Sygn. akt: KIO 1306/22

WYROK

z dnia 31 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2022 r. przez wykonawcę Pro-Holding Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, Sękocin Stary, Raszyn

przy udziale wykonawcy ASSECO Poland S.A., z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu - Zakładowi Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, Sękocin Stary, Raszyn dokonanie (i) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odtajnienie następujących dokumentów złożonych przez wykonawcę Asseco Poland S.A. w postępowaniu: wykazu usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, wykazu osób, uzasadnienia zastrzeżenia w/w dokumentów wraz ze złożonymi załącznikami.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, Sękocin Stary, Raszyn części 1/2 oraz odwołującego w części 1/2 i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Pro-Holding Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

3.2 zasądza od zamawiającego Zakładu Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, Sękocin Stary, Raszyn na rzecz wykonawcy Pro-Holding Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie:

siedem tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1306/22

UZASADNIENIE

W dniu 16 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Pro - Holding sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Zakładom Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, Sękocin Stary, Raszyn (dalej „Zamawiający") naruszenie: (i) art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów przedłożonych na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę Asseco Poland S.A. (dalej: „Asseco"), w szczególności: wykazu usług, dowodów, że wskazane usługi zostały wykonane należycie, 3) wykazu osób, oraz załącznika do uzasadnienia objęcia części dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa oraz brak wyjaśnienia posiadanych przez Zamawiającego informacji o nienależytym wykonaniu zamówień wskazanych przez Asseco na potwierdzenie spełniania warunków; (ii) art. 126 ust. 1 w związku z art. 128 ust 1 oraz art. 226 ust 1 pkt 2 lit c) Pzp poprzez bezpodstawne wydłużenie terminu wyznaczonego na złożenie podmiotowych środków dowodowych, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Wykonawcy Asseco do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (iii) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez wybór oferty Asseco jako najkorzystniejszej w sytuacji, kiedy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności odnoszących się do wymaganego doświadczenia; (iv) art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w związku z art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo tego że dokonane przez wybranego Wykonawcę zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było niezasadne i miało na celu uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikację jego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji i dokumentów złożonych przez Asseco Poland S.A. w Postępowaniu pomiędzy 18.03.2022 r. a 10.05.2022 r. i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.: 1) wykazu usług, 2) dowodów, że wskazane usługi zostały wykonane należycie, 3) wykazu osób, 4) oraz załącznika do uzasadnienia objęcia części dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez Asseco Poland S.A., powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w niniejszym Postępowaniu. Również wykonawca Asseco złożył ofertę w Postępowaniu. Zamawiający dwukrotnie wykluczył Asseco z postępowania oraz dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W wyniku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę Asseco, Zamawiającemu nakazano unieważnienie czynności wykluczenia Asseco z Postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert (sygn. akt KIO 2905/21 i KIO 566/22). Odwołujący przystąpił do obu postępowań po stronie Zamawiającego i przedstawiał argumentację przemawiającą za

odrzuceniem oferty złożonej przez Asseco.

Odwołujący wskazał, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.03.2022 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 566/22 nie jest prawomocny. Odwołujący skorzystał z prawa do zaskarżenia wyroku do Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Zamówień Publicznych. Sprawa nie została jeszcze rozpoznana przez Sąd. Nie czekając na rozstrzygnięcie sprawy przez Sąd, Zamawiający w dniu 04.05.2022 r. dokonał czynności wyboru oferty złożonej przez Asseco jako najkorzystniejszej. Odwołujący w dniu 05.05.2022 r. złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie załączników do protokołu Postępowania powstałych od dnia 18.03.2022 r., w tym wezwań Zamawiającego oraz odpowiedzi i innych pism złożonych przez Asseco. Zamawiający pismem z dnia 10.05.2022 r. częściowo uwzględnił wniosek Odwołującego. Jednakże wskazał, że w zakresie przedłożonych przez Asseco: informacji z Banku, wykazu usług, dowodów należytego wykonania usług, wykazu osób oraz załącznika do uzasadnienia objęcia części dokumentów o stwierdził, że dokumenty te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Asseco, w związku z czym odmawia ich udostępnienia.

Zarzut dot. naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje spełniające kumulatywnie trzy przesłanki:

- mają określony charakter, czyli są informacjami technicznymi, technologicznymi czy organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą;

- informacje te 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,

- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zdaniem Odwołującego nawet jeśli dane informacje spełniają wszystkie elementy omówionej wyżej tajemnicy przedsiębiorstwa, do ich skutecznego zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie tego przez wykonawcę. Odwołujący podkreślił, że wykonawcy podejmując decyzję o udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, muszą uwzględniać fakt, że podając określone informacje dotyczące np. spełniania warunków udziału w postępowaniu czy też warunków przedmiotowych, będą musieli te informacje ujawnić, chyba że faktycznie będą w stanie w sposób niezbity wykazać, że informacje te są ich tajemnicą i słusznie powinny być chronione. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 185/19.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia takiej tajemnicy - w wyroku z 21 listopada 2019 r., KIO 2263/19, Izba potwierdziła przyjmowaną powszechnie interpretację, że badanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. W każdej sytuacji, gdy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane nieprawidłowo - zamawiający zobowiązany jest do odtajnienia tych informacji, bez wzywania wykonawcy do dalszych wyjaśnień. Wykonawcy zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa często sporządzają wyjaśnienia ilościowo obszerne, jednak o charakterze ogólnikowym, do wykorzystania w praktycznie każdym postępowaniu, bez żadnych dowodów i wykazania, jakie skutki dla wykonawcy takie ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa może spowodować. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 90/17, 12/17, KIO 1460/17, KIO 1705/19, KIO 1281 /18.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy zastrzegają informację o zrealizowanych usługach, dostawach czy robotach budowlanych, powołując się najczęściej na klauzule poufności. KIO

stoi w tego typu sytuacjach na stanowisku, że samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że hasłowe podanie ogólnikowych stwierdzeń ma za zadanie uniemożliwienie konkurencji weryfikacji sposobu kalkulacji ceny wykonawcy (wyroki: KIO 1933/19 z 15 października 2019 r. czy KIO 1878/19 z 10 października 2019 r.).

Wykonawca powinien zatem każdorazowo, w odniesieniu do każdej wykazanej umowy, którą chce zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawić zobowiązanie do zachowania poufności. Wykonawca powołał się na wyrok o sygn. akt KIO 2368/18.

W ocenie Odwołującego, z analizy dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, którego ustalenia zachowały swoją aktualność można wywieść, że zakres dokonanych przez Asseco zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa był i jest nieuzasadniony. Dotyczy to w szczególności:

1) wykazu usług,

2) dowodów, że wskazane usługi zostały wykonane należycie,

3) wykazu osób,

4) uzasadnienia objęcia części dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazał, że adresatami referencji jest nieograniczony krąg podmiotów. Referencje są bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które są zainteresowane ich treścią. Referencje są dokumentem, w którym podmiot wystawiający oświadcza wobec nieograniczonej i nieoznaczonej liczby podmiotów, że określony podmiot (wykonawca) należycie wykonał określone zadanie. Tym samym już z definicji referencji wynika, że są one kierowane do wszystkich podmiotów, które mogą być zainteresowane poznaniem ich treści. W treści przedmiotowych referencji Przystępującego nigdzie nie zostało wskazane, że ich treść ma charakter poufny i nie mogą być one okazywane podmiotom trzecim. Brak jest zastrzeżenia poufności w treści tych referencji lub zastrzeżenia, że ich okazaniem podmiotom trzecim każdorazowo wymaga zgody podmiotów wystawiających referencje. Co więcej, w treści tych dokumentów znajdują się jedynie informacje na temat podmiotu wystawiającego referencje, zadania, jakie zostało wykonane i ogólne nazwy. Dokumenty referencji potwierdzają należyte wykonanie zadania. Zawierają ocenę sposobu wykonania zadania. Nie sposób więc uznać, aby tego rodzaju informacje, jakie znalazły się w referencjach przedstawionych przez Przystępującego, miały charakter poufny lub mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, nie podjęli nawet próby wykazania, że referencje zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub jakimkolwiek innym charakterze, który mógłby podlegać ochronie. W stosunku do żadnego z tych dokumentów nie wykazano, że podjęto jakiekolwiek działania celem ich utajnienia. Tym samym, nie spełniono podstawowych przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a których spełnienie jest niezbędne, aby dane informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2784/14, w którym Izba wskazał, że należy zaznaczyć, że to jakie doświadczenie posiadają określone osoby fizyczne, w realizacji jakich inwestycji uczestniczyli jest ich własną sprawą, o podlegającej ich wyłącznej dyspozycji, pozostającą poza wykonawcą. Dysponentem tej informacji jest zatem posiadacz tego doświadczenia, przy czym sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać. Trudno też zaakceptować pogląd, że specjaliści wskazani w wykazie nie komunikują swojego doświadczenia i wiedzy na zewnątrz. Naturalnym bowiem jest, że osoby te upowszechniają swoje zawodowe osiągnięcia bądź to w pracy naukowej, publikacjach bądź to w celu uzyskania kolejnych zleceń. Trudno więc uznać, że informacja o doświadczeniu zawodowym danego specjalisty jest informacją poufną, do której dostęp ma ograniczona i określona liczba osób. Dlatego też w ocenie Izby fakt, że w wykazie osób zamieszczone są informacje o nazwie inwestycji w trakcie której zostało nabyte doświadczenie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, a dysponentem tej informacji jest dany specjalista, nie zaś wykonawca, który sporządził wykaz. Dalej należy wskazać, że żaden z wykonawców nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Wykonawcy podkreślali w sposób ogólny, że wartością gospodarczą jest wiedza fachowa specjalistów wymienionych w wykazach, oraz że dane zamieszczone w wykazie mają

charakter handlowy i organizacyjny, a tym samym posiadają wartość gospodarczą. Nie sposób zgodzić się z przedstawioną argumentacją. Po pierwsze, za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania danej informacji za organizacyjną czy handlową należy przypisać jej wartość gospodarczą. Ustawodawca w art. 11 ust. 4 UZNK wskazał, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacji ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Samo zakwalifikowanie określonej informacji do kategorii informacji handlowych czy organizacyjnych nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Dalej Izba wskazuje, że wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać się do współpracy na użytek jedynie danego postępowania (a dokładniej: złożenia oferty) - w takim bowiem wypadku, z chwilą złożenia ofert wartość ta przestawałaby istnieć. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie. Ponadto, w odniesieniu do wykazu osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia, zasadnym jawi się pytanie, czy wartością gospodarczą miałoby w tym wypadku być zestawienie osób o określonych kwalifikacjach, doświadczeniu (stworzenie zespołu, jako pewnej struktury, która jako całość wyraża pewien walor organizacyjny), czy też może istnienie między danym wykonawcą a poszczególnymi osobami relacji, które skutkują ich wzajemną współpracą. W pierwszym wypadku mielibyśmy jednak, do czynienia na gruncie analizowanej sprawy z zespołem stworzonym ad hoc, dla potrzeb określonego postępowania, spełniających postawione w nim wymagania, przez co trudno rozpatrywać tę sytuację, jako wyrażającą wartość gospodarczą w innym zakresie, aniżeli odnosząca się do konkretnego postępowania, a w istocie stanowiąca koszt przygotowania oferty. W drugim wypadku, jeśli wartością podlegającą ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa miałaby być informacja o tym, że wykonawca współpracuje z daną osobą a wartość tej informacji wyrażać się ma w ewentualnej szkodzie, jaką wykonawca mógłby ponieść w razie zerwania współpracy przez tę osobę (na co wskazywali wszyscy trzej wykonawcy), względnie - w wyniku jej odejścia do konkurencji (wzbogacenie konkurencji o tę osobę i tym samym podniesienie jej konkurencyjnej pozycji na rynku), to należy wskazać, że właściwym narzędziem zabezpieczenie się przez wykonawcę przed utratą danego specjalisty byłoby na przykład zawarcie umów co z tymi osobami "na wyłączność", czy wprowadzenie w ramach porozumień o kreujących wzajemne stosunki odpowiednich postanowień dotyczących zakazu konkurencji. W takich wypadku te porozumienia powinny zabezpieczać interesy wykonawców. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia w świetle zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznaje za działanie nieprawidłowe i niewłaściwe.

Ponadto Odwołujący wskazał, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 czerwca 2018 r. XXIII Ga 95/18 LEX nr 2601187). Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2498/18). W innym wyroku Izba orzekła jeszcze bardziej dosadnie: „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” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2314/18). Odwołujący wskazał, że dodatkowo w przypadku chęci zastrzeżenia także treści samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, literalna interpretacja art. 18 ust. 3 Pzp nakazuje wykonawcy przedstawienie do nich kolejnego wyjaśnienia (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1229/15). Wykonawca Asseco tego nie uczynił, przez co nie może skutecznie powołać się na prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2033/19.

Zarzut dot. naruszenia innych podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 16. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny. Sytuacja, w której Zamawiający pomimo ciążącego na nim w tym zakresie obowiązku nie odtajnia bezzasadnie poważnie narusza powyższe zasady. Zgodnie z ustaleniami doktryny zasada przejrzystości (...) oznacza, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania, prowadząc odpowiednią dokumentację czynności podejmowanych w związku z postępowaniem. Ponadto zgodnie z tą zasadą zamawiający

przekazuje wykonawcom, zgodnie z wymaganiami w tym zakresie określonymi przez Pzp, informacje o podejmowanych w postępowaniu decyzjach. Przejrzystość w odniesieniu do decyzji zamawiającego oznacza zaś, że motywy, którymi kieruje się zamawiający podejmując te decyzje, albo wynikają z zasad określonych w dokumentach postępowania, albo z uzasadnienia przez zamawiającego tych decyzji w dokumentach postępowania i są niezmienne w toku prowadzonego postępowania. Zasada przejrzystości stanowi swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę. (...) Zasada przejrzystości gwarantuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (...) Zamawiający, realizując zasadę przejrzystości poprzez przekazywanie informacji wymaganych przez Pzp, umożliwia korzystanie przez wykonawcę m.in. z prawa do posiadania pełnej wiedzy w zakresie tego, jakimi przesłankami kierował się zamawiający, oceniając jego ofertę i inne oferty i dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty. ” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. H. Nowak, M. Winiarz s. 154).

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowej sprawie bezpodstawna odmowa udostępnienia informacji nie pozwala na zweryfikowanie kompletności i zgodności ze stanem faktycznym podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę Asseco. Wykonawca może jedynie domyślać się, że dokumenty te nie są wystarczające lub nie odpowiadają istniejącemu w sprawie stanowi faktycznemu. Dla poparcia powyższego zarzutu Odwołujący wskazał na znajdujące się w protokole postępowania informacje o naliczeniu Asseco kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy. Pomimo tego Asseco wykazało te zamówienia w wykazie doświadczenia jako należycie wykonane. W ocenie Odwołującego, już ta okoliczność powinna spowodować weryfikację przez Zamawiającego oświadczeń składanych przez tego wykonawcę. W przypadku bowiem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający zobowiązany jest do szczególnej staranności wyjaśnienia wszelkich istniejących w sprawie wątpliwości- co w niniejszej sprawie nie o miało miejsca. Dotyczy to w szczególności doświadczenia Wykonawcy i przedmiotowych środków dowodowych. W ocenie Odwołującego jedynym powodem ich zastrzeżenia było uniemożliwienie weryfikacji rzeczywistego zakresu lub terminu wykonania tych usług - ewentualnie ich należyte wykonanie.

Zarzut dotyczący bezpodstawnego wydłużenie wyznaczonego terminu, a w konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 126 ust. 1 PZP Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wyznaczył termin na dzień 1 kwietnia 2022 r. Ustawa nie przewiduje możliwości zmiany wyznaczonego terminu. W sytuacji, w której wyznaczony termin nie został dotrzymany Pzp przewiduje, obowiązek wezwania wykonawcy odpowiednio do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie brakujących podmiotowych środków dowodowych (art. 128 ust 1 Pzp). Powyższe obarczone jest sankcją odrzucenia - art. 226 ust 1 pkt 2 lit c). W konsekwencji Zamawiający nie miał prawa uwzględnić wniosku Wykonawcy Asseco o wydłużenie terminu na złożenie przedmiotowych środków dowodowych. Tymczasem zamawiający dwukrotnie dokonał tej czynności (pismami z dnia 1 i 5 kwietnia).

Zarzut dotyczący zaniechanie odrzucenia oferty Asseco pomimo tego, że dokonane przez tego Wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa były niezasadne i miały na celu uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikację jego oferty.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z ustaleniami orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: „Kwestia zasadności utajnienia informacji przedsiębiorstwa to nie kwestia rodzaju informacji, tylko jej znaczenia dla przedsiębiorstwa, których ujawnienie może narazić na straty danego wykonawcę. Kwestii tej nie można utożsamiać z zasadą konkurowania wykonawców w postępowaniu (...) Zamawiający, który stwierdzi oczywisty brak zasadności zastrzeżenia w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa winien rozważyć możliwość odrzucenia takiej oferty (...) w przypadku kiedy z analizy podstaw zastrzeżenia możliwe będzie wywiedzenie, iż zastrzeżenie było niezasadne i miało na celu uniemożliwienie innym wykonawcom

weryfikacji danej oferty to Zamawiający winien dokonać jej odrzucenia (...) uznając iż dokonane zastrzeżenia stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji" (wyrok KIO z 9 stycznia 2018 r., KIO 2633/17). Uwzględniając zakres zastrzeżeń dokonanych przez Asseco w przedmiotowym postępowaniu należy stwierdzić, że ich jedynym celem było uniemożliwienie innym wykonawców weryfikacji oferty tego wykonawcy. Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Asseco na podstawie art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp, czego jednak zaniechał.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie i rozwój Systemu LAS przez okres 24 miesięcy".

Izba ustaliła, że wykonawca Asseco złożył ofertę w/w postępowaniu.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 22 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Asseco na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w SWZ (Rozdział II podrozdział 10 SWZ), w tym m.in.:

> • W celu spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale II podrozdziale 7 pkt 7.4. ppkt. 7.4.1 SWZ wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.
>
> W celu spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale II podrozdziale 7 pkt 7.4.
>
> i) ppkt. 7.4.2 SWZ wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Izba ustalił, że Zamawiający wyznaczył termin na złożenia dokumentów nie później niż do dnia 1 kwietnia 2022 r.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 31 marca 2022 r. wykonawca Asseco wniósł o przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów. Zamawiający wyraził zgodę i pismem z dnia 1 kwietnia 2022 r. poinformował wykonawcę Asseco o przedłużeniu terminu do dnia 6 kwietnia 2022 r. Izba ustaliła, że pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r. wykonawca Asseco ponownie wystąpił o przedłużenie terminu złożenia dokumentów. Zamawiający pismem z dnia 6 kwietnia przedłużył termin do dnia 8 kwietnia 2022 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 7 kwietnia 2022 r. poinformował wykonawców, że w związku z Wyrokiem KIO z dnia 18 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt. KIO 566/22 Zamawiający dokonał unieważnienia następujących czynności w ww. postępowaniu: wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Wykonawcy Asseco Poland S.A.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 kwietnia 2022 r. wykonawca Asseco złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty tj. Informacja z Krajowego Rejestru Karnego, Oświadczenie Wykonawcy - grupa kapitałowa, Zaświadczenie US, odpisu z KRS, oświadczenia Wykonawcy - aktualność informacji, informacja z Banku - tajemnica przedsiębiorstwa, wykaz usług - jawny, wykaz usług - tajemnica przedsiębiorstwa, dowody, że wskazane usługi zostały wykonane należycie - jawne, dowody, że wskazane usługi zostały wykonane należycie - tajemnica przedsiębiorstwa, wykaz osób - jawny, wykaz osób - tajemnica przedsiębiorstwa, uzasadnienie objęcia części dokumentów Tajemnicą Przedsiębiorstwa wraz z załącznikiem - załącznik do uzasadnienia objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że wykonawca Asseco zastrzegł w Wykazie osób - dane osobowe i wykształcenie, w Wykazie usług - 2 usługi wraz z referencjami, część uzasadnienia objęcia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa i załączniki do uzasadnienia oraz Informację z Banku. Zamawiający uznał, że zastrzeżenie w/w informacji jest zasadne.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się częściowe zasadne. Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 - 3 ustawy Pzp i w tym zakresie uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnić dokumenty wnioskowane przez Odwołującego.

Izba wskazuje na wstępie, że podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawność postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek i jako taki winien być stosowany ściśle. 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 wyłączenie 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 wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że warunkiem sine qua non do uznania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest w pierwszej kolejności zastrzeżenie przez wykonawcę takich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz równoczesne wykazanie przez wykonawcę, iż spełniały się ustawowe przesłanki do ich zastrzeżenia. Niedochowanie takie trybu ochrony informacji i bez wykazania przez wykonawcę przesłanek ich zastrzeżenia, skutkuje ich ujawnieniem przez zamawiającego.

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. W dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawieUZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zmawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji dokumentów złożonych w postępowaniu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym, Izba uznała, że wykonawca Asseco nie wykazał przesłanek koniecznych do zastrzeżenia jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa dokumentów w postaci: wykazu usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, wykazu osób, uzasadnienia zastrzeżenia w/w dokumentów wraz ze złożonymi załącznikami.

Odnosząc się w pierwszej kolejności to dokumenty stanowiącego Wykaz wykonanych usług (załącznik nr 6), Izba uznała, że wykonawca Asseco nie wykazał, iż informacje zawarte w Wykazie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Po pierwsze, okoliczność, iż umowy wskazane w Wykazie zostały wykonane na rzecz podmiotów niepublicznych nie uzasadnia sama w sobie uznania ich za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Przepis art. 11 UZNK nie kwalifikuje informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwo w oparciu o status kontrahenta wykonawcy. Ponadto, w treści Wykazu wskazany jest Grupa Lotos S.A., która jest spółką publiczną, nie prywatną. Po drugie, wykonawca Asseco nie złożył Zamawiającemu, ani Izbie żadnych umów z podmiotami wskazanymi w Wykazie na potwierdzenie twierdzeń zawartych w uzasadnieniu. Po trzecie, zdaniem Izby wykonawca Asseco nie wykazał w treści uzasadnienia jaką obiektywną wartość gospodarczą mają informacje zwarte w Wykazie. Izba wskazuje, że w Wykazie podana jest nazwa podmiotu na rzecz którego są/były realizowane usługi, wymagana przez Zamawiającego i wskazane w treści SWZ wartość umowy, wskazanie nazwy systemów i bardzo ogólny opis wykonywanych usług, który częściowo pokrywa się z opisem wymagań wskazanych w SWZ. Wykonawca Asseco w uzasadnieniu wskazał, że jest to „unikatowy" zbiór informacji, nieodstępny publicznie, wskazują portfel kontrahentów, ich ujawnienie pozwoli na przeprowadzenie analizy udziału wykonawcy w rynku, możliwości technicznych i organizacyjnych. W żaden sposób nie można zgodzić ze stanowiskiem wykonawcy Asseco. Należy wskazać, że okoliczność zestawienia określonych informacji w dokumencie/wykazie, który nie jest publicznie dostępny nie oznacza automatycznego przypisania takiemu zestawieniu obiektywnej wartości gospodarczej. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie wartości gospodarczej informacji, to każdy dokument przygotowany przez wykonawcę mógłby być uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca wymaga jednakże wykazania przez przedsiębiorcę, że takie zestawienie informacji ma obiektywną wartość gospodarczą, która ujawniona innym podmiotem działającym na rynku może przynieść potencjalną szkodę wykonawcy. W analizowanym stanie faktyczny wykonawca Asseco nie wykazał na czym polega to „unikatowe" zestawienie informacji. Zestawienie zostało przygotowane w oparciu o wytyczne wskazane w SWZ. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób ujawnienie takiego zestawienia informacji narazi go na utratę pozycji rynkowej. Jest wiedzą oczywistą, że Asseco jako jeden z największych podmiotów na rynku

IT realizacji szereg umów na rzeczy podmiotów publicznych i prywatnych. W jaki konkretnie sposób ujawnienie nazwy dwóch z nich miałaby umożliwić konkurencji przeprowadzenie analizy udziału wykonawcy w rynku nie zostało nawet opisane przez wykonawcę Asseco. Podobnie, przekazanie informacji o nazwie systemów czy zakresu wykonanych prac, wynikających ze SWZ również zdaniem Izby nie ma obiektywnej wartości gospodarczej, która może posłużyć konkurentom w osłabieniu pozycji rynkowej Asseco czy wzmocnieniu pozycji rynkowej konkurenta. Ponadto Izba wskazuje, że w części tajnej zastrzeżenia wykonawca wskazał szacowną wartość umów z podmiotami wskazanymi w wykazie, wskazując, że ujawnienie współpracy pomiędzy nim a tymi podmiotami narazi wykonawcę na ryzyko nienależytego wykonania umowy oraz ryzyko zaprzestania współpracy. W tym zakresie, Izba wskazuje, że wykonawca Asseco w żadnym dokumencie nie ujawnił treści postanowień umownych. To co wykonawca ujawnił to nazwę podmiotu i fakt zawarcia z nim umowy oraz swój subiektywny opis zakresu wykonanych/wykonywanych usług. W żadnym miejscu Izba nie odnalazła odniesienia do jakiegokolwiek postanowienia umownego. Ponadto, Izba podkreśla raz jeszcze, że wykonawca Asseco żadnych umów nie złożył ani Zamawiającemu, ani Izbie. Stąd też jego opinie i twierdzenia co do możliwości ujawnienia określonych faktów związanych z realizacją usług są nieweryfikowalne. Treść i zakres zobowiązania poufności jest bowiem nieznany. Ponadto, podkreślić należy, że o tym czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie decyduje objęcie jej klauzulą poufności, co umyka wykonawcy Asseco w całej rozciągłości. Wykonawca ma obowiązek wykazać jej wartość gospodarczą. Tymczasem wykonawca Asseco upatruje tej wartości gospodarczej w nadaniu jej charakteru poufnego w umowie. Sam fakt współpracy spółki publicznej jaką jest Asseco na rynku z innymi podmiotami nie stanowi, zdaniem Izby, tajemnicy przedsiębiorstwa. Nawiązywanie relacji handlowych jest elementem działalności gospodarczej każdego podmiotu. Wykonawca Asseco w treści uzasadnienia nie wykazał żadnych wyjątkowych, specyficznych uwarunkowań związanych z taką współpracą, które mogłaby uzasadniać słuszność decyzji wykonawcy co do objęci takich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby okolicznością powszechnie znaną jest fakt zamieszczania przez wykonawców na stronach internetowych i w prasie informacji o zrealizowanych przez nich inwestycjach i posiadanym doświadczeniu. Wykonawca Asseco nie wykazał, że informacji dotyczące inwestycji wskazanych w wykazie nie były wcześniej ujawniane. Co więcej wykonawca nie złożył nawet umów, na podstawie których można byłoby zweryfikować zasadność podnoszonych przez niego twierdzeń.

Podobnie w odniesieniu do złożonych referencji, Izba również uznała, że wykonawca Asseco nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej. Po pierwsze, Izba wskazuje, że w treści złożonych referencji brak jest adnotacji, że ich treść czy też wybrane informacje są objęte klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa. W treści obu dokumentów brak jest jakichkolwiek zastrzeżeń. Już ta okoliczność, zdaniem Izby, powoduje, że treść referencji została niezasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podmiot bowiem, który wystawił referencje nie wskazał w jej treści, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej ta okoliczność potwierdza również niezasadność zastrzeżenia wykazu usług, który, zdaniem Izby, zawiera mniej informacji dotyczących zakresu wykonanych zamówień niż zawartych w referencjach. Gdyby rzeczywiści było tak, jak twierdzi wykonawca Asseco, że strony umowy są związane rygorystyczną klauzulą poufności zakazującą ujawnienia jakichkolwiek informacji związanych z realizacji umów, to podmioty na rzecz których wykonywane są lub były takie umowy zastrzegłby treść referencji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co więcej, w jaki sposób pozytywna informacja znajdująca się w referencji o prawidłowym wykonaniu umowy przez Asseco miałaby zostać wykorzystana przez konkurentów ze szkodą dla wykonawcy Asseco jest dla Izby tajemnicą, której wykonawca Asseco nie zdołał wyjaśnić. Zdaniem Izby, wykonawca Asseco poza ogólnymi stwierdzeniami o wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów w żaden sposób nie wykazał takiej obiektywnej wartości.

Izba wskazuje również, że okolicznością znaną Izbie z urzędu jest to, iż wykonawca Asseco Poland jest spółka publiczną. Zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Dz.U. UE L 173/1 z dnia 12 czerwca 2014 roku), spółki publiczne zobowiązane są do publikowania wszystkich informacji poufnych. Wykonawca Asseco nie udzielił wystarczającej odpowiedzi na pytanie Izby czy zastrzeżone informacje, którym wykonawca nadaje status informacji poufnych, o szczególnym istotnym znaczeniu dla swojej działalności były objęte obowiązkiem raportowania.

W zakresie zastrzeżenia Wykazu osób składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób niezasadny zaniechał

odtajnienia Wykazu. W uzasadnieniu złożonym przez wykonawcę Asseco, wykonawca nie wykazał, zdaniem Izby, zasadności utajnienia informacji zawartych w wykazie. W ocenie Izby, utajnienie informacji podlegających ocenie w ramach spełniania warunków powinno mieć wyjątkowych charakter, gdyż uniemożliwia innym wykonawcom ocenę innych ofert złożonych w postępowaniu. W związku z powyższym brak odtajnienia takich informacji i uznanie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa może wpłynąć na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ze względu na brak możliwości zweryfikowania przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu rzetelności informacji przekazanych przez wykonawcę. Jest oczywistym, że obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie starannego i kompleksowego badania i oceny złożonych ofert, co nie oznacza, że prawa do weryfikacji czynności Zamawiającego można odmówić pozostałym wykonawcom, którzy w danym postępowaniu złożyli oferty.

Oczywistym jest, że dane osobowe to dane „sensytywne" jak wskazał wykonawca Asseco w treści uzasadnienia. Jednakże obowiązkiem wykonawcy było wykazanie, że osoby wskazane w Wykazie nie wyraziły zgody na ujawnienie takich danych w postępowaniu oraz że dane takich osób nie są dostępne w domenie publicznej. Tymczasem, wykonawca Asseco nie przedłożył żadnych oświadczeń osób zamieszczonych w Wykazie co do braku wyrażenia ich zgód na ujawnienie danych osobowych/doświadczenia. Wykonawca Asseco również nie wykazał, że dane te maja charakter poufny. Co więcej, potwierdził na rozprawie, że pracownicy spółki nie mają zakazu zamieszczania swoich danych osobowych oraz faktu zatrudnienia w spółce Asseco na portalach społecznościowych. Zaznaczyć również należy, że Wykaz nie zawiera opisu konkretnego wykształcenia, ale ogólne stwierdzenie, że jest to wykształcenie wyższe. Trudno zatem mówić tu o jakiś wrażliwych danych dotyczących wyksztalcenia.

Izba wskazuje, że w uzasadnieniu dotyczącym utajnienia Wykazu osób wykonawca Asseco wielokrotnie odwoływał się do możliwości przejęcia pracowników, współpracowników przez podmioty konkurencyjne, wskazywał na praktyki „podkupywania" pracowników. Niemniej jednak wykonawca Asseco ani w wyjaśnieniach, ani na rozprawie nie wykazał takich okoliczności. Ogólne stwierdzenie, że 13 pracowników spółki Asseco zostało „podkupionych" przez Comarch nie może być uznane przez Izbę za dowód w sprawie. Taką okoliczność wykonawca winien wykazać poprzez złożenie odpowiednich dowodów. Takie dowody nie zostały złożone. W części tajnej uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca Asseco powołał się do koszty związane ze szkoleniem pracownika oraz utrudnienia w funkcjonowaniu przedsiębiorstwa w przypadku utraty zasobów osobowych. W tym zakresie Izba wskazuje, że po pierwsze wykonawca Asseco nie wykazał, że poniósł jakiekolwiek koszty szkolenia osób wskazanych w Wykazie. Posługiwanie się ogólną retoryką nie jest dowodem w sprawie. Ani Zamawiający ani Izba nie ma nawet wiedzy kiedy osoby wskazane w wykazie zostały zatrudnione przez wykonawcę Asseco i czy rzeczywiście takie koszty szkolenia zostały poniesione. Po drugie, okoliczność, że do pewnego zdarzenia może dojść nie świadczy w przekonaniu Izby, że informacja, która może pośrednio doprowadzić do takiego zdarzenia ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby wykonawcy działający na rynku zamówień publicznych mają inne narzędzia prawne w celu zabezpieczenia sobie kardy niezbędnej do realizacji zamówienia. To wykonawca Asseco przygotowując ofertę i dobierając kandydatów do wykazu winien tak ułoży z nimi relacje, aby zapewnić sobie ich udział w realizacji zamówienia. Autonomiczną decyzją poszczególnych osób jest ich wola kontynuacji zatrudnienia u danego przedsiębiorcy czy zgoda na zamieszczenie ich danych osobowych w wykazie czy też posiadanego doświadczenia, nie zaś wykonawca Asseco, które w ten sposób próbuje „zatrzymać" pracownika przy przedsiębiorstwie, powołując się w sposób nieuprawnione na tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie działanie nie zasługuje, w ocenie Izby, na aprobatę. Wolność prowadzenia działalności gospodarczej, z której korzysta wykonawca Asseco również poprzez możliwość uczestnictwa w przetargach publicznych nie może oznaczać ograniczenia wolności podejmowania czy rezygnacji przez pracowników z określonych form zatrudnienia czy wyboru pracodawcy. Zjawisko „podkupywania" pracowników jest powszechne na rynku. Niewątpliwie wyzwaniem pracodawców jest wdrożenie narządzi dzięki którym nie następuje odpływ kadry osobowej z przedsiębiorstwa pracodawcy. Rozwiązania umowne chociażby w postaci odpowiedniego wynagrodzenia i wprowadzenia odpowiednich klauzul dotyczących zakazu konkurencji stanowią w ocenie Izby skuteczne narządzenie minimalizujące ryzyko odpływu pracowników. Zdaniem Izby takim narzędziem nie zastrzeganie takich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, przy braku jednoczesnego wykazania zgody pracowników do podejmowania takich działań.

Zdaniem Izby również nieujawniona część uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa powinna być odtajniona przez Zamawiającego. Wzory klauzul umownych czy zobowiązań, które nie zostały podpisane przez żadnego pracownika

wykonawcy nie stanowią, zdaniem Izby, tajemnicy przedsiębiorstwa. Klauzule te są powszechnie stosowane wśród wykonawców, zaś sam wykonawca Asseco nie wykazał w jaki sposób ich ujawnienie doprowadzi do szkody w jego spółce czy utraty pozycji rynkowej. Podobnie załączone certyfikaty nie zasługują na ochronę. Jest wiedzą powszechną, że wykonawcy posiadają takie certyfikat ISO i zupełnie niezrozumiałym dla Izby jest w jaki sposób ich ujawnienie mogłoby naruszyć interes wykonawcy Asseco. W tym zakresie, brak jest argumentacji wykonawcy z aktach postępowania. Zdaniem Izby, również ogólne informacje dotyczące współpracy wykonawcy Asseco z Grupą Lotos czy mBank, podane szacunkowe kwoty umów, szacowane przez Asseco koszty szkolenia są tylko subiektywnym wyliczeniem wykonawcy. Ani umowy ani rzeczywiste koszty jakie wykonawca Asseco poniósł nie zostały w żaden sposób wykazane poprzez złożenie dokumentów lub innych dowodów. Subiektywne szacunki wykonawcy nie mogą być utożsamiane z tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie są to, zdaniem Izby, innowacyjne metodologie związane z procesem zatrudniania pracowników, które mogłoby zostać objęte ochroną jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji, zdaniem Izby, Zamawiający winien odtajnić całość uzasadnienia wykonawcy Asseco.

Odnosząc się do przesłanki wykazania podjęcia działań celem zachowania poufności zastrzeżonych informacji, to również zdaniem Izby wykonawca Asseco nie wykazał, iż takie działania zostały podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji. Wykonawca Asseco powołał się na klauzule o poufności w umowach, załączył certyfikat ISO dotyczący systemu zarządzenia bezpieczeństwem informacji, wskazał, że zostały podjęte stosowane działania w celu zachowania informacji w poufności, wskazał, że umowy zawarte z podmiotami wskazanymi w wykazie zawierają klauzule zobowiązującą wykonawcę do zachowania ich treści w poufności. W tym zakresie Izba wskazuje, że wykonawca Asseco nie wykazał jakie konkretnie działania podjęło w stosunku do zastrzeżonych dokumentów w celu utrzymania poufności informacji, o których mowa w treści wyjaśnień oraz wykazach. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa twierdzenia wykonawcy mają charakter ogólny i nie zostały potwierdzone dowodami na wykazanie jakie działania zostały podjęte w tym konkretnym postępowaniu. Zdaniem Izby, jest wiedzą powszechną, że ogólne działania opisane przez wykonawcę Asseco dotyczące bezpieczeństwa informacji w przedsiębiorstwie są podejmowanymi powszechnie przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Każdy z podmiotów stara się chronić dane we własnej firmie przed dostępem osób nieuprawnionych, także z uwagi na obowiązujące coraz szerzej przepisy prawa, które nakazują ochronę np. danych osobowych. Wykonawca Asseco nie wykazał natomiast w jaki szczególny sposób chroni przed dostępem poszczególnych osób te informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu. Wykonawca nie zidentyfikował osób mających dostęp do takich dokumentów, jak również nie wykazał w jaki konkretnie sposób osoby te zostały poinstruowane o charakterze informacji zawartych w dokumentach i konsekwencjach związanych z ich ujawnienie. Za taki dowód nie sposób uznać blankietowych klauzul zaczerpniętych ze wzoru umowy. Izbie nie został złożony żaden dowód potwierdzający, że ktokolwiek mający dostęp do zastrzeżonych informacji podpisał takie umowy/klauzule. Również złożony certyfikat ISO nie potwierdza podjęcia stosowanych działań w zakresie zastrzeżonych informacji. Wykonawca nie wykazał za pomocą stosownych dowodów jakie procedury zostały zastosowane w tym konkretnym postępowaniu, jakie osoby mają dostęp do informacji i w jaki sposób zostali zobowiązani do ich ochrony. Powyższe prowadzi do wniosku, że wykonawca Asseco nie wykazał podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia.

Izba podkreśla, że jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji dokumentów składanych przez wykonawców, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienie może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i mierzalne straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych, stosowna również przez wykonawcę Asseco, pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywana jest jako narzędzie do nieujawnienia dokumentów ofertowych wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym, wykonawca Asseco nie wykazał ani obiektywnej wartości zastrzeżonych informacji ani też podjęcia stosowanych działań w celu ochrony ich poufności. Obowiązek wykazania nałożony na wykonawcę nie może być utożsamiany z ogólnym uzasadnieniem, sprowadzającym się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 UZNK lub stwierdzenie, że określone informacje posiadają przymioty pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługująca na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wykazie. Ponadto, Izba podkreśla, że szereg zaś okoliczności na jakie powołał się wykonawca Asseco w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji nie została wykazana, pomimo, iż takie okoliczności można była wykazać składając dowody Zamawiającemu.

Izba wskazuje, że Odwołujący w treści odwołania żądał odtajnienia następujących dokumentów złożonych przez wykonawcę Asseco: wykazu usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, wykazu osób, uzasadnienia zastrzeżenia w/w dokumentów wraz ze złożonymi załącznikami. W konsekwencji, Izba nakazała odtajnienia wskazanych w sentencji dokumentów, gdyż te dokumenty były określone wnioskowane przez Odwołującego i zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczyły tych dokumentów. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby nie były inne dokumenty złożone przez wykonawcę Asseco.

Zarzut naruszenia art. 126 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w zakresie wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych to do Zamawiającego jest adresowana norma prawna zawarta w przepisie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten w sposób jednoznaczny wskazują jedynie minimalny termin, który należy wyznaczyć wykonawcy na złożenie takich dokumentów. Zatem Zamawiający miał prawo wydłużyć ten termin i dokonanie takiej czynności nie stanowi uchybienia przepisom ustawy Pzp,

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez wybór oferty Asseco jako najkorzystniejszej w sytuacji, kiedy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności odnoszących się do wymaganego doświadczenia, Izba wskazuje, że zarzut ten nie został on w żaden sposób udowodniony przez Odwołującego i ma charakter blankietowy. Odwołujący nie sprecyzował do jakich konkretnie warunków udziału w postępowaniu się odnosi, a co więcej nie przywołał żadnej podstawy faktycznej. Tym samy, nie ma podstaw do jego uwzględnienia przez Izbę. Art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wyraźnie formułuje obowiązek wskazania w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Odwołujący nie tylko nie przedstawił takich dowodów, lecz również nie odniósł się w zasadzie do przedmiotowego zarzutu w uzasadnieniu odwołania. Zarzut zatem pozostaje bezpodstawny i bezzasadny.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wprowadza ogólną normę określającą kategorię czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Sam fakt zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi podstawy do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Autonomiczną decyzją poszczególnych wykonawców jest ocenia określonych informacji i nadanie im przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa bądź nie. Decyzja ta podlega weryfikacji przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zdaniem Izby skorzystanie z przysługującego przedsiębiorcy prawa ustawowego do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica

przedsiębiorstwa nie może być traktowane jako działanie sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami. Sam ustawodawca bowiem uprawnia podmioty uczestniczące w postępowaniu przetargowym do korzystania z takiego uprawnienia, zaś Krajową Izbę Odwoławczą powołał do rozstrzygania zasadności takich zastrzeżeń. Nie sposób zdaniem Izby uznać zatem, że w tym postępowaniu doszło do popełnienia przez wykonawcę Asseco czynu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie biorąc pod uwagę wagę zarzutów oraz ich liczbę kosztami postępowania należało obciążyć Odwołującego w części % oraz Zamawiającego w części Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł (łącznie 22.200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100 zł Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7.500 zł (18.600 - 11.100), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: .....