraz 4 odpowiedzi uznane za nieprawidłowe, co skutkowało ostatecznie przyznaniem ww. specjalście w sumie +6 pkt. Jako nieprawidłowe odpowiedzi Zamawiający uznał odpowiedzi na pytania nr 4, 7, 9 i 15. Po dokonaniu weryfikacji treści zadanych pytań oraz udzielonych odpowiedzi, zdaniem odwołującego zamawiający nieprawidłowo ocenił odpowiedzi na pytanie nr 9, a nadto poprzez niewłaściwe sformułowanie pytania nr 3 uniemożliwił naszemu specjalście uzyskanie punktu również za to pytanie.

a) Pytanie nr 9)

Zgodnie z kluczem odpowiedzi zamawiającego poprawną odpowiedzią na to pytanie jest odpowiedź b), czyli Pięć, zaś odpowiedź właściwa wg naszego specjalisty to odpowiedź d), a zatem żadna z pozostałych odpowiedzi nie jest właściwa.

W zakresie przedmiotowego pytania skupić należy się przede wszystkim na treści samego pytania, które dotyczyło liczby „widoków oprogramowania” możliwych do przedstawienia za pomocą UML. Otóż UML jest to język (notacja) stworzony do modelowania, który może być wykorzystywany do modelowania różnych rzeczy w różnych dziedzinach. Najczęściej w branży IT do modelowania systemów. Systemy oczywiście można też opisywać w innych językach (notacjach), podobnie jak wiersze można pisać po polsku i angielsku. To co najistotniejsze w kontekście treści tego pytania to fakt, iż OMG (właściciel i twórca standardu UML) w specyfikacji UML 2.5 nie definiuje listy widoków oprogramowania. Język UML może być wykorzystywany w specyfikacji modeli oprogramowania w różnych metodykach procesów wytwórczych oprogramowania oraz różnych modeli architektonicznych. W zależności od wyboru modelu architektury, liczba widoków/perspektyw może być inaczej zdefiniowana. Dla przykładu OMG w standardzie MDA v2 bezpośrednio odwołuje się do języka UML. Jeśli więc zamawiający nie wymienia z nazwy standardu/metodyki procesu wytwórczego/architektury oprogramowania, to należy de facto przyjąć standard MDA

(właścicielem MDA i UML jest OMG), który definiuje 3 warstwy architektoniczne. Takiej odpowiedzi nie było jednak na liście do wyboru w teście. Inne przykładowe metodyki/wzorce architektoniczne, dla których można zastosować notację UML (omówione szczegółowo poniżej):

- OMG MDA v2 (3 warstwy),
- Model Kruchtena 4+1 (5 widoków),
- The Open Group TOGAF v9 (4 widoki architektoniczne),
- RUP (6 dyscyplin inżynierskich definiujące specyfikacje oprogramowania),
- Zachman Framework (6 pytań do 5 typów udziałowców = 30 widoków).

Podsumowując należy wskazać, że na pytanie ile widoków oprogramowania można

przedstawić za pomocą UML prawidłowa odpowiedź brzmi następująco: taką ilość, która jest niezbędna w zależności od tego ile zawiera model, metodyka czy cokolwiek w czym wykorzystamy język UML. Przy braku wskazania właściwego modelu/metodyki należałoby

przyjąć z uwagi na okoliczności wskazane powyżej, iż jeśli już należałoby wskazać taką liczbę, to najwłaściwszą byłaby liczba trzy, odnosząca się do standardu opracowanego przez twórcę notacji UML, tj. MDA v. 2. Oznacza to, że w tej sytuacji jedyną poprawną odpowiedzią mogła być odpowiedź udzielona przez naszego eksperta, gdyż żadna z możliwych odpowiedzi nie przewidywała możliwości wskazania liczby trzy. W konsekwencji zamiast odjęcia jednego punktu od wyniku ten punkt powinien zostać doliczony, co już na wstępie powinno skutkować tym, że wynik całego egzaminu powinien zostać zaliczony jako zdany pozytywnie, co miałoby wpływ na liczbę punktów, jaką odwołujący otrzymał w kryterium „Kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia”. Ostateczna ocena dla tej roli wyniosłaby w tym przypadku +8 pkt, a to oznacza, że z tego tytułu wykonawca powinien uzyskać punkty

w kryterium oceny ofert, które pozwoliłyby mu zająć pierwsze miejsce w rankingu złożonych ofert.

b) Pytanie nr 3)

Drugą z kwestii, którą podnosi odwołujący w zakresie oceny testu dla Starszego Analityka Biznesowego jest pytanie i odpowiedzi zaproponowane w zakresie pytania nr 3. Zgodnie z wzorcem zamawiającego prawidłową odpowiedzią na to pytanie jest odpowiedź c), natomiast konsultant Sygnity w tym zakresie nie zaznaczył żadnej odpowiedzi. Aby prawidłowo odpowiedzieć na zadane pytanie, należy odnieść się oczywiście do specyfikacji BPMN. Zgodnie z dokonaną przez nas analizą Specyfikacja BPMN nie definiuje wzorców projektowych, jedynie odwołuje się do zewnętrznego źródła podsumowującego artykuły o wzorcach control-flow. BPMN wskazuje jedynie referencje do artykułów nienormatywnych (rozdział 3.2 Non-Normative) Basic Control Flow Patterns są zdefiniowane poza specyfikacją BPMN (źródło:). Oznacza to, że prawidłowa odpowiedź na pytanie testowe w tym przypadku brzmi: W samym BPMN nie ma żadnych wzorców prostych, a jedynie BPMN odwołuje się do wzorców zdefiniowanych poza tą notacją.

Biorąc powyższe pod uwagę należy dojść do wniosku, iż poprzez sformułowanie pytania w taki sposób, iż żadna z odpowiedzi na tak zadane pytanie nie jest prawidłowa, zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie 1 pkt za wykonanie tego zadania, co mogłoby miało wpływ na wynik testu i ostatecznie na wynik całego postępowania.

III. Zarzut ewentualny dotyczący konieczności unieważnienia postępowania

Jak wynika z opisu części zarzutów podniesionych w pkt II niniejszego odwołania sytuacja, do której powstania doprowadził zamawiający, może być potraktowana w różnoraki sposób. Jeśli bowiem istnieją istotne błędy w sformułowaniu pytań egzaminacyjnych, których wynikiem jest sytuacja, iż dla danej roli nie da się za niektóre pytania przyznać punktów (głównie dotyczy to sytuacji, w której w teście jednokrotnego wyboru żadna z odpowiedzi nie jest prawidłowa). Oczywiście można przyjąć, że w takiej sytuacji powinno się rozstrzygnąć wątpliwość na korzyść wykonawcy i przyznać mu w tym zakresie punkty (z takiego zresztą punktu widzenia wyszedł odwołujący formułując swoje zarzuty w pkt II odwołania). Tym niemniej przy bardziej rygorystycznej ocenie można byłoby dojść do wniosku, iż w takim stanie rzeczy de facto nie da się prawidłowo dokonać oceny ofert w zgodzie z zasadami wynikającymi z SWZ. Takie przekonanie jest bowiem wynikiem stwierdzenia, iż w przypadku nieprawidłowego sformułowania pytań lub braku prawidłowych odpowiedzi błędne pytania testowe nie powinny być w ogóle uwzględniane przy dokonywaniu punktacji. Innymi słowy, dla każdego testu danego rodzaju specjalisty w której dojdzie do takiej sytuacji należałoby odliczyć wszystkie te pytania od pełnej puli możliwej do uzyskania (np. dla Architekta biznesowego, czy dla Starszego Analityka Biznesowego byłoby to 14 pytań zamiast 15). Problem polega na tym,

że dokumenty zamówienia definiują konkretne progi liczbowe zdawalności egzaminu (8 pkt), których nieosiągnięcie powoduje automatycznie nieprzyznanie punktów wykonawcy w tym kryterium oceny ofert. Natomiast oczywistym jest to, że próg ten jest inny (wyższy) przy mniejszej liczbie pytań, gdyż potencjalnie wykonawca ma mniejszą szansę na udzielenie 8 prawidłowych odpowiedzi przy 14 niż przy 15 pytaniach. Po drugie w takiej sytuacji co do zasady błędny staje się przyjęty w SWZ wzór dla obliczenia liczby punktów w kryterium oceny: „Kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia”. Wzór ten bowiem zakłada,

iż maksymalna liczba punktów do zdobycia jest równa 165 (wartość podana w mianowniku ułamka, stanowiącego wzór dla obliczenia liczby punktów w ramach tego kryterium oceny). Wartość ta jest potencjalną maksymalną liczbą punktów do zdobycia przez Zespół specjalistów wykonawcy skierowany do rozwiązywania testów (11 osób x 15 pkt = 165 pkt).

Jeśli więc nie dla każdego rodzaju specjalisty liczba punktów, która powinna być brana do

oceny wynosi 15 (tylko mniej), to i maksymalna liczba punktów uwzględniona we wzorze powinna być inna. Przy czym dokonanie oceny w inny sposób (według inaczej sformułowanego kryterium) niż wynika z treści SWZ na tym etapie jest co do zasady niemożliwe gdyż sprzeciwia mu się przepis art. 239 ust. 1 ustawy. Wobec powyższego

jeśliby dojść do przekonania, że nie jest jednak możliwe uznanie nieprawidłowo sformułowanych pytań jako rozwiązanych przez Wykonawcę prawidłowo, to wydaje się, iż w tej sytuacji jedynym słusznym rozwiązaniem byłoby unieważnienie postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby możliwe było usunąć taką wadę poprawiając czynność oceny ofert w zakresie tego kryterium, gdyż de facto konieczne byłoby powtórzenie czynności faktycznej związanej

z powtórzeniem egzaminu. Tymczasem nie sposób nie tylko określić w jakim zakresie ta ocena powinna zostać powtórzona (wyłącznie w zakresie tych pytań, które zostały uznane za nieprawidłowe, tylko dla ról, w których zidentyfikowano taki stan rzeczy, powtórzenie testów dla wszystkich ról w całości), ale też dopuścić, aby reguły oceny mogły zostać ustalone dopiero na tym etapie postępowania. Dopuszczenie do powtórzenia czynności faktycznej w innym terminie może bowiem w sposób oczywisty wypaczyć wynik egzaminu (poziom trudności pytań może być inny, zasób wiedzy posiadany przez rozwiązującego test też może się zmienić

w stosunku do pierwotnego terminu rozwiązywania testu). Dlatego też w ocenie odwołującego jedyne możliwe rozwiązania w tej sytuacji to albo przyznanie punktów w zakresie błędnych pytań, albo uznanie, iż powstanie tej sytuacji nie daje możliwości dokonania prawidłowej oceny ofert i w konsekwencji unieważnienie postępowania.

Odwołujący niejako na marginesie zwraca przy tym uwagę dodatkowo na fakt, iż określone przez zamawiającego zasady przeprowadzenia egzaminu w zakresie tego kryterium oceny ofert niejako od początku dotknięte były poważnymi błędami, które mogły

rzutować na wynik prowadzonego postępowania. Zwracamy bowiem uwagę na to, iż w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert ustalił, iż testowi egzaminacyjnemu będzie podlegała grupa 11 osób, przy czym dla 2 specjalności (starszy programista .net oraz programista Java) liczba osób która miała zdawać test była większa niż 1 (odpowiednio 6 osób i 2 osoby). Tymczasem jak wskazuje SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu liczba osób, jakich posiadania wymagał zamawiający w obu tych kategoriach specjalności wynosiła 1. Innymi słowy w ramach postępowania zamawiający oczekiwał, że wykonawca będzie dysponował co najmniej 1 starszym programistą .net oraz co najmniej 1 programistą Java, ale już oceny ofert zamierzał dokonać w oparciu o egzamin dla kilku osób z danej specjalności. Prowadzi to do wniosku,

iż w ramach tego postępowania mogło dojść do sytuacji, w której na ostateczną ocenę ofert wpływ miałyby wyniki kompetencyjne osób, które co do zasady nie były przewidziane do realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż brak jest gwarancji, że osoby, które uzyskały dla wykonawcy punkty w ramach postępowania w konsekwencji zostałyby zaangażowane do realizacji przedmiotowej Umowy. Taka sytuacja stoi w sprzeczności z dyspozycją przepisu art. 241 ust. 1 i 2 ustawy, gdyż powoduje, że tak sformułowane kryterium oceny nie jest związane z przedmiotem zamówienia, skoro ocenie podlegałoby posiadanie zasobów osobowych nieuczestniczących w realizacji Umowy z zamawiającym. Oczywiście kwestia ta, w okolicznościach faktycznych niniejszego postępowania okazała się ostatecznie nie mieć najistotniejszego znaczenia dla wyniku postępowania (wszystkie osoby w ww. rolach zarówno z Zespołu odwołującego jak i pTAG nie zdobyły ostatecznie punktów w tym kryterium), Zwracamy uwagę jednak na fakt, że w przypadku, gdyby wyniki testu u obu wykonawców były w zakresie tych ról wyższe to okoliczność, do której doprowadził w ten sposób zamawiający mogłaby spowodować sytuację, w której błędy w sformułowaniu kryterium oceny mogłyby wpłynąć ostatecznie w sposób sprzeczny z przepisami na wynik postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut nr I odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Na posiedzeniu zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr II.

Przystępujący wykonawca, na posiedzeniu złożył oświadczenie, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr I odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów nr II i III odwołania, zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 528 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progę unijne.

Z bezspornych okoliczności wynikających z przedmiotowej sprawy wynika, iż zamawiający w dniu 25 lutego 2022 roku, przeprowadził testy kompetencji dla osób wskazanych przez wykonawców w ofertach (pracownicy merytoryczni/kadra specjalistyczna). W tym dniu, wykonawcy, a co za tym idzie i odwołujący powziął wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, gdyż w tym dniu zapoznał się z pytaniami testowymi oraz odpowiedziami na te pytania, przygotowanymi przez zamawiającego. Tym samym, w ocenie Izby, termin na wniesienie odwołania od wadliwie (w ocenie odwołującego) przygotowanych pytań i odpowiedzi przez zamawiającego, upływał w dniu 7 marca 2022 roku. Zdaniem Izby, bez znaczenia dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania, jest okoliczność, iż odwołujący otrzymał arkusze testowe z odpowiedziami, które zdaniem zamawiającego były prawidłowe, po dniu ogłoszenia wyników postępowania, tj. po dniu 22 marca 2022 roku, gdyż wyniki testów stanowią jedynie wtórną informację o przyjętym przez zamawiającego prawidłowym arkuszu odpowiedzi. Skoro zatem odwołujący, już dnia 25 lutego 2022 roku, powziął, a przy dołożeniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, to oznacza, że odwołanie wniesione w dniu 1 kwietnia 2022 roku (w zakresie zarzutów nr II i III), należało uznać za spóźnione.

Izba, za spóźniony (wniesiony po upływie terminu określonego w ustawie - 10 dni) uznała również zarzut nr III, wg. oświadczenia odwołującego jest to zarzut ewentualny, względem zarzutu nr II. Skoro zatem odwołujący powziął, a przy dołożeniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, tj. o przesłankach skutkujących unieważnieniem postępowania, w dniu 25 lutego 2022 roku (w dniu powzięcia wiedzy, co do pytań testowych i przygotowanych odpowiedzi), to odwołanie wniesione w dniu 1 kwietnia 2022 roku, należało uznać za spóźnione. Oczekiwanie odwołującego do chwili uzyskania od zamawiającego wyników testów, nie może stanowić przesłanki do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie zarzutu nr I zasługuje na uwzględnienie.

Izba w całości podzieliła stanowisko odwołującego i zamawiającego, uznając je za własne.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., zgodnie z którym Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub

w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W świetle art. 11 ust. 2 u.z.n.k., aby informacja mogła zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą więc zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki:

- 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe zostało niejednokrotnie potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą, m.in. w wyroku z dnia 29 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 720/21): „Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ustawodawca w ust. 2 ustawy Pzp wskazał, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Ponadto w ust. 3 wskazano, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie”.

Co do użytego w zacytowanych wyżej definicjach tajemnicy przedsiębiorstwa, pojęcia: „wartości gospodarczej”, jak wskazuje m.in. teza wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2019 r. (sygn. akt KIO 1626/19; 1628/19), jest to: Wartość gospodarcza informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przejawia się

w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2166/18, „nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów”.

Krajowa Izba Odwoławcza, zdefiniowała również pojęcie „wartości gospodarczej” w wyroku z dnia 26 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 458/18; 474/18): „wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji

w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności

gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14).

Co do pojęcia „wykazania” użytego w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp z 2019 r. (poprzednio art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r.) to zgodnie z orzecznictwem KIO, prezentowanym w wyroku z dnia 6 lipca 2020 r. (sygn. akt KIO 1149/20; KIO 1145/20; KIO 1129/20), w którym: „(.) Izba za zasadne uznała odniesienie się do instytucji wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ przepisy regulujące tą kwestię również posługują się pojęciem „wykazania” (zob. przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp). Podkreślenia wymaga, że na taki zabieg interpretacyjny pozwala § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U.2016.283 j.t.), zgodnie z którym do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Z przepisów dotyczących wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika, że następuje ono przez złożenie oświadczenia o ich spełnianiu w określonej formie (por. art. 25a ust. 1 i 2 Pzp), a nadto - jeżeli Zamawiający żądał dokumentów potwierdzających informacje zawarte w oświadczeniu (art. 26 ust. 1 i 2 Pzp) - również w drodze złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu

o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126). Zdaniem Izby z powyższej analizy, wbrew twierdzeniom Przystępującego, wynika, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w określonych okolicznościach, przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku potwierdzania dowodami zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie w powyższy sposób technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.). Izba podnosi za wyrokiem KIO z 10.03.2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16: „Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie głoślowe i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Na konieczność wykazania jednoznacznie wskazywano w toku prac nad znowelizowaniem tego przepisu m.in. podczas prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (...).”

W zakresie wzajemnej korelacji pojęć wykazania i udowodnienia Izba wskazuje, że prezentuje stanowisko tożsame z tym wyrażony w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 14 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2267/17, KIO 2290/17, w którym stwierdzono m. in.: „(...) Bez wątpienia sformułowanie „wykazał” ma silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Jakkolwiek pojęcie „wykazał” nie jest tożsame z pojęciem „udowodnił”, to jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie „uprawdopodobnił”. Izba za zasadne uznaje również powołanie wyroku Izby zapadłego w dniu 30 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 464/17, w którym stwierdzono m.in.: „I choć ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek „jedynie” wykazania (nie zaś obowiązku udowodnienia), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to obowiązek ten nie może sprowadzać się do złożenia przez wykonawcę oświadczeń, czy zapewnień, a to ze względu na rozumienia wyrazu „wykazał” w języku polskim, tj. jako przedstawienia czegoś w sposób przekonujący. Wykonawcy wolno więc zrobić więcej, tj. udowodnić, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak nie wolno mu - o ile informacje mają pozostać niedostępne dla innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - zrobić mniej niż wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej to na wykonawcy, spoczywa ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet w przypadku uznania, iż zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ze względu na wartość gospodarczą jaką posiadają dla wykonawcy, należy badać skuteczność ich zastrzeżenia. Na takim stanowisku stanęła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 477/20) Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.[...]. Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana ex ante, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, załączone do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazy oraz referencje, nie zostały zastrzeżone skutecznie.

Izba wskazuje, iż zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z wyżej powołanymi przepisami ustawy Pzp „Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin zastrzeżenia został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem. Przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarczy więc stwierdzenie,

że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Nie jest rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne. Obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą” (wyrok z dnia 9 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1383/21).

Izba zwraca uwagę, iż w ocenie dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców, w zakresie TP, należy odróżnić dwa zasadnicze obszary, tj. pierwszy z obszarów dotyczy informacji zastrzeżonych TP, które faktycznie mogą przenosić specyficzne i konkurencyjne informacje i rozwiązania proponowane (oferowane przez wykonawców). Drugi z obszarów to wykazanie przez wykonawcę, że informacje z pierwszego obszaru, na taką ochronę zasługują.

Izba, pozostając w granicach stawianych zarzutów, oceniała jedynie merytoryczny zakres drugiego obszaru, stwierdzając w konsekwencji, iż przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych treści. W ocenie Izby, zastrzeżenia TP poczynione przez wykonawcę są lakoniczne, w zasadzie odnoszące się do przepisów regulujących te kwestie. Stwierdzona przez Izbę ogólnikowość twierdzeń wykonawcy może

de facto zostać przyporządkowana do każdego innego postępowania, a zdaniem Izby zastrzeżenie TP określonych treści musi być niejako dedykowane dla danego, konkretnego postępowania.

Za zamawiającym podnieść należy, iż części dotyczącej Wykazu osób, wykonawca informuje, że „Wykaz osób uczestniczących w realizacji zamówienia zawiera informacje mające istotną wartość gospodarczą” (...) „informacje te nie są jako całość ujawnione do wiadomości publicznej (nie są znane ogółowi), nie są również jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób”. Następnie Wykonawca wskazuje, że „nie publikuje powyższych informacji na swojej stronie internetowej, nie podaje ich do publicznej wiadomości w prasie czy serwisach społecznościowych” (...) „Wiedzą na temat tych informacji dysponuje jedynie pewien ograniczony krąg osób, zobowiązanych do poufności w tej sprawie, jak pracownicy lub inne osoby, które zostały zobowiązane do zachowania poufności”. Przytoczone wypowiedzi wykonawcy nie zostały poparte dowodami, wszystkie oświadczenia i informacje zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są gołosłowne. Wykonawca nie przedstawił dowodów, które w sposób wystarczający potwierdzałyby podjęcie kroków w celu utrzymania informacji zawartych w przedłożonych dokumentach w tajemnicy. Przedstawione przez wykonawcę „Zobowiązanie Pracownika do zachowania Tajemnicy Zawodowej i Poufności” jest jedynie szablonem i nie sposób stwierdzić, czy kiedykolwiek zostało zawarte.

Podobnie wygląda uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące wykazu usług świadczonych na rzecz podmiotów prywatnych wraz z referencjami. Wykonawca stwierdza, że „utajniona część oferty dotyczy referencji zdobytych na rynku prywatnym, które podlegały tajemnicy przedsiębiorstwa od samego początku ich zrealizowania, informacje te nie były nigdy ujawnione przez Wykonawcę, jak i przez zleceniodawcę usług. Jest to bowiem informacja handlowa posiadająca wartość gospodarczą i mająca istotne znaczenie dla prowadzonej przez nas działalności, w tym dla naszej pozycji na rynku. Wiedza jaką może uzyskać zainteresowany podmiot po zapoznaniu się z utajnioną przez nas częścią oferty, umożliwić mu może zapoznanie się z różnymi aspektami naszej działalności, a także prześledzenie naszej aktywności gospodarczej (...)”. Następnie, Wykonawca w jednym zdaniu opisał, jakie działania podjął w celu zachowania w poufności informacji, tj. poprzez podpisanie przez współpracujące podmioty umów dotyczących poufności. Wykonawca nie starał się wykazać, w jaki sposób zabezpieczył powyższe informacje, zacytował jedynie część zapisów z umowy. W żaden sposób nie udowodnił, że umowy zostały podpisane, nie załączył do wyjaśnień np. zanonimizowanych umów, o których wspomina.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej przedstawionym w wyroku z dnia 26 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 698/21, „powołanie się na możliwość „podkupienia” osób wskazanych w Wykazie Kierowników, posiadających fachową wiedzę, nie jest argumentem wystarczającym, aby mówić o wykazaniu wartości gospodarczej. W Wykazie Kierowników wykonawcy zobowiązani byli ujawnić ograniczoną ilość informacji, tj. imię i nazwisko kilku osób, opis fragmentu ich doświadczenia zawodowego, podstawy dysponowania przez wykonawcę daną osobą, kwalifikacje (wykształcenie, uprawnienia budowlane) i proponowane stanowisko w ramach przedmiotowego zamówienia. Istotnym było również to, że nie należało ujawniać całego doświadczenia zawodowego określonej osoby, ale wyłącznie jej doświadczenie w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje wykonawca. Zakres ten był więc bardzo ograniczony. Argumentacja wykonawcy odnośnie wartości gospodarczej ww. informacji jest ogólna i lakoniczna. Przystępujący (.) powoływał się jedynie na obawę „podkupienia” personelu o specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu. Nie wskazał natomiast, czy i jak, jeżeli tak, to kiedy, wykonawca zetknął się z praktyką podkupywania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawił też żadnego dowodu. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazał, aby wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. Argumentacja dotyczące wartości gospodarczej jaką jest stworzenie zespołu osób wskazanych w Wykazie Kierowników, dobranych w oparciu o szczególne doświadczenie, wraz z dowodami na jej poparcie, została przez Przystępującego (.) podniesiona i przedstawiona dopiero podczas rozprawy. Jednakże z uwagi na fakt, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert, Izba uznała argumentację Przystępującego (.) wraz z dowodami w tym zakresie, za spóźnioną. Odnosząc się natomiast wprost do argumentu Przystępującego (.) w zakresie obawy przed „podkupieniem” osób wskazanych w Wykazie Kierowników, należy podkreślić, iż w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Okoliczność, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany

pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych) jest praktyką powszechną, dotyczącą każdej branży, nie tylko rynku budowlanego. W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę np. odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, korzystnych warunków zatrudnienia a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia, w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe. Izba w pełni podziela utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że informacja o charakterze gospodarczym może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Dlatego wartość tę należy wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie ogółem zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Tym samym argumentacja Przystępującego (.), dotycząca ryzyka związanego z ujawnieniem informacji na temat imion i nazwisk, opisu fragmentu doświadczenia, oraz obawy przed "podkupieniem" osób wskazanych w Wykazie Kierowników, bez jego wykazania nie jest wystarczająca dla stwierdzenia, że stanowi ona wartość gospodarczą. Izba podkreśla również, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa brak jest wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu utrzymania poufności informacji zawartych w Wykazie Kierowników. Przystępujący (.) powołał się na obowiązujące u niego procedury oraz dokumenty: Deklarację Stosowania Bezpieczeństwa Informacji oraz Politykę Bezpieczeństwa Informacji, a także wskazał osoby, które miały dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i zostały zobowiązane do zachowania tych informacji w tajemnicy - choć na tą okoliczność nie złożył żadnego dowodu. Ponadto, w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, poza obszernym odniesieniem się do orzecznictwa sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej brak jest merytorycznego wykazania zachowania w poufności informacji zawartych w Wykazie Kierowników. Z załączonych dokumentów: Deklaracji Stosowania Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityki Bezpieczeństwa Informacji, poza ogólnikowymi odniesieniami do wewnętrznych procedur związanych z klasyfikacją informacji, sposobem jej przechowywania, przetwarzania, udostępniania i usuwania oraz celu polityki bezpieczeństwa

informacji, również nie wynika jakie konkretne działania podjął Przystępujący (...) w celu utrzymania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa

w poufności. Tymczasem dysponentem powyższych informacji nie jest wyłącznie Przystępujący (.), który sporządził Wykaz Kierowników na potrzeby danego postępowania, ale także dany ekspert oraz podmiot, dla którego realizowane było zadanie wskazane w wykazie, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Informacje te nie stanowią bowiem wyłącznej wiedzy wykonawcy, który sporządził wykaz, zatem nie można uznać, iż nie zostały ujawnione do wiadomości innych osób lub podmiotów skoro same osoby mogą dowolnie informować o posiadanym przez siebie doświadczeniu. Przystępujący (.) nie wykazał, aby wobec tych osób lub podmiotów, stosował praktyki zawarcie umów na wyłączność, czy w ramach zawieranych umów wprowadzał postanowienia dotyczące zakazu konkurencji, ani żadnych innych podobnych procedur, poprzez które informacje wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostałyby ujawnione. Ponadto, należy wskazać, że zgodnie

z przyjętym orzecznictwem, Ustawodawca w art. 8 ust. 3 p.z.p. wymaga "wykazania" również przesłanki zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Oznacza to, że wykonawca powinien złożyć np. dokumenty (regulaminy, zarządzenia, umowy z kontrahentami), które odnosiłyby się do tego rodzaju informacji, jakie zostały przez niego zastrzeżone i z których wynikałoby m.in.: że rzeczywiście umowy z kontrahentami (których oferty/faktury zostały zastrzeżone) zawierają klauzule o poufności, że rzeczywiście są rejestrowane i identyfikowane wejścia do bazy informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (i że w bazie tej są przechowywane informacje zastrzeżone w tym postępowaniu), że stosowana jest zasada "need to know", że stosowany jest monitoring i ograniczenie pracowników do "ważnych" pomieszczeń (jakich i jaki jest związek tych pomieszczeń z zastrzeżonymi w tym postępowaniu informacjami). Innymi słowy: wykonawca powinien przedstawić dowody na rzeczywiste zachowywanie poufności w stosunku do informacji zastrzeżonych w danym postępowaniu. Oświadczenia i deklaracje nie mogą być zaś uznane za "wykazanie" przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k".

Biorąc pod uwagę ustalony w toku sprawy stan rzeczy, Izba stwierdziła, że dowody złożone na rozprawie przez przystępującego, należało uznać za spóźnione względem treści wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa (TP) złożonego zamawiającemu za pismem z dnia 6 lutego 2022 roku.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy.

Łączna wysokość wszystkich kosztów postępowania odwoławczego wyniosła 18 600,00

zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 15 000,00 zł (wpis od odwołania), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 14 880,00 zł ($18\,600,00 / 5 \times 4$). Wobec powyższego od przystępującego na rzecz odwołującego zasądzono kwotę 120,00 zł, stanowiącą różnicę między kosztami dotychczas poniesionymi przez odwołującego, a kosztami, za jakie odwołujący odpowiadał w świetle wyniku postępowania.

Przewodniczący: