Sygn. akt: KIO 1936/ 22
Sygn. akt: KIO 1962/ 22

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Anna Kuszel-Kowalczyk
Luiza Łamejko

Członkowie:

Protokolant: Rafał Komoń

---

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 9 sierpnia 2022 r. i w dniu 11 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 25 lipca 2022 r. przez wykonawcę: Asseco Poland S.A. z siedzibą

w Rzeszowie

2. w dniu 25 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy: DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1936/ 22 oraz KIO 1962/ 22 po stronie zamawiającego;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1936/ 22 po stronie zamawiającego;

C. wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1962/ 22 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów załączonych do oferty: (a) Załącznik 15.19.18. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. umowa wykonawcza nr 1082060 e-doręczenia - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA; (b) Załącznik 15.20.19. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. dot. wykluczenia z postępowania KSI ZUS - TAJEMNICA

PRZEDSIĘBIORSTWA; (c) dokumentacja przedłożona wraz z JEDZ, pomimo iż nie załączyli do oferty uzasadnienia zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa (sprawa o sygn. akt KIO 1936/ 22);

2. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1936/ 22 i nakazuje zamawiającemu: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie odtajnienie i udostępnienie złożonych przez wykonawcę: DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami;

3. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1962/ 22 i nakazuje zamawiającemu: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie odtajnienie i udostępnienie:

3.1. złożonych przez wykonawcę: DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie następujących informacji i dokumentów: (1) Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami; (2) Załączników do oferty od numeru 15.7 do numeru 15.17 (wyciągi z rejestru handlowego dla podmiotów użyczających zasoby, zobowiązania podmiotów użyczających zasoby, JEDZ DXC Technology Polska sp. z o. o. cz. Tajna, JEDZ podmiotów użyczających zasoby, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, oświadczenia podmiotów użyczających zasoby);

3.2. złożonych przez wykonawcę: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie następujących informacji i dokumentów: (1) Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami; (2) Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia" (zał. 15.2. do oferty) w zakresie danych, które zostały przez tego wykonawcę objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (w tym: imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego zawartych w wykazie, numerów certyfikatów oraz dat ważności certyfikatów wskazanych w wykazie, projektów realizowanych na rzecz instytucji komercyjnych, okresu udziału w projektach komercyjnych podmiotu/ podmiotów na rzecz których zrealizowano projekty komercyjne);

4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji

Rolnictwa z siedzibą w Warszawie w obu sprawach, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr

(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (sprawa o sygn. akt KIO 1936/ 22) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sprawa o sygn. akt KIO 1962/ 22) tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od zamawiającego: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 1936/ 22);

4.3. zasądza od zamawiającego: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch

S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (sprawa o sygn. akt KIO 1962/ 22).

Stosownie do art. 580 ust. 1 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: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1936/ 22
Sygn. akt: KIO 1962/ 22

UZASADNIENIE

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie

(dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej powyżej

progów unijnych pn. „Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus"; numer referencyjny: DPiZP.2610.19.2021 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 listopada 2021 r. w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 232-61145.

W dniu 25 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostały wniesione odwołania: (1) przez wykonawcę: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „odwołujący 1" lub „Asseco") oraz (2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej „odwołujący 2" lub „Konsorcjum Comarch"), wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący 1 zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK") oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu 1 zastrzeżonych przez wykonawcę DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „DXC"), jako tajemnica przedsiębiorstwa, uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wg pkt 15 Formularza oferty: Załącznik 15.6. Tajemnica przedsiębiorstwa - uzasadnienie_cz. tajna wraz z załącznikami;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt 1:

2. art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu 1

zastrzeżonych przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów:

a) Wykazu osób - Załącznik 15.15. Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego,

b) Dokumentów dotyczących podmiotów użyczających zasoby: (i) Załącznik 15.7. Wyciąg z rejestru handlowego Podmiot użyczający 1, (ii) Załącznik 15.8. Wyciąg z rejestru handlowego Podmiot użyczający 2, (iii) Załącznik 15.9. Wyciąg z rejestru handlowego Podmiot użyczający 2.1, (iv) Załącznik 15.10. Zobowiązanie Podmiotu użyczającego zasoby 1, (v) Załącznik 15.11. Zobowiązanie Podmiotu użyczającego

zasoby 2, (vi) Załącznik 15.12. JEDZ DXC Technology Polska Sp. z o.o. _cz. Tajna, (vii) Załącznik 15.13. JEDZ Podmiot użyczający 2, (viii) Załącznik 15.14. JEDZ Podmiot użyczający 1, (ix) Załącznik 15.16 Oświadczenie Podmiotu użyczającego 2, (x) Załącznik 15.17. Oświadczenie Podmiotu użyczającego 1

pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu 1 zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów - wg pkt 15 Formularza oferty: (a) Załącznik 15.19.18. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. umowa wykonawcza nr 1082060 e-doręczenia - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, (b) Załącznik 15.20. 19. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. dot. wykluczenia z postępowania KSI ZUS - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, (c) dokumentacja przedłożona wraz z JEDZ,

pomimo iż Konsorcjum Comarch nie załączyło do oferty uzasadnienia zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt 3 i ustalenia przez Izbę, że Konsorcjum Comarch załączyło do oferty pisemne uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów:

4. art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu 1 zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami, jeśli zostały złożone;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów opisanych w pkt 3 lub 4 powyżej:

5. art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu 1 zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów - wg pkt 15 Formularza oferty: (a) Załącznik 15.19.18. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. umowa wykonawcza nr 1082060 e-doręczenia- TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, (b) Załącznik 15.20.19. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. dot. wykluczenia z postępowania KSI ZUS - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, (c) dokumentacja przedłożona wraz z JEDZ

pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzucając powyższe, odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: odtajnienie i udostępnienie w całości złożonych przez DXC i Konsorcjum Comarch dokumentów, wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący 1 w uzasadnieniu stawianych zarzutów w pierwszej kolejności przypomniał, że kwestia skuteczności zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów była w ostatnim czasie przedmiotem rozstrzygania przez Krajową Izbę Odwoławczą i Sąd Okręgowy w Warszawie działający jako Sąd Zamówień Publicznych. Przywołał w tym miejscu wyrok KIO sygn. akt 500/21, oraz wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym Sąd wskazał te elementy, które powinny być brane pod uwagę w każdej sprawie dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa w sprawach zamówień publicznych oraz Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 roku, sygn. akt XXIII Zs 133/21, w którym Sąd w pełni zgodził się z ww. wyrokiem sygn. akt XXIII Zs 53/21.

Zdaniem odwołującego 1 stan faktyczny niniejszego postępowania, wskazuje na rażące naruszenie prawa przez zamawiającego oraz na bierność w zakresie naruszenia przez Konsorcjum Comarch i DXC podstawowej zasady postępowania tj. zasady jawności,

gdyż odwołującemu 1 nie udostępniono nawet uzasadnienia, w którym Konsorcjum Comarch i DXC rzekomo mieli wykazać, że można utajniać całe obszerne dokumenty.

Stąd też odwołujący 1 zdecydował się na wskazanie, że część zarzutów odwołania to zarzuty ewentualne. W obecnej chwili nie można bowiem sformułować zarzutów odwołania, gdyż nie jest znana treść zastrzeżenia jawności. Jest to sytuacja kuriozalna, gdyż zarzuty ewentualne oparte są nie o dokumentację postępowania (jak powinno być), ale o przypuszczenia odwołującego 1 co do treści tej dokumentacji.

W dalszej części odwołujący 1 zwracał uwagę, że zamawiający przy ocenie skuteczności zastrzeżenia jawności informacji rażąco naruszył podstawową zasadę Prawa zamówień publicznych tj. zasadę jawności postępowania. Zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących

dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Tymczasem zarówno DXC jak i Konsorcjum Comarch objęli całe dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa, co jest oczywistym naruszeniem zasady jawności postępowania. Zamawiający przy ocenie ofert w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa powinien zastosować zasadę exceptiones non sunt extendendae

- czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym zakresie, na co odwołujący 1 wskazał przykładowo na następujące orzeczenia Izby: wyrok z dnia 11 marca 2022 r., sygn. akt KIO 503/22; wyrok z dnia 4 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3582/21; wyrok z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 539/20; wyrok z dnia 21 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2263/19; wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 260/19; wyrok z dnia 7 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2222/18 oraz wyrok z dnia 21 maja 2018 r., sygn. akt KIO 875/18.

Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z obowiązkiem przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty, szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym przyjęciu przez zamawiającego „na słowo", że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem odwołującego 1 ani DXC, ani Konsorcjum Comarch nie wykazali spełnienia się wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodatkowo odwołujący 1 wskazał, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Jeśli nawet niektóre części danego dokumentu są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce

- to nie uzasadnia to zastrzeżenia całości dokumentów. Wskazała na to Krajowa Izba

Odwoławcza w wyroku z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 242/17 i KIO 258/17.

Dalej odwołujący 1 zwrócił uwagę, że wykonawcy DXC i Konsorcjum Comarch, zastrzegając informacje zawarte w załącznikach jako tajemnica przedsiębiorstwa, mieli obowiązek wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej. Pogląd ten opierał zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Stanowisko takie wynika

z rozumienia pojęcia „wykazać" użytego przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 Pzp. Zgodnie ze słownikami: a) Słownik języka polskiego pod. redakcją W. Doroszewskiego: udowodnić coś: przedstawić co w sposób przekonywujący, unaocznić, pokazać co; b) Słownik języka polskiego PWN (): uzewnętrznić coś, ujawnić istnienie czegoś, przedstawić coś w sposób przekonujący. Wykładnia językowa w pełni potwierdza słuszność stanowiska odwołującego 1, albowiem „wykazać" to co najmniej przedstawić coś w sposób przekonujący. Takie też stanowisko przedstawione zostało przez Izbę w cytowanym już wyroku KIO 500/21

i potwierdzone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku XXIII Zs 53/21. Odwołujący 1 wskazał również, że linia orzecznicza KIO jest zgodna ze stanowiskiem odwołania, podając przykładowo kilka wyroków KIO: wyrok KIO z dnia 18 marca 2021 r., sygn. akt KIO 506/21; wyrok KIO z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt KIO 320/21; wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3278/20; wyrok z 30 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3227/20; wyrok z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2781/20; wyrok z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2290/20; wyrok z dnia 27 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1692/20; wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 822/20.

Wobec powyższego DXC i Konsorcjum Comarch mieli obowiązek wykazania spełnienia się trzech przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 UZNK, tj.: (1) posiadania cech informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub innej, która posiada wartość gospodarczą; (2) wykazania, że informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; (3) wykazania podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania tych informacji w poufności. Tymczasem ani DXC, ani Konsorcjum Comarch, nie sprostali powyższemu.

Zdaniem odwołującego 1 ani DXC, ani Konsorcjum Comarch dla żadnej z zastrzeganych informacji nie podali wartości gospodarczej. Konieczność wykazania

wartości gospodarczej jest już od dawna wskazywana zarówno przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak

i przez judykaturę. W zakresie poglądów doktryny odwołujący 1 wskazał na analizę prof. Ewy Nowińskiej, w której wyraźnie wskazano, że warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Opinię tą odwołujący 1 złożył jako dowód w niniejszej sprawie. Z kolei w zakresie poglądów judykatury wskazał na ugruntowaną w tym zakresie linię orzeczniczą, powołując kilka przykładowych wyroków: wyrok KIO z dnia 25 września 2020 r., sygn. akt KIO 2123/20; uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2020 r., KIO/KU 5/20; wyrok KIO z dnia 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 365/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2019 r., sygn. akt KIO 1791/19, KIO 1807/19; wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 963/19; wyrok KIO z 17 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 1673/18; uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2018 r. KIO/KU 30/18. Także Sąd Okręgowy w Warszawie

w wyroku XXIII Zs 53/21 wskazał na konieczność wskazywania wartości gospodarczej. Tymczasem ani DXC, ani Konsorcjum Comarch nie podali wartości gospodarczej dla żadnej z informacji objętych odwołaniem, a tym samym zastrzeżenie jawności informacji jest nieskuteczne w każdym przypadku.

Odnosząc się następnie do poszczególnych zarzutów odwołania, uzasadniając zasadność zarzutu 1 na wstępie podkreślał, że nie zna treści uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, DXC zastrzegło bowiem jako tajemnicę przedsiębiorstwa także oba złożone dokumenty uzasadnienia: a. Załącznik 15.5 - uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa - część jawna; b. Załącznik 15.6 - Tajemnica przedsiębiorstwa - uzasadnienie_cz. tajna wraz z załącznikami. Dla odwołującego 1 nie jest jasne, dlaczego w ofercie DXC znajdują się dwa takie załączniki i dlaczego jeden z nich (Załącznik 15.5) jest wskazany w spisie treści jako stanowiący część jawną oferty. Niemniej jednak odwołującemu 1 nie udostępniono żadnego z nich. Co prawda zamawiający uznał zastrzeżenie Załącznika 15.5 za nieskuteczne, jednakże na dzień wnoszenia odwołania dokument ten nie został odwołującemu 1 udostępniony. Z kolei zastrzeżenie Załącznika 15.6 zostało przez zamawiającego uznane za skuteczne w znacznej części, ale tego dokumentu też odwołujący 1 na dzień wniesienia odwołania nie zna.

Skutkiem powyższego jest to, że odwołujący 1 nie może w ogóle odnieść się do treści uzasadnienia, nie może podnieść żadnych argumentów opartych na jego treści. Jest to sytuacja kuriozalna, zwłaszcza wobec wskazywanej powyżej zasady jawności postępowania. W tym miejscu odwołujący 1 powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 11 marca 2022 r., sygn. akt KIO 503/22 w którym Izba stwierdziła, że samo uzasadnienie w każdym przypadku jest elementem jawnym, gdyż służy ono weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Podobnie uznała Izba w wyroku z dnia 28 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3513/21, KIO 3514/21.

Wobec powyższego - brak udostępnienia uzasadnienia stanowi rażące naruszenie

prawa, którego dopuścił się sam zamawiający, uniemożliwiając tym samym skorzystanie przez odwołującego 1 ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący 1 sformułował także, jako ewentualny zarzut 2, domagając się odtajnienia dokumentów złożonych w postępowaniu przez DXC. Zarzut ten jednak, jego zdaniem, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez odwołującego 1 dostępu do uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z zarzutem 1. Odwołujący 1 wskazał, że Zarzut 2 powinien brać swój początek w treści uzasadnienia. Kolejny raz podkreślał, że odwołującemu 1 nie udostępniono ani jednego słowa z treści obu uzasadnień. W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny Zarzut 1, odwołujący wniósł o umorzenie postępowania w zakresie Zarzutu 2 na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Prawidłowość stanowiska odwołującego 1 potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku XXIII Zs 53/21, w którym uznano za w pełni prawidłową konstrukcję zarzutu ewentualnego i uznano prawidłowość jej stosowania, zarówno w postępowaniu odwoławczym jak i w skargowym. Takie samo stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku XXIII Zs 133/21. Przypomniał także, że Krajowa Izba Odwoławcza jeszcze na podstawie poprzedniego stanu prawnego uznawała za prawidłowe podnoszenie zarzutów ewentualnych (tak wyrok z 3 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2368/18 oraz z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 242/17).

Odwołujący 1 argumentował, że wprawdzie w wyniku rażącego naruszenia prawa przez zamawiającego odwołujący 1 nie może wskazać wad uzasadnienia, niemniej jednak uważa, że w żadnym z uzasadnień (Załącznik 15.5 i 15.6) DXC nie wykazał, że całe zastrzegane dokumenty zawierają wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec faktu, że nie zna treści uzasadnienia zastrzeżenia objętych odwołaniem dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, może jedynie wskazać, że uzasadnienie to jest niewystarczające i nie spełnia przesłanek art. 11 ust. 2 UZNK. Zdaniem odwołującego 1 DXC nie wykazało ziszczenia się przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności w uzasadnieniu nie wykazano wartości gospodarczej osobno dla każdej zastrzeganej informacji, nie przedstawiono osobnego uzasadnienia dla każdej zastrzeganej informacji, a informacje objęte zastrzeżeniem nie mogą skutecznie zostać zastrzeżone, gdyż nie mieszczą się w zakresie informacji, które mogą być tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący 1 zastrzegł, że kwestionuje skuteczność zastrzeżenia wszystkich dokumentów objętych zarzutem. Ze względu na brak udostępnienia tego uzasadnienia - nie może podnieść bardziej konkretnych argumentów. Nie jest to jednak wada zarzutu, ale konieczność procesowa, wynikająca z faktu, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu 1 ani jednego słowa z uzasadnienia zastrzeżenia.

Odnośnie zastrzeżenia wykazu osób - Załącznik 15.15. Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, odwołujący 1 podkreślił ponownie, że DXC zastrzegło całość Wykazu osób. Jest to zupełnie niezrozumiałe, gdyż Wykaz taki, ze swej istoty, zawiera szereg różnych informacji, w tym informacje, które w ogóle nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa: a. Wynikająca z SIWZ treść Wykazu osób - część Wykazu jest narzucona przez zamawiającego w SIWZ; b. Nazwa podmiotu, na rzecz którego projekt był realizowany - jeśli jest to podmiot publiczny; c. Nazwa projektu - jeśli jest to projekt realizowany na rzecz podmiotu publicznego; d. Wskazanie, jaki certyfikat, spośród kilku dopuszczonych przez zamawiającego, posiada specjalista, e. Wskazanie podmiotu wystawiającego certyfikat. DXC mogło jego zdaniem co najwyżej (z zastrzeżeniem argumentacji poniżej) zastrzec imię

i nazwisko, nazwę podmiotu i nazwę projektu w przypadku projektów prywatnych - gdyż tylko te dane w ogóle mogą stanowić informacje organizacyjne lub techniczne. Zdaniem odwołującego 1 zastrzeżenie w tym zakresie nie jest skuteczne.

DXC nie podało żadnej konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co najwyżej ograniczyło się do ogólnikowych stwierdzeń o podkupywaniu pracowników. Jednak ryzyko utraty pracownika nie jest wystarczającym uzasadnieniem, to tylko warunek sine qua non. Do skutecznego zastrzeżenia konieczne jest zawsze podanie konkretnej wartości gospodarczej. Dodatkowo do podanej powyżej argumentacji wskazać należy, iż informacje dotyczące kwalifikacji oraz doświadczenia specjalistów wskazanych przez DXC nie stanowią własności przedsiębiorstwa DXC, lecz stanowią własność osób, których powyższe informacje dotyczą, a tym samym DXC w ogóle nie może tych informacji zastrzegać. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2017 r.,

i KIO 110/17 czy też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1607/18.

Odwołujący 1 zauważył, że DXC także w zakresie ukrycia przed konkurencją nazw podmiotów użyczających zasoby nie wykazało spełnienia się wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności DXC w ogóle nie wskazało wartości gospodarczej,

a zapewne ograniczyło się do ogólnikowych stwierdzeń. Dodatkowo DXC w sposób nieuprawniony zastrzegło dane podmiotów użyczających, gdyż w ten sposób jednie formalnie doprowadziło do sytuacji, w której utajniono informacje, które są jawne. Według najlepszej wiedzy odwołującego 1 DXC korzysta z zasobów spółki ZETO Software Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dawniej ZETO Olsztyn Sp. z o.o.) oraz spółki lub spółek z grupy kapitałowej DXC. Są to informacje powszechnie znane na rynku IT, zatem nie mogą być skutecznie zastrzeżone. Co więcej, DXC nie może ponieść żadnej szkody z tego powodu, że konkurenci zapoznają się z dokumentem JEDZ czy też zobowiązaniem takich spółek. Fakt utajnienia nazw podmiotów użyczających zasoby przez DXC ma wyłącznie jeden cel - niemożność dokonania przez wykonawców konkurencyjnych weryfikacji treść oferty DXC. Wskazał także, że lista podwykonawców będzie jawna na etapie realizacji umowy. Zresztą współpraca DXC z firmą ZETO Software Sp. z o.o. jest powszechnie znana. Truizmem jest bowiem stwierdzenie,

że współpraca pomiędzy spółkami z jednej Grupy Kapitałowej jest faktem oczywistym, powszechnie znanym, wręcz notoryjnym. A tym samym pozyskanie przez Asseco (czy inne podmioty z rynku) informacji, że DXC korzystać będzie z podwykonawstwa innej spółki z tej samej Grupy Kapitałowej w żadnym przypadku nie pogorszy sytuacji konkurencyjnej DXC. Co więcej, wszystkie umowy zawierane w ramach jednej grupy kapitałowej z mocy prawa są ujmowane w skonsolidowanych sprawozdaniach finansowych, a zatem i tak taka współpraca będzie jawna.

Podkreślił również, że nie jest zrozumiałe, dlaczego zastrzeżono całe dokumenty - podczas gdy tajemnicą - jak można przypuszczać - jest tylko sama nazwa danego podmiotu. W szczególności naruszenie zasady jawności zachodzi w przypadku i. Załącznik 15.10. Zobowiązanie Podmiotu użyczającego zasoby 1; ii. Załącznik 15.11. Zobowiązanie Podmiotu użyczającego zasoby 2. Przecież dokument ten zawiera szereg różnych treści, które w ogóle nie mogą zostać zastrzeżone - forma i zakres współpracy itp. Także w tym przypadku celem działania DXC jest wyłącznie uniemożliwienie dokonania przez wykonawców konkurencyjnych weryfikacji treść oferty DXC.

Przedmiotem Zarzutu 3 było zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu 1 zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów wg pkt 15 Formularza oferty: (a) Załącznik 15.19.18. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. umowa wykonawcza nr 1082060 e-doręczenia - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, (b) Załącznik 15.20.19. Dokumenty do

JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. dot. wykluczenia z postępowania KSI ZUS - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA pomimo, że Konsorcjum Comarch nie załączyło do oferty uzasadnienia zastrzeżenia ww. dokumentów. W konsekwencji, jak wywodził odwołujący 1, jeśli Konsorcjum Comarch nie dołączyło do oferty takiego uzasadnienia, nie została spełniona przesłanka formalna art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, a żądanie odwołania jest zasadne. Jeżeli Konsorcjum Comarch w ogóle nie dołączyło do oferty takiego uzasadnienia, to tym samym dokonane przez tego wykonawcę zastrzeżenie jest nieskuteczne.

Na wypadek jednak nieuwzględnienia Zarzutu 3 i ustalenia przez Izbę, że Konsorcjum Comarch załączyło do oferty pisemne uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów odwołujący sformułował Zarzut nr 4 dotyczący zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu 1 zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami, jeśli zostały złożone.

W zakresie powyższego zarzutu ewentualnego odwołujący 1 wskazywał na argumentację jak dla Zarzutu 2. W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny Zarzut 3, odwołujący 1 wnosił o umorzenie postępowania w zakresie Zarzutu 4 na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Jeśli natomiast uzasadnienie zostało przez Konsorcjum Comarch dołączone do oferty, a jedynie zamawiający bezprawnie go nie udostępnił - to odwołujący 1 wskazał w tym miejscu zarówno na brak możliwości zastrzeżenia samego uzasadnienia, przywołując uzasadnienie jak w Zarzucie 1, jak i na brak wykazania przez Konsorcjum

Comarch przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący sformułował ponadto zarzut 5 - ewentualny na wypadek

nieuwzględnienia Zarzutu 3 lub 4. Podnosił, że zamawiający zaniechał odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu 1 zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów - wg pkt 15 Formularza oferty: (a) Załącznik 15.19.18. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. umowa wykonawcza nr 1082060 e-doręczenia - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA; (b) Załącznik

15.20.19. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. dot. wykluczenia z postępowania KSI ZUS - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA; (c) dokumentacji przedłożonej wraz z JEDZ pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/ lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając powyższy zarzut odwołujący 1 na wstępie podkreślał, że nie zna treści uzasadnienia zastrzeżenia objętych odwołaniem dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w konsekwencji może jedynie wskazać, że uzasadnienie to jest niewystarczające i nie spełnia przesłanek art. 11 ust. 2 UZNK. Jego zdaniem Konsorcjum Comarch nie wykazało ziszczenia się przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności w uzasadnieniu nie wykazano wartości gospodarczej osobno dla każdej zastrzeganej informacji, nie przedstawiono osobnego uzasadnienia dla każdej zastrzeganej informacji, a informacje objęte zastrzeżeniem nie mogą skutecznie zostać zastrzeżone, gdyż nie mieszczą się w zakresie informacji, które mogą być tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący zastrzegł, że kwestionuje skuteczność zastrzeżenia obu ww. załączników objętych zarzutem. Ze względu na brak udostępnienia tego uzasadnienia nie może podnieść bardziej konkretnych argumentów. Nie jest to jednak wada zarzutu, ale konieczność procesowa, wynikająca z faktu, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu 1 ani jednego słowa z uzasadnienia zastrzeżenia.

Dodatkowo wskazał, że załącznik 15.19.18. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. umowa wykonawcza nr 1082060 e-doręczenia - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA nie mógł zostać skutecznie zastrzeżony, gdyż Konsorcjum Comarch nie zdążyłoby nawet sporządzić uzasadnienia, nie mówiąc już o tym, że nie zdążyłoby przygotować żadnych odpowiednich dokumentów, które mogłyby w ogóle utajnieniu podlegać. Jak wynika z treści JEDZ Konsorcjum Comarch (identycznie dla obu członków konsorcjum)

na pytanie: Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego ? odpowiedział „TAK" i wskazał: Wykonawca oświadcza, że w dniu 10 czerwca 2022 roku zamawiający

- Zakład Ubezpieczeń Społecznych odstąpił od zawartej z Konsorcjum Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. umowy wykonawczej nr 1082060 (zawartej w ramach umowy ramowej). Następnie podał: Realizuje przesłankę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 5) Ustawie Pzp. Wykonawca na osobnej karcie przedstawia, w ramach procedury selfcleanig, opis stanu faktycznego wraz z podjętymi środkami zaradczymi. Całość dokumentacji przedłożona wraz

z JEDZ w zakresie ww. pytania jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, z uzasadnieniem na osobnej karcie. Zdaniem odwołującego 1 Konsorcjum Comarch nie miało czasu, aby ustalić i wdrożyć procedurę selfcleaningu - otóż złożenie ofert w niniejszym postępowaniu miało miejsce 15 czerwca 2022 r. (środa), tymczasem Zakład Ubezpieczeń Społecznych odstąpił

od umowy z Konsorcjum Comarch, tj. odstąpił od umowy wykonawczej nr 1082060 e-doręczenia w dniu 10 czerwca 2022 r. (piątek). Zatem Konsorcjum Comarch miało dwa dni robocze (13 i 14 czerwca 2022 r.) zarówno na przygotowanie dokumentów selfcleaningu, jak i uzasadnienia dla ich zastrzeżenia. Według odwołującego 1 jest to całkowicie niemożliwe.

Odwołujący 1 wywodził, że dokumenty złożone w załączniku 15.19. 18.Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. umowa wykonawcza nr 1082060 e-doręczenia - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA są co do zasady takie same, jak te złożone w załączniku 15.20.19. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. dot. wykluczenia z postępowania KSI ZUS - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA. A skoro dla dwóch różnych umów i dwóch zupełnie różnych podstaw wykluczenia Konsorcjum

Comarch składa analogiczne dokumenty oraz analogiczne uzasadnienie zastrzeżenia tych dokumentów jako tajemnicy to wprost wskazuje, że są to oświadczenia sztampowe, ogólnikowe, w ogóle nie dostosowane do stanu faktycznego. Zaznaczył jednocześnie, że samej procedury selfcleaningu na razie nie ocenia, gdyż ocena oferty Konsorcjum Comarch w tym zakresie nie została jeszcze dokonana.

Osobną kwestią jest sprawa dokumentów zamieszczonych w załączniku 15.20.19. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. dot. wykluczenia z postępowania KSI ZUS - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA. a) Konsorcjum Comarch nie dołączyło w ogóle do JEDZ tej „całości dokumentacji" - co wskazywałoby na sztampowość i powtarzalność wypełniania JEDZ przez Konsorcjum Comarch, a tym samym na brak rzetelnego uzasadnienia dla zastrzegania informacji; lub też - jeśli jakaś „całość dokumentacji" została zawarta w załączniku 15.20.19. Dokumenty do JEDZ Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. dot. wykluczenia z postępowania KSI ZUS - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

do JEDZ - zamawiający świadomie i celowo utajnił przed odwołującym 1 dokumenty, co do których nawet samo Konsorcjum Comarch wskazało, że są one jawne. Konsorcjum Comarch wskazało w JEDZ (identycznie dla obu członków konsorcjum), że zostało wykluczone na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starego Pzp z postępowania na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 czerwca 2022 roku, sygn. akt XXIII Zs 43/22. Tymczasem odwołującemu 1 nie udostępniono żadnej „dokumentacji przedłożonej wraz

z JEDZ". Jest to zupełnie niezrozumiałe, przecież Konsorcjum Comarch samo złożyło oświadczenie, że dokumenty te są jawne, a jedynie dokument zawierający opis środków zaradczych wskazało jako zastrzeżony. Brak udostępnienia wskazywanej przez Konsorcjum Comarch „całości dokumentacji" może wskazywać na dwie okoliczności: w każdym przypadku brak udostępnienia tych dokumentów jest naruszeniem zasady jawności.

Osobną kwestią jest to kiedy Konsorcjum Comarch przygotowało procedury selfcleaningu dla przypadku wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starego Pzp. Jest to kwestia, która powinna zostać zbadana, gdyż ma wpływ na wynik postępowania. Jeśli po wyroku Sądu Okręgowego (który zapadł w dniu 9 czerwca 2022 r.), to odwołujący 1 wskazuje na argumentację jak powyżej - niemożliwe jest przygotowanie tych dokumentów w dwa dni. Jeśli zaś dokonało tego już po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej a przed wyrokiem Sądu Okręgowego, to wskazywałoby to na fakt, że Konsorcjum Comarch samo uznało wyrok Krajowej Izby Odwoławczej za prawidłowy, a skargę wywiodło jedynie celem przedłużenia postępowania. Oczywiście takie rozważania będą prowadzone na etapie oceny ofert w zakresie podstaw wykluczenia, niemniej jednak podkreślić należy, że utajnienie całości dokumentów stanowi klasyczny przypadek uniemożliwienia wykonawcom weryfikacji ofert konkurentów. W jakim bowiem zakresie data sporządzenia dokumentów może być tajemnicą przedsiębiorstwa.

Swoje odwołanie w postępowaniu złożyło także Konsorcjum Comarch, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 18 ust. 1 - 3 w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonego przez DXC:

1.1. Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami/ dowodami („Tajemnica przedsiębiorstwa - uzasadnienie cz. tajna wraz z załącznikami": „Tajemnica przedsiębiorstwa - uzasadnienie cz. tajna wraz z załącznikami" (załącznik do ofert DXC nr 15.6) w zakresie: A) Strona 12 - tabela, B) Strona 13 - tabela oraz dwa akapity pod tabelą zawarte pomiędzy zwrotami „treść objęta tajemnicą przedsiębiorstwa"), C) Strona 15 ostatni akapit wraz z dowodem

tj. od zwrotu treść objęta tajemnicą przedsiębiorstwa do końca strony, D) Strona 16 trzeci akapit wraz z dowodami (tj. od zwrotu treść objęta tajemnicą przedsiębiorstwa do dowodu wskazanego w pkt 2), E) Strona 21 pierwszy akapit wraz z dowodami

tj. od zwrotu treść objęta tajemnicą przedsiębiorstwa do dowodu wskazanego w pkt 2, F) Strona 26 cały ppkt 9 tj. pomiędzy zwrotami „treść objęta tajemnicą przedsiębiorstwa", G) Strona 28 - dowody od pkt 1) do pkt 4), H) Strona 29 - dowody od pkt 5) do pkt 11), I) Strona 31 - załączniki od pkt 1 do pkt 11), przy czym w celu uniknięcia wątpliwości odwołanie dotyczy również „załączników"

wzmiankowanych w tytule pisma (por: „wraz z załącznikami") - o ile nie są wymienione jako załączniki w ww. podpunktach;

1.2. Następujących informacji i dokumentów: ii. Zał. Do oferty nr 15.7 - Wyciąg z rejestru handlowego Podmiot użyczający 1, iii. Zał. Do oferty nr 15.8 - Wyciąg z

rejestru handlowego Podmiot użyczający 2, iv. Zał. Do oferty nr 15.9 - Wyciąg z rejestru handlowego Podmiot użyczający 2.1., v. Zał. Do oferty nr 15.10 - Zobowiązanie podmiotu użyczającego zasoby 1, vi. Zał. Do oferty nr 15.11 - Zobowiązanie podmiotu użyczającego zasoby 2, vii. Zał. Do oferty nr 15.12 - JEDZ DXC Technology Polska sp. z o. o. cz. Tajna, viii. Zał. Do oferty nr 15.13 - JEDZ podmiot użyczający 2, ix. Zał. Do oferty nr 15.14 - JEDZ podmiot użyczający 1, x. Zał. do oferty nr 15.15 - Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, xi. Zał. do oferty nr 15.16 - Oświadczenie podmiotu użyczającego 2, xii. Zał. do oferty nr 15.17 - Oświadczenie podmiotu użyczającego 1;

2. naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Asseco:

2.1. Uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco w zakresie: A) Str. 4-5 (treść zawarta pomiędzy klauzulami „początek tajemnicy przedsiębiorstwa" i „koniec tajemnicy przedsiębiorstwa"), B) Załącznik 1 do uzasadnienia tajemnicy - klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, C) Załącznik 3 do uzasadnienia tajemnicy - Klauzule poufności w umowach komercyjnych- TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA;

2.2. Następujących informacji i dokumentów: „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia" (zał. 15.2. do oferty) w zakresie: A) imienia i nazwiska osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego zawarte w wykazie, B) wskazanych w wykazie projektów, realizowanych na rzecz instytucji komercyjnych, C) numery certyfikatów oraz dat ważności certyfikatów oraz D) w celu uniknięcia wątpliwości - odwołanie obejmuje także zaniechania odtajnienia informacji związanych z dwoma utajnionymi projektami komercyjnymi w ramach wykazanego doświadczenia osoby z poz. 2 Wykazu osób - rola Administrator OpenShift): a. okres udziału w projektach komercyjnych, b. podmiotu/ podmiotów na rzecz którego zrealizowano projekty komercyjne

pomimo, że ww. informacje i dokumenty:

1) nie stanowią informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa odpowiednio DXC i Asseco, którzy to wykonawcy nadmiarowo objęli tajemnicą przedsiębiorstwa informacje, które nie wypełniają dyspozycji art. 11 ust. 2 UZNK,

2) nie zostały zastrzeżone przez DXC i Asseco zgodnie z wymogami ustawy Pzp oraz wymogami wykazania spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK,

3) zostały bezzasadnie i nadmiarowo utajnione celem uniemożliwienia odwołującemu weryfikacji, czy odpowiednio DXC i Asseco oraz podmioty, na których zasoby się powołuje (DXC) spełniają postawione przez zamawiającego warunki udziału i nie podlegają wykluczeniu, oraz weryfikacji poprawności oceny oferty w zakresie punktowanych kryteriów oceny ofert.

Wskazując na powyższe odwołujący 2 wniósł o: (1) żądanie związane utajnionymi informacjami DXC - nakazanie odtajnienia całości informacji składających się na uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz całości informacji wskazanych powyżej w treści zarzutów;

(2) żądanie związane z utajnionymi informacjami Asseco - nakazanie odtajnienia całości informacji składających się na uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz całości informacji zastrzeżonych w Wykazie osób.

Konsorcjum Comarch, w zakresie zarzutów dotyczących objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów i informacji zastrzeżonych przez DXC w pierwszej kolejności wskazywało, że biorąc pod uwagę zapowiedziany przez zamawiającego zakres dalszego

utajnienia części tajnej Uzasadnienia tajemnicy tego wykonawcy stwierdza, na bazie dostępnych mu skąpo informacji, w oparciu o pismo zamawiającego z 15 lipca 2022 r., że zdecydował on o utajnieniu: 5 akapitów pisma z tabelami, całego punkt 9, wszystkich 11 dowodów, w tym ich nazw. W tym zakresie wskazał, że w razie podtrzymania decyzji zamawiającego odwołujący 2 nie ma i nadal nie będzie miał wiedzy nawet co do samych nazw tych dowodów. Podtrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie budzi szczególne zdumienie oraz sprzeciw dlatego, że trudno wyobrazić sobie jaką wartość gospodarczą może mieć sama nazwa dowodu.

Odwołujący 2 wobec opisanej wyżej sytuacji procesowej i braku jakiejkolwiek wiedzy co do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wniósł o weryfikację przez Izbę skuteczności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa DXC w ramach części tajnej uzasadnienia, wnosząc o jego odtajnienie.

Dalej zauważył, że nie mając wiedzy na temat podstaw uzasadniających dokonane zastrzeżenie dokumentów oferty przez DXC wywiedzenie odwołania jest poważnie utrudnione. Odwołujący 2 w tej sytuacji zwraca uwagę na jedyny dostępny mu na chwilę obecną fakt,

a mianowicie że w świetle ujawnionej decyzji zamawiającego doszło do utajnienia przez DXC wszystkich dokumentów oferty do tego w całości - co zamawiający podtrzymał. Odwołujący 2 wskazał, że takie zastrzeżenie jest niedopuszczalne. Pośrednio dowodzi to również tego, że Uzasadnienie tajemnicy DXC nie może być skuteczne, bowiem w zastrzeżonych jako całość dokumentach oferty z całą pewnością znajdują się informacje, które nie spełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, choćby dlatego że są neutralne lub po prostu nie mogą mieć wartości gospodarczej dla DXC. Drugim argumentem, uzasadniającym uwzględnienie odwołania jest to, że posiadanie wartości gospodarczej należy uzasadniać i oceniać w odniesieniu do konkretnych informacji. A contrario, nie ma możliwości uzasadnienia wartości „całego dokumentu", a jeżeli tak się stało, jest to uzasadnienie błędne i przez to nieskuteczne. W tym miejscu odwołujący 2 przypomniał, że praktyka zastrzegania całości dokumentów została już dawno poddana krytyce przez wypowiedzi orzecznicze - przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 715/21.

Z kolei w zakresie, w jakim kwestionował zastrzeżenie, jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów i informacji złożonych w postępowaniu przez Asseco, odwołujący 2 w pierwszej kolejności przypomniał, że treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez wykonawcę niewątpliwie jest kluczowa dla oceny skuteczności zastrzeżenia wszystkich informacji zastrzeżonych w postępowaniu, z powołaniem się właśnie na tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

W związku z tym jakiekolwiek ograniczenie w dostępności Uzasadnienia tajemnicy konkurentom, z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa (jak jest w przypadku Uzasadnienia Asseco) - musi podlegać podwójnie wnikliwej ocenie, a ponadto musi podlegać ocenie takiej samej, jak pozostałe zastrzegane informacje. W rezultacie w przypadku utajnienia części Uzasadnienia tajemnicy jako tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający

ma obowiązek zbadania, czy wykonawca - zastrzegający dane części tego Uzasadnienia - wykazał względem tych części wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Przyjęcie tezy przeciwnej, że badaniu takiemu nie podlegają utajnione z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa fragmenty Uzasadnienia tajemnicy tylko z tej racji, że zawarte są w dokumencie będącym samym Uzasadnieniem tajemnicy - jest niemożliwe bez naruszenia przepisów ustawy Pzp. i byłoby z gruntu błędne. Po pierwsze dlatego, że rozróżnienie takie nie ma oparcia w przepisach Pzp i UZNK, po drugie - wprowadzałoby ono nieuzasadniony niczym wyjątek zezwalający na dowolne, w tym bezpodstawne, utajnienie informacji składanych w ofertach i to w zakresie, który de facto rozstrzyga o ocenie skuteczności dokonania całości zastrzeżenia tajemnicy, względem wszystkich informacji/dokumentów zastrzeżonych w ofercie.

Powyższy wpływ jest prostym skutkiem konsekwentnego, a nie wybiórczego, stosowania przepisów. W razie obalenia przykładowo wartości gospodarczej zastrzeganych informacji (informacje w tym zakresie są utajnione w przypadku Uzasadnienia Asseco), całość informacji do których owa wartość gospodarcza się odnosi, musi zostać odtajniona.

Odnosząc się kolejno do utajnionych części Uzasadnienia tajemnicy złożonego przez Asseco fragmentów/ części uzasadnienia w pierwszej kolejności podkreślił, że żadna z przesłanek warunkujących skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odnośnie utajnionych w obrębie Uzasadnienia informacji, nie została przez Asseco wykazana. Nie została nawet uprawdopodobniona, nie mówiąc już o konieczności „udowodnienia" tych

przesłanek - co akurat jest poglądem forsowanym przez Asseco w jego licznych stanowiskach odwoławczych i skargowych wobec innych wykonawców. Skoro Asseco prezentuje taki pogląd - to winno go stosować w pierwszej kolejności do samego siebie. Zaniechanie tego przez właśnie Asseco winno mieć przełożenie na ocenę skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przez tego wykonawcę przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach niniejszego odwołania.

Asseco, chcąc poprawnie zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa przedmiotowe informacje/załączniki winno wykazać dla każdej z nich spełnienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa - czego nie uczyniło. Przykładowo - utajniając Załącznik nr 1 i 3 zawierający Klauzule poufności w umowach Asseco winno wykazać m.in. wartość gospodarczą tych klauzul, czego nie uczyniło. Fakt, że są zawarte w umowach „komercyjnych" czy pracowniczych nie czyni z automatu tych klauzul elementem mającym jakąś wartość gospodarczą. Nawet hipotetycznie zakładając jakieś niesłychanie wyrafinowane zapisy prawne obecne w ww. klauzulach Asseco - koniec końców w klauzulach o poufności nie ma

i nie może być nic nadzwyczajnego, ani unikatowego. Klauzule o poufności są normalnym, typowym i powszechnym elementem większości umów funkcjonujących w obrocie. Zarówno w umowach pracowniczych, jak i o świadczenie usług, czy innych umowach. Idea tych klauzul jest zawsze taka sama: mają chronić przed udostępnieniem na zewnątrz informacji uznanych przez strony za poufne (ze stosownymi wyjątkami, zazwyczaj dotyczącymi prawa przekazania informacji organom państwowym itp.). Klauzule te mogą różnić się zakresem zastrzeżenia, choć praktyka pokazuje, że zastrzega się „wszelkie informacje" podjęte w związku

z wykonywaniem umowy. Istnieje też dowolność w karach umownych za naruszenie tych klauzul, czy innych sankcji. Różnice te są również naturalne i uzasadnione i nie mogą decydować o posiadaniu przez klauzule poufności „zdolności do utajnienia". Odwołujący 2 stoi na stanowisku, że z ww. powodów powyższe argumenty przemawiają za tym, że zastrzeżenie klauzul o poufności (Załącznik nr 1 i 3) przez Asseco jest po prostu zabiegiem albo bezrefleksyjnym (Asseco zastrzegło je, ale nie zadbało by wykazać przesłanki) albo celowym, by wzmocnić wrażenie zasadności utajniania zastrzeżonych informacji.

Ponadto, w ocenie odwołującego 2, braku podstaw do utrzymania zastrzeżenia

ww. informacji objętych Uzasadnieniem dowodzi również charakter tych informacji, co wynika z kontekstu (fragmentów jawnych) ich podania. Otóż z jawnej treści Uzasadnienia jasno wynika, że wszystkie utajnione akapity w treści Uzasadnienia obejmują wyliczenie wartości gospodarczej przypisanych do nich informacji. Oznacza to, że zawierają albo określony algorytm/ wzór z podanym danych, ich znaczenia oraz wartości, albo operują opisowym ujęciem określonego wyliczenia. Odwołujący 2 zarzucił, że wzory czy algorytmy, niezależnie od ich ujęcia - same w sobie nie stanowią żadnej wartości gospodarczej. Żaden algorytm, rozumiany tu jako sposób dojścia, niezależnie od jego złożoności, czy formy ujęcia (opisowe/wzór) - nie decyduje o jakiejkolwiek przewadze konkurencyjnej, ani nie jest z definicji niedostępnym innym uczestnikom obrotu. Wynika to z faktu, że algorytmy są uniwersalne, mają bowiem oparcie w dorobku logiki, matematyki, czy nauk ekonomicznych. Z tego samego względu wzorów czy idei matematycznych nie uważa się za element mogący stanowić przedmiot prawa autorskiego. Gdyby Asseco twierdziło, że jest to jego „know-how„ to argumentację taką należy odrzucić, gdyż zwyczajnie nie polega ono na prawdzie, bowiem wiedza tego typu nie jest ani specyficzna, ani unikatowa. Sposób obliczenia wartości gospodarczej (wzór lub opis), to znaczy jakie elementy (bez samych danych liczbowych czy kwotowych) wykonawca wziął pod uwagę nie mogą być uznane za tajne. Z resztą tajne nie są, gdyż samo Asseco identyfikuje je częściowo w części jawnej uzasadnienia, powołując się na: dla wartości gospodarczej imion, nazwisk i certyfikatów - „(...) szkodę (...) w stosunku do jednego zespołu, dedykowanego do obsługi danego zamawiającego obliczoną jako zmniejszenie wydajności zespołu, a co za tym idzie zmniejszenie przychodów takiego zespołu dla organizacji wykonawcy. Takie zmniejszenie wydajności pracy w wyniku masowego „podkupywania" pracowników może wynosić nawet (.)"; dla wartości gospodarczej informacji o klientach i kontraktach komercyjnych - „Szkoda tutaj może być obliczona jako zmniejszenie przyszłych przychodów Asseco w przypadku, gdyby konkurenci pozyskali wiedzę

o realizowanych projektach i na tej podstawie „przejęli" takich klientów". Powyższe, niezależnie od wszystkiego, uzasadnia odtajnienie zastrzeżonych fragmentów „wykazania" wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Rozważania o ewentualnym traktowaniu sposobu obliczenia wartości gospodarczej

jako „know-how” Asseco mają charakter czysto teoretyczny, gdyż Asseco nie wykazało nigdzie, że tak właśnie traktuje ten element. Z kolei dane liczbowe wzięte pod uwagę przez Asseco nie mogą korzystać z ochrony o ile są ogólnikowe, lub oparte na danych możliwych do pozyskania zwykłą drogą i publicznie dostępnych, pochodzących z raportów giełdowych (w szczególności takich jak raporty bieżące, w ramach których notowane spółki mają obowiązek informować o wszystkich zdarzeniach mających istotny wpływ na ich sytuację gospodarczą, majątkową i finansową, w tym o zawarciu znaczących umów), jak i pochodzących z jawnych sprawozdań finansowych. Odwołujący 2 zarzucił, że obydwa ww. powody występują w przypadku utajnionych fragmentów Uzasadnienia - za czym przemawiają informacje jawne, które je poprzedzają. W tym miejscu przypomniał, że Asseco nie wykazało wartości gospodarczej owych algorytmów/wzorów oraz danych, jakimi się posłużyło. Jedne dowody do Uzasadnienia dotyczą klauzul poufności (w umowach pracowniczych i komercyjnych) oraz przestrzegania procedur dotyczący zarządzania ciągłością działania (Certyfikat ISO) - z którego nie wynika wartość gospodarcza tajemnicy konkretnego nazwiska, firmy klienta, algorytmu obliczającego wartość gospodarczą czy określonych danych.

Odwołujący 2 wskazał, że Asseco zastrzegając Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nadużywa prawa dlatego, że biorąc udział w innych postępowaniach, gdy chroni własne informacje - stoi na stanowisku, że utajnianie tego typu informacji jest niezgodne z Pzp. Przykładem takiego zapatrywania Asseco jest stanowisko tej firmy wyrażone w odwołaniu z dnia 10 maja 2021 r. (strony 4-5, w pkt 5) w prowadzonym przez ZUS „Zawarcie umów ramowych na rozwój kompleksowego systemu informatycznego ZUS”, numer referencyjny: TZ/271/23/20, publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 6 października 2020 r., 2020/S 194- 469527 (sygn. KIO 1389/21), na co odwołujący 2 przedstawił i załączył do odwołania dowód w postaci wyciągu z odwołania Asseco z 10 maja 2021 r., sygn. KIO 1389/21. Nie sposób przyjąć, że Asseco może tak działać na rynku zamówień publicznych, że jednocześnie domagać się odtajnienia, jak i utajnienia tych samych treści/informacji tylko dlatego, że w tym pierwszym przypadku domaga się tego wobec swych konkurentów, a w drugim - chroni własne informacje.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych w Wykazie osób skierowanych przez Asseco do realizacji zamówienia na wstępie odwołujący 2 przypomniał, że te, które zastrzegł Asseco jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa dotyczą bezpośrednio kryteriów oceny oferty oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Kwestię kryterium oceny ofert reguluje pkt XI SWZ, który w pppkt 1.2. przewiduje odrębne kryterium pn. doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia z wagą 40%. Zamawiający przewidział w opisie znaczenia tego kryterium, że będzie przyznawał punkty za doświadczenie wskazanych osób wedle zasady, iż będzie premiowany dłuższy czas doświadczenia, powyżej wymaganego minimum. Dla każdej z ról przewidziano odrębne czasokresy punktowanego doświadczenia i odrębną punktację, przy czym zamawiający dopuszcza posłużenie się tą sama osobą zarówno w celu uzyskania punktów w ramach oceny ofert, jak i w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Co za tym idzie, informacja o czasie doświadczenia danej osoby opisana w ofercie, jest informacją bezpośrednio podlegającą ocenie i skutkującą przyznaniem wykonawcy określonej liczby punktów. Informacja ta w Wykazie osób Asseco dla poz. 2 Wykazu osób (Administrator OpenShift) pozostaje tajna (por. okres udziału w projekcie [DD-MM-RRRR - DD-MM-RRRR] wiersz 1.2.5. i 1.2.8). Z kolei dane dotyczące imion i nazwisk personelu, jak i informacje o projektach komercyjnych mają przełożenie na możliwość weryfikacji poprawności przyznania punktów we wszystkich pozostałych przypadkach, gdzie Asseco domaga się przyznania maksymalnej liczby punktów, jak i wprost dowodzą spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że Asseco utajniło informacje mające bezpośredni wpływ na ocenę jego oferty i na potencjalny wybór tego wykonawcy. Taka praktyka jest nieprawidłowa.

Dokonując oceny zastrzeżenia części oferty wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający zobowiązany jest do całościowej i wszechstronnej analizy treści przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia, ze szczególnym uwzględnieniem tych informacji, które bezpośrednio lub pośrednio wpływają na ocenę oferty i jej pozycje w rankingu. Do takich informacji z pewnością należy również zaliczyć, obok informacji o czasie trwania punktowanego doświadczenia personelu, imiona i nazwiska osób skierowanych

do realizacji zamówienia (ich poznanie umożliwi weryfikację prawdziwości i zakresu wykazywanego doświadczenia i kompetencji), numery certyfikatów (co umożliwi weryfikację

tych certyfikatów, ich zakresu, ważności itd. a tym samym weryfikację spełnienia warunku), jak i nazw projektów komercyjnych oraz nazw klientów komercyjnych - co umożliwi weryfikację realności wykazywanego przez Asseco doświadczenia oraz tego, czy potwierdza ono sformułowane warunki udziału w postępowaniu, jak też i punktację w ramach kryteriów oceny ofert. Asseco utajniając ww. fragmenty niewątpliwie uniemożliwia dokonanie takiej weryfikacji. Uniemożliwia ją również sam zamawiający, poprzez podtrzymanie tego zastrzeżenia.

Asseco zastrzegł w złożonym Wykazie osób następujące dane/ informacje: A) Imiona i nazwiska wszystkich osób przypisanych do wykazanego udziału w projektach publicznych (dla ZUS, KRUS, ARIMR, GUGIK, IMiGW PIB), w tym Adminsitrator OpenShift; B) imię

1 nazwisko osoby (Administartor OpenShift) którego doświadczenie oparte jest zarówno na projekcie publicznym (dla ARIMR), jak i na 2 projektach komercyjnych; C) nazwy

2 projektów komercyjnych i ich odbiorców (podmiotów na rzecz których je realizowano) - w ramach doświadczenia Administartora OpenShift; D) okres udziału realizacji projektów komercyjnych przez Administartora OpenShift; E) numery certyfikatów i daty ich ważności.

Odnosząc się kolejno do zastrzeżonych danych odwołujący 2 w zakresie informacji na temat imion i nazwisk członków personelu wskazywał, że każda osoba wymieniona w Wykazie osób Asseco legitymuje się doświadczeniem w projektach publicznych, jedynie jedna, kierowana do roli Administratora OpenShift (poz. 2 Wykazu) dodatkowo legitymuje się doświadczeniem w 2 projektach komercyjnych (tajnych), realizowanych dla klientów komercyjnych (tajnych) przez utajniony okres czasu. Odwołujący 2 zarzucił, że utajnienie tych informacji jest bezpodstawne (przede wszystkim okresu czasu), a zamawiający podtrzymując je, nie dostrzegł braku podstaw do utrzymana ich w tajemnicy, czym naruszył ustawę Pzp.

Wynika to z następujących powodów. Zdaniem odwołującego 2 brak jest właściwego i wiarygodnego wykazania wartości gospodarczej imion i nazwisk (oraz certyfikatów) osób realizujących publiczne kontrakty wskazanych w Wykazie osób. Wskazywana wartość gospodarcza nie może być gołosłowna, np. ograniczona do podania jednej lub kilku liczb/kwot powiązanych z jakimś kryterium np. przychodowym w danym okresie czasowym; ogólnikowa tj. operująca danymi ogólnymi, pozostającymi bez związku lub w odległym związku z konkretną informacją utajnioną przez wykonawcę (przykładowo nie może ona operować danymi ogólnymi dotyczącymi generowanych przez pracowników przychodów, bez powiązania

z konkretnym personelem podanym w ofercie w Wykazie osób, którego dane osobowe, czy doświadczenie są utajnione); niewiarygodna - z uwagi na przyjęte czynniki czy kryteria jej wykazania. Odwołujący 2 przypuszcza, że mamy do czynienia właśnie z takim wykazaniem wartości gospodarczej, czego dowodzi dotychczasowa, znana odwołującemu praktyka tego wykonawcy, sprowadzająca się do podawania w ramach wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji zadeklarowanej wartości pieniężnej. Nawet jeżeli Asseco rozbudowało dotychczasową praktykę o kolejnych kilka liczb, a nawet użyło jakiegoś algorytmu, nie zmienia to faktu, że operuje w dalszym ciągu danymi ogólnymi, pozostającymi bez związku z konkretną informacją jaką utajniło (tu: imiona i nazwiska 10 osób z Wykazu osób). Dowodzą tego jawne fragmenty uzasadnienia tajemnicy. Wynika z nich, że Asseco odniosło się bowiem do przychodów, które potencjalnie mogą ulec zmniejszeniu, dodatkowo maksymalizując ewidentnie ich skalę (wniosek z twierdzenia o konieczności ochrony informacji „o tak dużej wartości gospodarczej").

Jeżeli weźmie się pod uwagę fakt, że Asseco posłużyło się ośmioma osobami w Wykazie, generowanie przez te osoby tej skali przychodów jest co najmniej wątpliwe. Przesądza to o koniecznej ocenie tego rzekomego „wykazania" przez Asseco wartości gospodarczej utajnionych informacji jako zastrzeżenia nieskutecznego, oderwanego od realiów złożonej oferty i jedynie deklaratywnego.

Odwołujący 2 zwrócił też uwagę, że Asseco nie wykazało przyczyny dla której domaga się utrzymania imion i nazwisk w tajemnicy. Jedynym motywem utajnienia imion i nazwisk personelu z Wykazu osób jest kwestia konieczności ochrony organizacji Asseco przed jakoby „masowym podkupywaniem pracowników Asseco". Jednak twierdzeń tych nie udowodniło,

co przekreśla skuteczność całości uzasadnienia tajemnicy, opartego na tym właśnie motywie i uzasadnia odtajnienie przedmiotowych informacji. To odrębny, niezależny powód, dla

którego podtrzymanie tajemnicy przez zamawiającego było niezasadne. Jedynie dla porządku należy odnotować, że braku tego nie można nadrobić, a wszelkie próby poszukiwania czy dostarczania dowodów na etapie po złożeniu zastrzeżenia i jego uzasadnienia w ofercie

- należy uznać za spóźnione.

Odwołujący 2 nadmienił, z uwagi na odniesienie się w Uzasadnieniu tajemnicy Asseco wprost do Comarch (do tego w części jawnej, tak by każdy mógł się zapoznać z opinią Asseco), jakoby to odwołujący 2 był podmiotem stosującym takie praktyki wobec Asseco,

iż nie można mylić fluktuacji kadr i naturalnego przechodzenia pracowników pomiędzy firmami z kwestią „podkupywania". Asseco nawiązuje zapewne do mających miejsce przejść niektórych jego pracowników do Comarch, w związku z pozyskaniem przez Comarch w roku 2018 r. całości kontraktu na utrzymanie KSI ZUS. Fakt taki miał miejsce istotnie, część osób przeszła do Comarch, jednak Asseco zdecydowanie nadużywa tej sytuacji, nadinterpretowując zarówno jego skalę („masowe"), jak i ignorując naturalne motywacje indywidualne pracowników, którzy mieli i mają zawsze prawo zmiany pracodawcy, zwłaszcza w sytuacji, gdy kończy się wieloletnie utrzymywanie danego systemu u ich dotychczasowego pracodawcy. Asseco nie wyjaśnia też co ma na myśli twierdząc o praktyce „podkupywania" jego pracowników (nie tylko przez Comarch, ale co do zasady). Posłużenie się jako przykładem takiej praktyki firmą odwołującego należy odczytywać wyłącznie jako element walki konkurencyjnej prowadzonej przez Asseco, pozostający bez związku z realiami ubiegania się o zamówienie i mającym za zadanie wyłącznie postawienie konkurenta w wątpliwym świetle.

Argumentacja, iż dany wykonawca działa na przyszłość, gdyż obawia się, że taka sytuacja związana z podkupywaniem może go spotkać - nie może stanowić argumentu uzasadniającego odstępstwo od zasady jawności postępowań w trybie Pzp, co potwierdzają liczne wypowiedzi orzecznicze (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 14 października 2020 r., sygn. akt KIO 1615/20 KIO 1660/20 KIO 1687/20 KIO 1688/20). Odwołujący wskazał też na obecne w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, które nie przyzwala na ogólnikowe i niewykazane szermowanie ryzykiem „podkupienia" pracowników. W orzecznictwie dostrzega się wyraźnie, że ewidentnym procesem, który stoi za zmianami pracodawców jest proces fluktuacji kadr, bardzo intensywny w branży IT. Izba w swych wyrokach dostrzega, że wykonawcy są w posiadaniu innych instrumentów, niż utajnienia danych osobowych w ofertach, które mogą chronić wykonawcę przed odpływem pracowników (wskazuje się tu na kształtowanie odpowiedniego poziomu wynagrodzeń).

Niezależnie od powyższego nie zachodzi także związek przyczynowy pomiędzy wywodzonym przez Asseco ogólnikowo rzekomym procederem „masowego" podkupywania jego pracowników, a konkretnymi informacjami zastrzeganymi w ofercie. Asseco chroni Wykazy osób składane w ofertach, również w tej złożonej w niniejszym postępowaniu a dokładnie zastrzega jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa imiona i nazwiska swego personelu wskazanego w ofercie (tu: 10 osób). Oceniając w warstwie logicznej jakość i wiarygodność „wykazania" w ww. sposób przez Asseco przesłanek tajemnicy należy stwierdzić, że motyw jakim posłużyło się Asseco, nie ma żadnego związku z Wykazami osób.

Odwołujący 2 wskazał, że żaden Wykaz osób składany przez Asseco w postępowaniach prowadzanych przez ZUS nie został mu udostępniony, z tej prostej przyczyny, że kwestia tajemnicy Wykazów osób utajnionych przez Asseco nigdy nie była badana przez Krajową Izbę Odwoławczą (Asseco nigdy nie uplasowało się na pierwszym miejscu w rankingu oceny ofert). Rozważając argumentację Asseco czysto teoretycznie, skoro Wykazy osób Asseco pozostawały tajne, a jednocześnie jakoby Comarch „podkupywała" pracowników Asseco czerpiąc wiedzę właśnie z tych Wykazów - to jak miałby to zrobić, skoro nie miała dostępu do tych wykazów z jawnymi nazwiskami ? Powyższe unaocznia gołosłowność przyjętej argumentacji dla wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania jej wartości gospodarczej - co eliminuje uznanie, że Asseco wykazało skutecznie zasadność dokonanego zastrzeżenia. Potwierdza to również, że działaniom Asseco przyświeca jedynie uniemożliwienie konkurencji zbadanie prawdziwości informacji zamieszczonych w wykazie.

Kolejnym argumentem podważającym skuteczność wykazania przez Asseco tajemnicy przedsiębiorstwa wobec imion i nazwisk osób zawartych w Wykazie osób jest uzasadnienie wartości gospodarczej tych imion i nazwisk, z powołaniem się na zmniejszenie wydajności zespołu dedykowanego do obsługi zamawiającego. Podnoszona „utrata

wydajności” jest nielogiczna i zwyczajnie nie może mieć miejsca. Zakładałaby bowiem dalszą kontynuację zamówienia przez Asseco. Tymczasem skoro przykładowo Comarch (lub DXC) wygra niniejsze postępowanie, Asseco utraci obecnie realizowany kontrakt. O żadnej utracie wydajności nie będzie zatem mowy. Ów dedykowany do obsługi systemu SIA zespół Asseco w ogóle nie będzie go utrzymywał (z dokładnością do niejako kończących obsługę obowiązków na etapie okresu przejściowego, związanych z przekazaniem utrzymania systemu SIA następcy Asseco). Poza wszystkim trudno uznać, by te kilka osób utajnionych w Wykazie Asseco mogło istotnie obniżyć wydajność zespołu Asseco obsługującego w ARIMR system SIA (zespół ten nie jest mniejszy niż 100 osób), nie mówiąc już o organizacji tego wykonawcy, która zatrudnia, wedle danych ze sprawozdania finansowego za 2021 rok - 2301 osób.

Nie sposób także uznać, że została w niniejszym przypadku spełniona przesłanka dotycząca utrzymania przekazywanych informacji w poufności, gdyż informacje o realizacji usług dla ARIMR przez pracowników Asseco są dostępne w Internecie (na profilach zawodowych typu Linkedin). Sami pracownicy Asseco informują publicznie o tym fakcie, przy czym należy uwzględnić to, że w ostatnich latach utrzymanie systemu SIA jest jedynym kontraktem realizowanym przez Asseco dla ARIMR. Powyższe prowadzi do wniosku, że ochrona owych zastrzeganych informacji (co jest jedną z przesłanek wykazania tajemnicy) jest w przypadku Asseco fikcyjna, a owe utajnione klauzule w umowach z pracownikami

są nieskuteczne dla celu, w jakim Asseco wykorzystuje je w przetargu (wykazania przesłanki tajemnicy - zakazu informowania o fakcie realizacji projektu dla ARIMR).

Niezależną podstawą odtajnienia imion i nazwisk pracowników z Wykazu osób Asseco jest fakt, że najprawdopodobniej sama treść tych klauzul jest oderwana od chroniących je danych. Odwołujący 2 zarzucił, że wątpliwym jest by treść tych klauzul uzasadniała objęcie tajemnicą dokładnie „imienia i nazwiska” pracownika oraz samej (to samo na marginesie dotyczy „firmy kontrahenta komercyjnego” Asseco i samej, ogólnej „nazwy projektu”). Jeżeli te tajne klauzule nie wymieniają tych konkretnych informacji jako uznanych przez strony za tajne, innymi słowy jeżeli pracownik lub Asseco nie domaga się utrzymania w poufności samego faktu zawarcia danej umowy o pracę, to te klauzule nie mogą służyć celowi, dla którego zostały one przez Asseco użyte w niniejszym postępowaniu. Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że wola utajnienia samego imienia i nazwiska pracownika, jako bardzo daleko idące ograniczenie, musi być wyraźna i nie może być wywodzona, czy wyinterpretowana z ogólnych sformułowań typu „wszelkie informacje”. Jeżeli tak jest, to znaczy że treść tych klauzul wprost nie utajnia tych konkretnych informacji a wówczas nie ma podstaw do tego, by Asseco je zastrzegło. Zamawiający podtrzymując takie zastrzeżenie w mocy, naruszył przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący 2 zaznaczył także, że wykonawca, który sam praktykuje określoną praktykę, lub prezentuje określone stanowisko procesowe, nie może jednocześnie domagać się, by takie samo stanowisko lub praktyka konkurenta nie była honorowana, czy wręcz twierdzić, iż narusza ona prawo. Tak samo nie może wykonawca korzystać z dobrodziejstw danej praktyki czy stanowiska, jeżeli podważa je u swych konkurentów dowodząc, że jest ono niezgodne z ustawą Pzp. Asseco prezentuje takie właśnie podejście, co powoduje, że utajnienie informacji zastrzeżonych przez Asseco w ofercie nie powinno korzystać z ochrony.

Innym przejawem omawianego podejścia jest fakt, iż niewątpliwie w Asseco pracują obecnie osoby poprzednio zatrudnione bądź to w DXC, bądź to u zamawiającego (ARIMR). Asseco szermując wobec konkurentów zarzutem „podkupywania” pracowników i wykorzystując te twierdzenia w celu utajnienia danych pracowników z własnej oferty nie zauważa, że samo znajduje się w sytuacji, w której doszło do zmiany pracy danych osób, które uprzednio pracowały u jego konkurenta, czy klienta. Gdyby przykładowo DXC czy ARIMR kierowało się logiką Asseco mogłoby twierdzić, że również doszło do „procederu podkupienia”. To kolejny argument za oceną o nadużywaniu przez Asseco pojęcia „podkupywania”

i ignorowaniu naturalnej fluktuacji kadr. Z prezentowanego tutaj punktu widzenia istotne jest to, że Asseco zasłania się przed odpływem (czy jakoby „podkupieniem”) swych kadr, podczas gdy samo zatrudnia osoby zatrudnione wcześniej u konkurenta, czy klienta.

Odwołujący 2 argumentował w dalszej części, że treść uzasadnienia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest sztampowe, Asseco w licznych postępowaniach wykorzystuje to samo uzasadnienie, jedynie w nielicznych miejscach je modyfikując. Podważa to skuteczność zastrzeżenia tajemnicy w niniejszym postępowaniu. Nawet bowiem przyjmując, że wykonawca w celu usprawnienia ofertowania ma prawo posługiwać się

pewnymi wzorcami, czy szablonami, to nie sposób racjonalnie przyjąć, że tajemnica przedsiębiorstwa chronionych danych jest zawsze taka sama, niezależnie od przedmiotu oferty i przetargu.

Odnosząc się do skuteczności zastrzeżenia przez Asseco informacji na temat imienia i nazwiska osoby mającej doświadczenie dodatkowe w projektach komercyjnych (Administrator Openshift) - poz. 2 Wykazu osób, to również w ocenie odwołującego 2, dane te nie powinny zostać utajnione. Przemawiają za tym te same argumenty, jak podane dla osób mających wykazane doświadczenie w realizacji projektów publicznych. Proponowany

Administrator OpenShift jest taką osobą (ma wykazane doświadczenie w projekcie wykonywanym dla ARIMR). Odwołujący 2 wyjaśnił, że wyodrębnił do osobnego punktu tę osobę z tego powodu, by odnieść się z ostrożności do kwestii realizowania przez nią umów komercyjnych: czy fakt ten jakoś dodatkowo uzasadnia tajność danych tej osoby. Jego zdaniem okoliczność taka niczego nie zmienia z jednego podstawowego względu: Asseco nie wykazało bowiem wartości gospodarczej, jaką ma ów pracownik (jego dane) z punktu widzenia realizacji kontraktów komercyjnych, co najmniej dla dwóch podanych. Brak informacji na ten temat w uzasadnieniu przekreśla ewentualną argumentację dla ich ochrony.

Odnośnie zastrzeżenia w Wykazie nazw dwóch projektów komercyjnych i ich odbiorców (podmiotów na rzecz których je realizowano) - w ramach doświadczenia Administratora OpenShift, tu również odwołujący 2 stwierdził, że brak jest wykazania przyczyn utajnienia (przejęcie kontrahentów, informacje o skali, technologiach itd.) oraz związku między ujawnieniem nazwy kontrahenta a jego „przejęciem". Asseco nie wykazało, że przekazanie czy ujawnienie nazwy kontrahenta, czy nazwy projektu zagraża lub narusza jego interes. Tezy o możliwości „przejęcia" tych klientów komercyjnych przez konkurencję są gołosłowne i niczym nie uzasadnione, tym bardziej, że Asseco na swojej stronie internetowej publikuje takie informacje (np. case study).

Twierdzenie o ryzyku przejęcia klienta (komercyjnego) zawarte w uzasadnieniu jest ogólnikowe, każdy wykonawca mógłby posłużyć się takim argumentem. Także uzasadnienie, jakie Asseco podało w ofercie dla utajnienia przedmiotowych danych jest lakoniczne, nieprzekonywujące, gołosłowne i po prostu mija się z prawdą. Nie jest prawdą, że podanie samej nazwy projektu czy nazwy klienta (komercyjnego) daje możliwość przeprowadzenia jakiekolwiek wartościowej analizy, czy zdobycia wiedzy o „potencjalne technicznym firmy", czy „możliwościach organizacyjnych". Po prostu sama nazwa projektu czy klienta nie jest nośnikiem takich informacji.

Ponadto, zgodnie z jawną treścią Uzasadnienia Asseco oparło wykazywaną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji na ryzyku „przejęcia" kontrahentów. Co za tym idzie, obok ryzyka podjęcia wiedzy o ww. technologiach, skali itd., interesem chronionym uczyniło zabezpieczenie się przed przejęciem tych kontrahentów przez konkurencję. Widoczne jest, iż Asseco ponownie nadużywa i hiperbolizuje efekt „podkupienia" - tym razem już nie pracowników, lecz wręcz kontrahenta przez konkurentów Asseco, opisując owe jakoby możliwe do utracenia przychody sformułowaniem „nawet". Uzasadnienie Asseco jest z gruntu błędne, nie da się obronić tezy, jakoby wgląd konkurentów Asseco (np. DXC i

Comarch)

w same nazwy kontrahenta Asseco/nazwy projektów - umożliwiał im w jakiś sposób przejęcie tych klientów. W tym miejscu podkreślił, iż nie jest prawdą, że ujawnienie nazwy kontrahenta Asseco, czy nazwy projektu - pozwoli Comarch, czy DXC (lub komukolwiek) na jego przejęcie od Asseco. Jest to sprzeczne z doświadczeniem życiowym, logiką i praktyką obrotu gospodarczego. O przejęciu klienta bynajmniej nie decyduje jego nazwa, ani nazwa ta nie umożliwia przejęcia klienta (nie jest jego warunkiem). Gdyby tak było - Asseco winno konsekwentnie nie publikować żadnych nazw swych klientów, również w ramach marketingu. Czym różni się nazwa klienta Asseco publikowana przez Asseco na swych stronach internetowych w ramach działań marketingowych, czy case study - od tajnej nazwy klienta zawartej przez Asseco w niniejszej ofercie? Jak wytłumaczyć, że jawne nazwy klientów Asseco, zawarte na stronach marketingowych tego wykonawcy nie szkodzą Asseco i nie umożliwiają „przejęcia" kontrahentów przez konkurentów Asseco? Otóż niczym się nie różnią. Powód i interes zwerbalizowany przez Asseco jest prostu fikcyjny i niewiarygodny. Nie ma związków przyczynowych pomiędzy podglądnięciem tej nazwy (kontrahenta czy projektu) przez konkurentów, a ich rzekomym przejęciem.

Asseco nie wykazało również, że podjęło wystarczające środki dla zachowania informacji w poufności. Skoro Asseco zamieszcza na swych stronach internetowych tzw. case study, to wymaga odnotowania, że wśród wszystkich nazw klientów komercyjnych Asseco ujętych w ww. case study'es tylko nazwa jednego klienta została utajniona. Pozostałe są jawne, a jest ich kilkadziesiąt. Co za tym idzie - biorąc pod uwagę fakt, że dla Administratora OpenShift Asseco utajniło nazwę dwóch projektów komercyjnych - istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że klienci ci oraz ich projekty są ujawnione na stronach internetowych tego wykonawcy. Asseco publikuje ponadto Case Study Book'ach, gdzie wskazywane są liczne projekty komercyjne, zagraniczne prezentujące dużo danych szczegółowych, w tym dotyczące użytych produktów, technologii, skali przedsięwzięcia itp.

Innym argumentem, poza ww. case study jest to, że Asseco nie wykazało również przesłanki, aby podjęło działania w celu zachowania poufności informacji zawartych w części tej oferty. Dowodem winny być klauzule o poufności w umowach z pracownikami, iż Asseco nie zezwala pracownikom na publikowanie w powszechnie dostępnych serwisach informacji o nazwach klientów Asseco, w ramach obsługi których dany pracownik świadczy pracę. Dowód taki podlegać powinien wnikliwej ocenie zamawiającego, który tego zaniechał.

Tymczasem informacje o udziale pracowników Asseco w projektach komercyjnych, z podaniem nazw tych klientów są publikowane przez samych pracowników, choćby na portalach typu LinkedIn. Przykłady takich publikacji zawarte zostały w załączniku do odwołania (dowód: przykładowe wydruki z portalu Linkedin pracowników Asseco publikujących dane klientów komercyjnych na rzecz których świadczą usługi). Powyższe dwa argumenty, niezależnie od siebie, dowodzą tego, że przyjęte przez Asseco „zabezpieczenie" w postaci klauzul o poufności dla ochrony danych kontrahentów/ nazw projektów jest niewystarczające. Chodzi o ocenę skuteczności podejmowanych kroków w celu utrzymania ochrony danych informacji. Jeżeli są one nieskuteczne co do zasady „dziurawe" - nie można uznać, że tego typu działalnie realizuje przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tych powodów zamawiający całkowicie bezzasadnie uznał, że Asseco wykazało spełnienie przesłanki tajemnicy dotyczącej braku powszechnego lub łatwego dostępu do informacji objętych zastrzeżeniem oraz podjęcie działań w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Niezależną podstawą odtajnienia nazw klientów komercyjnych/nazw projektów wskazanych w pkt 2 Wykazu osób jest fakt, że najprawdopodobniej sama treść klauzul o poufności jest oderwana od chroniących je danych. Odwołujący 2 zarzucił, że wątpliwym jest by treść tych klauzul uzasadniała objecie tajemnicą samej „firmy kontrahenta komercyjnego" Asseco i samej, ogólnej „nazwy projektu". Jeżeli te tajne klauzule nie wymieniają tych konkretnych informacji jako uznanych przez strony za tajne, innymi słowy jeżeli kontrahent nie domagał się od Asseco utrzymania w poufności samego faktu zawarcia danej umowy i nazwy jego firmy (oraz nazwy projektu), to te klauzule nie mogą służyć celowi, dla którego zostały one przez Asseco użyte w niniejszym postępowaniu. Innymi słowy, w takim przypadku nazwa kontrahenta, jak i nazwa projektu winna zostać przez Izbę odtajniona wskutek wniesionego odwołania.

Wola utajnienia samej nazwy kontrahenta i samej nazwy projektu, jako bardzo daleko idące ograniczenie, musi być wyraźna i nie może być wywodzona, czy wyinterpretowana z ogólnych sformułowań typu „wszelkie informacje". Jeżeli tak jest, to znaczy że treść tych klauzul wprost nie utajnia tych konkretnych informacji, wówczas nie ma podstaw do tego, by Asseco zasadnie je zastrzegło. Zamawiający podtrzymując takie zastrzeżenie w mocy naruszył przepisy ustawy Pzp.

Brak jest także, w odniesieniu do tych danych, właściwego i wiarygodnego wykazania wartości gospodarczej nazw klientów komercyjnych i nazw projektów. Asseco nadużywa i hiperbolizuje rzekome ryzyko „przejęcia" - tym razem już nie pracowników, lecz wręcz kontrahenta przez konkurentów Asseco. Jest to zabieg czysto erystyczny i nawet jeżeli Asseco podało tam rzeczywistą wartość przychodów generowanych przez tych (tego?) kontrahenta, nie ma to żadnego znaczenia dla wykazania wartości gospodarczej utajonej informacji.

A to dlatego, że mamy do czynienia z wartością, obarczoną błędnym pierwotnym założeniem, jakoby wgląd konkurentów Asseco (np. DXC i Comarch) w nazwy kontrahenta Asseco/nazwy projektów, umożliwiał im w jakiś sposób przejęcie tych klientów. Odwołujący 2 zarzucił,

że wartość gospodarcza informacji, nawet jeżeli dana liczbowa jest prawdziwa, ale

wywodzona w sposób nieuzasadniony, nielogiczny i sprzeczny z doświadczeniem życiowym - po prostu nie może zostać uznana za wiarygodnie i skutecznie wykazaną na potrzeby objęcia danej informacji poufnością w jawnym co do zasady przetargu.

Wartość gospodarcza to nie tylko kwota, lub jakaś kwota (np. przychód). To przede wszystkim wartość (pieniężna) zidentyfikowanego przez wykonawcę, konkretnego interesu, który decyduje się on chronić, pozostającego w związku przyczynowym z potencjalnym odtajnieniem danej informacji. Jeżeli interes ten jest niewiarygodny, fikcyjny to nawet prawdziwa wartość pieniężna do której się on odwołuje - nie może uzasadniać skutecznego utajnienia informacji. Wartość gospodarcza, nawet ogromna, dotycząca jednak fikcyjnego powodu (interesu) nie może być uznana za wykazaną, czego zamawiający nie zauważył.

Za aktualne w omawianym zakresie należy też uznać argumenty odwołania, odnoszące się do nadużycia prawa, przytoczone dla poparcia odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia imion i nazwisk pracowników z Wykazu osób Asseco. Dotychczasowa praktyka Asseco, znana odwołującemu 2 jasno pokazuje, że wykonawca ten co do zasady nie respektował nigdy objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych dotyczących projektów/klientów komercyjnych, o ile dane te były zastrzeżone przez konkurentów Asseco. Każda taka sytuacja o konkurenta Asseco, spotykała się z odwołaniem tego wykonawcy.

Nieprawidłowe jest też zastrzeżenie odnośnie numerów certyfikatów i daty ich ważności. W tym zakresie odwołujący 2 wskazał, że Asseco wywodzi konieczność utajnienia numerów i dat certyfikatów wyłącznie z tego, iż dane te umożliwiałby identyfikację imion i nazwisk członków personelu. Wykonawca ten nie prezentuje żadnych innych podstaw do zachowania tych danych w tajemnicy. Oznacza to, że utajnienie tych danych nie ma samodzielnego charakteru. Zależy wyłącznie od decyzji w zakresie oceny podstaw utrzymania przez zamawiającego w tajemnicy imion i nazwisk osób wskazanych w Wykazie. W tej sytuacji odwołujący 2 obejmuje zakresem zaskarżenia te dane, domagając się ich odtajnienia

w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego imion i nazwisk członków personelu.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

A. wykonawca: DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1936/ 22 oraz KIO 1962/ 22 po stronie zamawiającego;

B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1936/ 22 po stronie zamawiającego;

C. wykonawca: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1962/ 22 po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości, jako niezasadnych (pisma procesowe z 8 sierpnia 2022 r.).

Ponadto, swoje stanowisko w sprawie zaprezentowało DXC, odnosząc się do argumentacji zawartej w odwołaniach (pisma procesowe z 8 sierpnia 2022 r.).

W sprawie o sygn. akt KIO 1936/22 odwołujący 1 złożył dwa pisma procesowe. Stanowisko zawarte w piśmie z 8 sierpnia 2022 r. zostało zaprezentowane w związku z czynnościami, dokonanymi przez zamawiającego po złożeniu odwołania. Zamawiający 15 lipca 2022 r. zawiadomił wykonawców o zakończeniu czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek, warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie w piśmie wskazał, że po upływie terminu

na wniesienie środków ochrony prawnej od tej czynności, zamawiający będzie mógł

udostępnić informacje uznane za jawne. Za takie zmawiający uznał informacje zawarte w ofercie DXC, które to po upływie terminu na wniesienie odwołania oraz powzięciu informacji że DXC nie zaskarżyło czynności uznania ich za jawne - udostępnił innym podmiotom ubiegającym się o zamówienie. W konsekwencji, wypełniając swoje wcześniejsze zobowiązanie zawarte w piśmie z 15 lipca 2022 r., w dniu 27 lipca 2022 r. przekazał za pośrednictwem Platformy Zakupowej zarówno Asseco jak i Konsorcjum Comarch informacje uznane za jawne tj.: (a) Załącznik 15.5 - uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa - część jawna - w całości; (b) Załącznik 15.6 - Tajemnica przedsiębiorstwa - uzasadnienie_cz. tajna wraz z załącznikami - w części uznanej za nieskutecznie zastrzeżoną.

Odwołujący 1 stwierdził, że chociaż w wyniku tej czynności zamawiający odtajnił większość załącznika, na 30 stron zastrzeżonych jako tajemnica, pozostało około trzech stron, które nadal zostały przez zamawiającego uznane jako tajemnica przedsiębiorstwa DXC oraz lista załączników i same załączniki. Tym samym Asseco w dalszym ciągu nie ma wiedzy, jakie załączniki zostały załączone, czy są to załączniki, które mają znaczenie dla skuteczności zastrzeżenia, itp. Taki zakres utajnienia zakresu uzasadnienia zdaniem odwołującego 1 powoduje, że aktualna jest konstrukcja odwołania, która wskazuje, że zarzut opisany w pkt 1 jest zarzutem głównym, zaś zarzut 2 - zarzutem ewentualnym.

Obecnie odwołujący 1 musiałby się domyślać i dokonywać szeregu założeń np. że DXC dołączyło odpowiednie załączniki do uzasadnienia. Takie zachowanie DXC, bezkrytycznie uznane za prawidłowe przez zamawiającego, pozbawiło odwołującego możliwości podnoszenia zarzutów, których podstawą faktyczną byłaby treść uzasadnienia. Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że przedmiotowe uzasadnienie częściowo nie dotyczy treści oferty złożonej przez DXC, a zatem nie zasługuje w tym zakresie na objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa: na sześć wskazanych dokumentów DXC nie dołączyło do oferty: Wykazu wykonanych usług, certyfikatów, a więc odnosi się w uzasadnieniu zastrzeżenia do nieistniejących dokumentów.

Przedłożone uzasadnienie nie jest dostosowane do zakresu zastrzeganych dokumentów i jest przez DXC zamieszczane w każdej kolejnej ofercie. DXC nie stara się nawet dostosować jego treści do danego postępowania. Wskazuje na to fakt, że DXC wielokrotnie

i obszernie podaje uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji, których w ogóle nie ma w jego ofercie. Nie jest to wynik bynajmniej pomyłki, gdyż treści te wielokrotnie są powtarzane w treści uzasadnienia. Wobec powyższego żądanie odwołania, aby odtajnić całość zastrzeżonego uzasadnienia, jest jak najbardziej uzasadnione i prawidłowe. Skoro DXC nie dołożył należytej staranności i nie przedstawił zindywidualizowanego dokumentu uzasadnienia, to dokument taki nie zasługuje na to, aby był w jakiejś części objęty zastrzeżeniem.

W piśmie z 10 sierpnia 2022 r. Asseco przedstawiło swoją argumentację, w związku z przekazaniem przez zamawiającego 9 sierpnia 2022 r. (do czego został zobowiązany przez skład orzekający w niniejszej sprawie) dwóch dokumentów złożonych w postępowaniu przez Konsorcjum Comarch a zatytułowanych „Oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa", stanowiących uzasadnienie zastrzeżenia jawności dokumentu samooczyszczenia. Przy czym odwołującemu 1 udostępniono jedynie część tych oświadczeń tj. w takim zakresie, w jakim Konsorcjum Comarch nie zastrzegło, że uzasadnienie to stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

W piśmie Asseco oświadczyło, że cofa zarzut opisany w treści odwołania jako 3. Z tego powodu Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

W konsekwencji Asseco wniosło o potraktowanie zarzutu sformułowanego w pkt 4 jako zarzutu głównego, a zarzutu 5 jako ewentualnego, który miał podlegać rozpoznaniu na wypadek oddalenia zarzutu 4.

Odwołujący 1, uzupełniając swoją argumentację zawartą w odwołaniu zauważył, po zapoznaniu się z częścią uzasadnienia, iż części jawne są w obu przypadkach takie same. Można zatem przypuszczać, że i części tajne są bardzo do siebie zbliżone, czy wręcz zawierają treści analogiczne. Z kolei każdy z dwóch przypadków samooczyszczenia jest inny, gdyż dotyczy zupełnie innych sytuacji, a zatem także uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów samooczyszczenia powinno być inne.

Co więcej Comarch w obu przypadkach utajnił także listy załączników, ukrywając przed konkurencją nazwy dowodów oraz ich liczbę. Mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców Asseco zwrócił w tym miejscu uwagę na stanowisko Comarch wyrażone

w odwołaniu sygn. akt KIO 1962/22 (str. 6) w którym stwierdził, że trudno wyobrazić sobie jaką wartość gospodarczą może mieć sama nazwa dowodu. W ocenie odwołującego 1 zakres utajnienia samych dokumentów uzasadnienia jest zdecydowanie zbyt szeroki.

Asseco zaprezentowało swoje stanowisko również jako przystępujący, w sprawie o sygn. akt KIO 1962/22 (pismo z 8 sierpnia 2022 r.).

Z kolei odwołujący 2 w tej sprawie złożył pismo procesowe - wnioski dowodowe (pismo z 8 sierpnia 2022 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołań, odpowiedzią zamawiającego na nie, treścią pism procesowych przedkładanych przez strony i uczestników postępowań odwoławczych, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołujących przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez nich legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołujących we wniesieniu odwołania przejawia się
w następujący sposób. Odwołujący 1 i odwołujący 2 złożyli swoje oferty w postępowaniu i ubiegają się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności i zaniechań zamawiającego wskazanych powyżej, odwołujący zostali pozbawieni możliwości zapoznania się z treścią ofert złożonych przez konkurencję, a w konsekwencji zostali pozbawieni możliwości dokonania ich weryfikacji. Gdyby zarzuty sformułowane w odwołaniach potwierdziły się, zamawiający zostałby zobowiązany do dokonania czynności, których zaniechał a polegających na odtajnieniu tych fragmentów, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a postępowanie kontynuowane z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez strony i uczestników postępowań odwoławczych na okoliczności w nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. „Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus”.

Swoje oferty w postępowaniu 15 czerwca 2022 r. złożyli między innymi odwołujący 1, odwołujący 2 oraz DXC zastrzegając niektóre ich fragmenty, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 15 lipca 2022 r. zamawiający poinformował, że zakończył czynności związane z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał za prawidłowe zakres zastrzeżenia dokonanego przez Konsorcjum Comarch i DXC, z wyjątkiem uzasadnienia dołączonego przez DXC do oferty, które w części odtajnił.

Sprawa o sygn. akt KIO 1936/22

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu 1 zastrzeżonych przez wykonawcę DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa (zarzut 1) oraz zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu 1 zastrzeżonych przez Konsorcjum Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami (zarzut 4). Izba uznała, że do powyższych zarzutów należy odnieść się łącznie, gdyż dotyczą one tożsamej kwestii tj. możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samych wyjaśnień, które mają stanowić uzasadnienie dla objęcia tajemnicą informacji i dokumentów składanych w postępowaniu.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Istnieje od tej zasady wyjątek, przewidziany w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyraźnego podkreślenia wymaga jednak, że podstawową zasadą obowiązującą w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania,

a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp.

Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w świetle którego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei rolą zamawiającego, w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje taką tajemnicę stanowią.

Skład orzekający podziela też ocenę, formułowaną w licznych orzeczeniach, że 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 przedstawienie ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić poczynione zastrzeżenie.

W kontekście powyższych rozważań, na co należy zwrócić uwagę rozpoznając zarzuty odwołującego 1, dotyczące zaniechania odtajnienia treści uzasadnienia zastrzeżenia objęcia tajemnicą informacji i dokumentów - jak kluczowe znaczenie ma treść uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia. To ono z jednej strony stanowi dla zamawiającego podstawę dla oceny skuteczności dokonanego zastrzeżenia, dla innych wykonawców jest jedynym dokumentem, który pozwala ocenić czy czynność zamawiającego, polegająca na zaniechaniu odtajnienia danych informacji czy dokumentów, była prawidłowa.

Z kolei badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego, polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i do tego wyłącznie kontrola ta się sprowadza. Izba nie docieka bowiem, czy zastrzegane informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie, ale rozstrzyga w ramach postawionych zarzutów czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawcy w ustawowym terminie sprostali obowiązkowi wykazania objęcia danych zawartych w ich ofertach tajemnicą, czy też nie uczynili tego w sposób wystarczający.

Skoro zatem tak istotne w procesie badania skuteczności zastrzeżenia jest samo uzasadnienie zastrzeżenia informacji, gdyż jest to dokument kluczowy zarówno dla zamawiającego, który bada czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji; dla innych wykonawców, którzy również oceniają jakość tego uzasadnienia i podejmują na tej podstawie decyzję o ewentualnym złożeniu odwołania na czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania; w końcu też jako podstawa do orzekania przez Izbę, gdyż to treść uzasadnienia decyduje o tym, czy uzna ona, że wystąpiły przesłanki, aby w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogły

pozostać niejawne - to sama jego treść musi pozostać jawna dla wszystkich. Niedopuszczalne jest zastrzeganie całości takich wyjaśnień, ale też ich fragmentów, gdyż nawet w nich mogą mieścić się informacje istotne, które będą decydowały o tym, czy poczynione zastrzeżenie jest skuteczne, czy też informacje zastrzeżone jako niejawne - należy odtajnić.

Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie powodów zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być ze swojej istoty taką tajemnicą objęte i rolą wykonawcy jest takie jego sporządzenie, by takich tajemnic

w samym uzasadnieniu nie ujawniać. Składy orzekające zwracały też uwagę, że uzasadnienie takie musi być jawne właśnie z tej przyczyny, że służy weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów (tak między innymi: wyrok KIO z 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2498/18; wyrok KIO z 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 1965/20; wyrok KIO z 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2758/21, jak też cytowane przez odwołującego 1: wyrok KIO z 11 marca

2022 r., sygn. akt KIO 503/22, wyrok KIO z 28 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3513/21, KIO 3514/21). Z kolei w wyroku z 23 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2314/18 Izba podsumowała takie działania stwierdzając, że: "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".

Skład orzekający poglądy powyższe w pełni podziela, stąd należało uznać zarzuty odwołującego 1, któremu zamawiający nie przekazał całości uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa DXC i Konsorcjum Comarch, za zasadne.

Nie ma przy tym znaczenia, w jakim zakresie i jak obszerne fragmenty uzasadnienia pozostały niejawne. Odwołujący 1 miał prawo zapoznać się z całością złożonego uzasadnienia, gdyż dopiero to pozwala na podjęcie decyzji, czy dokonane przez konkurencyjnych wykonawców zastrzeżenie części dokumentów i informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa - może być uznane za skuteczne. Nawet informacje zawarte w niewielkim fragmencie uzasadnienia mogą być decydujące w tym przedmiocie, a wykonawca nie wiedząc co się w danej części znajduje może jedynie snuć domysły na temat tego, czy inny wykonawca sprostał obowiązkowi wykazania skuteczności zastrzeżenia danych jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, czy też obowiązkowi temu nie podołał.

Oceny w tym zakresie nie zmienia także okoliczność, że Konsorcjum Comarch w treści dokumentów pn. „Oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa” zawarł zastrzeżenie, że także te informacje, które stanowią element uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa również mają charakter organizacyjny, co wynika z ich treści, jak też mają wartość gospodarczą, jako że same ujawniają wartość gospodarczą zastrzeganych informacji oraz ich znaczenie dla wykonawcy, a zatem mają same wartość gospodarczą na równi

z prezentowanymi informacjami. Nadto, Konsorcjum Comarch wskazało, że przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają zakazu zastrzegania treści pisma zastrzegającego dane informacje jako tajemnicę. Nawet jeśli tak jest, to ponownie należy przypomnieć, że istotą uzasadnienia zastrzeżenia informacji jest wykazanie, że dane informacje mogą być uznane za taką tajemnicę, tym samym argumentacja w tym zakresie musi być jawna dla wszystkich, aby poddać weryfikacji prawidłowość zastrzeżenia. Gdyby jednak hipotetycznie dopuścić taką praktykę, którego to stanowiska skład orzekający w niniejszej sprawie nie podziela, to również zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa samo uzasadnienie - wykonawca musiałby wykazać spełnianie przesłanek opisanych w przepisach UZNK, dowodząc zasadności jego utajnienia dla innych podmiotów. Prowadziłoby to do sytuacji, w której

wykonawca musiałby sporządzać kolejne uzasadnienie, tym razem wykazujące skuteczność zastrzeżenia uzasadnienia. Co istotne w omawianej sprawie, Konsorcjum Comarch ograniczyło się wyłącznie do twierdzenia, że samo uzasadnienie zawiera informacje mające dla tego wykonawcy wartość gospodarczą, co jest o tyle gołosłowne, że brak jest nawet wyjaśnienia które to dane i z jakich przyczyn taką wartość dla przedsiębiorcy mają, nie mówiąc już

o konieczności wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się natomiast do kwestii samej możliwości objęcia tajemnicą załączników do uzasadnienia zastrzeżenia - aktualne pozostają wywody odnoszące się do tego, że ich dobór powinien być dokonany w taki sposób, aby z jednej strony wykonawca miał możliwość przedłożenia dowodów na poparcie swojej argumentacji, z drugiej natomiast aby uczynił to w taki sposób, który pozwoli innym uczestnikom postępowania na zapoznanie się z ich treścią. Nie trzeba przecież przedkładać całych dokumentów wewnętrznych firmy, pełnej treści umów zawartych z kontrahentami, czy też umów zawartych z pracownikami, które to zawierają dane osobowe, na poparcie swoich twierdzeń zawartych w uzasadnieniu. Załączniki te, jako przedkładane na poparcie argumentacji zawartej w uzasadnieniu zastrzeżenia, również mają kluczową rolę dla oceny samego uzasadnienia, stąd na równi z treścią samego uzasadnienia - powinny pozostać jawne dla innych uczestników, jako że także w oparciu o nie, zamawiający podejmuje decyzję o tym, czy dokonane zastrzeżenie tajemnicy, zostało skutecznie dokonane.

Izba dostrzegła wprawdzie, na co uwagę zwracali przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy, iż Asseco domagając się odtajnienia całości uzasadnienia i twierdząc, że praktyki takie są niedopuszczalne, jednocześnie samo zastrzegło fragmenty tychże, jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Zaznaczyć jednak należy, że przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie były zarzuty dotyczące możliwości utajnienia uzasadnienia wyjaśnień w ofertach DXC i Konsorcjum Comarch i to wyłącznie w tym przedmiocie Izba władna jest się wypowiedzieć. Wywody DXC prezentowane w piśmie procesowym z 8 sierpnia 2022 r., jakoby powodem dla którego kwestionowana jest skuteczność takiego zastrzeżenia była obecna konfiguracja ofert w postępowaniu (okoliczność, że to DXC zaproponowało cenę najniższą) jest bez znaczenia dla oceny, czy zastrzeżenie takie należy uznać za skuteczne, czy też wyjaśnienia należy w całości odtajnić.

Tym samym Izba uznała za zasadne dwa zarzuty odwołania, które Asseco sformułowało jako zarzuty główne i nakazała odtajnienie całości uzasadnienia. Pozostałe zarzuty Izba pozostawiła bez rozpoznania, gdyż odwołujący 1 sformułował je jako ewentualne, wielokrotnie zarówno w treści odwołania, jak też w pismach procesowych i na rozprawie podkreślając, że formułuje je wyłącznie na wypadek, gdyby Izba nie uznała argumentacji

w zakresie odnoszącym się do konieczności odtajnienia treści uzasadnienia zastrzeżenia.

Izba w tym zakresie nie podzieliła argumentacji Konsorcjum Comarch, który kwestionował możliwość takiej konstrukcji zarzutów odwołania, gdzie część podnoszona jest jako główne, a na wypadek ich oddalenia - formułowane są kolejne zarzuty, określane jako ewentualne.

Zasadą jest, że to od decyzji odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzut główny oraz, na wypadek jego nieuwzględnienia, zarzut ewentualny. Co więcej, w niniejszym przypadku, kiedy uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które co nie ulega wątpliwości służy ocenie czy samo zastrzeżenie może być uznane za skuteczne - jest działaniem racjonalnym

i uzasadnionym. Trudno bowiem odnieść się do kwestii skuteczności dokonanego zastrzeżenia, jedynie formułując w tym zakresie domysły i wątpliwości, tym bardziej jeśli zastrzegane są obszerne fragmenty uzasadnienia. Jednocześnie podniesienie takiego zarzutu, bez wskazania na jego ewentualny charakter, zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby odwołującego na odrzucenie ewentualnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej.

Procedura odwoławcza, uregulowana w ustawie Pzp, jest w istocie procedurą cywilną, a jej postanowienia w przeważającej mierze wzorowane są na przepisach kodeksu postępowania cywilnego. Warto wskazać, że w orzecznictwie sądowym rozpatrywana sprawa może być opisana jako przypadek kumulacji roszczeń (tu zarzutów). W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne, zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw jest do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r.,

I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia

przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r., sygn. akt IV CR 403 stwierdzając, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Należy nadmienić, że Izba wielokrotnie w takich sytuacjach uznawała za właściwą decyzję wykonawcy, który w treści odwołania przyjmował taką konstrukcję zarzutów, zwłaszcza w sytuacji gdy kwestionowane było zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wówczas za racjonalne i w pełni akceptowane przez składy orzekające w tych sprawach było rozstrzyganie w przedmiocie skuteczności zastrzeżenia takich wyjaśnień, a w razie gdy Izba uznała, że objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa jest nieskuteczne, a odwołujący formułował zarzuty zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy z tego powodu, że zawiera ona cenę rażąco niską jako ewentualne - Izba pozostawała taki zarzut bez rozpoznania, dając tym samym szansę na zapoznanie się wykonawcy z treścią złożonych wyjaśnień (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2018 r., sygn. akt KIO 2132/18; wyrok KIO z 26 lutego 2019 r., sygn. akt: KIO 260/19; wyrok KIO z 11 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1190/19).

Wielokrotnie wypowiadały się w tym przedmiocie także sądy, rozpoznające skargi na orzeczenia KIO, dopuszczając taką właśnie konstrukcję zarzutów. Izba w pełni podziela i uznaje za własne między innymi stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. XXIII Zs 133/21, w którym to orzeczeniu czynił rozważania na temat konsekwencji takiego formułowania zarzutów odwołania, w którym część zarzutów podnosi się jako główne, inne natomiast podnosząc jako ewentualne. Sąd odniósł się do istoty zarzutu (czy też szerzej roszczenia ewentualnego), przytaczając w tym celu fragment uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2013 r. (sygn. akt III CZP 58/13, opubl.

w OSNC z 2014 r. Nr 6, poz. 62), na którą powoływali się zresztą zarówno skarżące (...) jak i zamawiający. W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy zarysował tło historyczne kształtowania się tej instytucji z przytoczeniem orzecznictwa, ale przede wszystkim w sposób zwięzły oddał jej istotę wskazując, że „Powód może zgłosić w pozwie obok żądania głównego żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia żądania sformułowanego jako podstawowe i usytuowane na pierwszym miejscu. Możliwość zgłoszenia żądania ewentualnego istnieje tak w sprawach o świadczenie, ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego bądź prawa, czy o ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa. Nie zostało wyłączone oparcie żądania ewentualnego na odmiennej podstawie faktycznej, czy też prawnej, niż żądanie główne. Byt żądania ewentualnego uzależniony jest od żądania głównego. W razie uwzględnienia przez sąd żądania przedstawionego jako pierwsze, rozpoznanie żądania ewentualnego staje się bezprzedmiotowe; nie jest wydawane w stosunku do niego żadne orzeczenie. Do rozpoznania tego żądania dojdzie w przypadku oddalenia żądania głównego. Takie ukształtowanie żądań pozwu stanowi szczególny rodzaj kumulacji roszczeń, co oznacza konieczność odpowiedniego zachowania warunków przewidzianych

w art. 191 KPC.” Dalej sąd wyjaśnił, że żądanie ewentualne (w przypadku odwołania zarzut ewentualny) aktualizuje się dopiero po przesądzeniu, że żądnie główne jest bezzasadne. Do czasu oddalenia żądania głównego, żądanie ewentualne pozostaje niejako w uśpieniu i nie jest nawet przedmiotem zainteresowania organu orzekającego (tu KIO), w konsekwencji w przypadku uwzględnienia żądania głównego, żądanie ewentualne pozostaje poza przedmiotem rozstrzygnięcia. W konsekwencji sąd uznał, że nie ma powodów by wykluczyć dopuszczalność takiego sformułowania zarzutów odwołania tj. przy zastosowaniu instytucji żądań (zarzutów) ewentualnych.

Do analogicznych wniosków prowadzi analiza innego orzeczenia: Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r. XXIII Zs 53/21, w którym podkreślono, że Izba zasadnie uznała jeden z zarzutów jako ewentualny (zgodnie z treścią odwołania) i w konsekwencji postąpiła z nim tak samo jak postępuje się z roszczeniem ewentualnym, tj. w razie uwzględniania roszczenia głównego - nie orzeka się o nim. Sąd zauważył, że zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Należy zatem sformułować wniosek, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym o braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego, skoro żądanie takie nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.

Taka sytuacja zaistniała w realiach rozpoznawanej sprawy. Okoliczność, że zarzuty opisane w pkt 1 i 4 odwołania zostały sformułowane jako główne, zaś zarzuty 2 i 5 jako ewentualne, zgłoszone na wypadek nieuwzględnienia zarzutów głównych - wynikało z treści odwołania, jak też pisma procesowego z 10 sierpnia 2022 r. Skoro zatem zarzuty główne zostały uwzględnione, pozostałe Izba zobligowana była pozostawić bez rozpoznania. Jak zauważono wcześniej to odwołujący 1 jest dysponentem zarzutów, a zatem jako podmiot uprawniony do konstruowania zarzutów ewentualnych miało prawo wnosić o ich pominięcie w przypadku uwzględnienia zarzutów opisanych jako główne.

Sprawa o sygn. akt KIO 1962/22

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez DXC oraz Asseco uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami/ dowodami.

Izba zarzuty powyższe uznała za zasadne, nakazując zamawiającemu odtajnienia treści uzasadnień, jak też samych załączników do uzasadnienia. Aktualna w tym zakresie pozostaje argumentacja, jak w sprawie o sygn. akt KIO 1936/22.

Trafne okazały się także zarzuty sformułowane przez odwołującego 2, a dotyczące naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez DXC informacji i dokumentów dotyczących podmiotów użyczających zasoby oraz Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego.

Tu również aktualna pozostaje argumentacja, jak dla sprawy o sygn. akt KIO 1936/22 w zakresie, w jakim Izba poczyniła spostrzeżenia co do tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest co do zasady jawne, zaś wyjątki od tej zasady są możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca w terminie określonym przepisami ustawy Pzp - wykaże zasadność ich zastrzeżenia.

Przypomnieć taż należy, co istotne dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego, w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje taką tajemnicę stanowią. Z kolei podstawą dla dokonania takiej oceny przez zamawiającego, jest treść uzasadnienia zastrzeżenia danych informacji i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa i jeśli to zawiera jedynie ogólnikowe twierdzenia, które mają uzasadnić poczynione zastrzeżenie - obowiązkiem zamawiającego jest takie zastrzeżenie uznać za bezskuteczne i przekazać te dokumenty innym wykonawcom.

Izba w postępowaniu odwoławczym poddaje z kolei ocenie czynność zamawiającego, polegającą na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia i ocenia je wyłącznie w granicach, w jakich wykonawca podnosi argumenty, dla których należy uznać, że dane informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Izba orzekając w niniejszej sprawie wzięła zatem pod uwagę wyłącznie argumentację, którą DXC przedstawił w złożonym uzasadnieniu i, po lekturze tegoż, doszła

do przekonania, że rację ma odwołujący 2 twierdząc, że DXC nie sprostał ciężarowi wykazania, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa: wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz dokumenty dotyczące podmiotów użyczających zasoby, w istocie taką tajemnicę stanowią.

W pierwszej kolejności Izba, oceniając treść uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień stwierdziła, że DXC w sposób nieuprawniony dokonało zastrzeżenia w odniesieniu do całości tych dokumentów. Izba wielokrotnie wypowiadała się na temat samego sposobu zastrzegania dokumentów w postępowaniu zwracając uwagę, że z uwagi na to, że zastrzeganie takie jest zaprzeczeniem zasady jawności postępowania (art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), jak też jego przejrzystości (art. 16 ustawy Pzp), powinno ono odbywać się z zastosowaniem zasady,

że zastrzegany winien być możliwie jak najmniejszy fragment tekstu: pojedyncze dane (np. liczbowe, nazwy kontrahentów), poszczególne wersy lub ich fragmenty, zdania czy też ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty, a jeśli już całe dokumenty to winno to mieć miejsce jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości. Rzadko bowiem takie dokumenty, jako całość, od początku do końca zawierają takie informacje, które podlegają ochronie z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Jeżeli natomiast istnieją takie przesłanki, aby cały dokument objąć tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy, co może nastąpić w szczególnie uzasadnionych okolicznościach, to z treści uzasadnienia zastrzeżenia winno bezsprzecznie wynikać z jakich powodów wykonawca uznał, że dokument ten, jako całość, a co za tym idzie wszystkie przekazywane w nim dane czy treści, podlegają ochronie.

Nie wystarczy zatem jedynie stwierdzić, jak to uczyniło DXC w swoim piśmie uzasadniającym zastrzeżenie, że dany dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż spełnione są ustawowe wymogi ochrony wynikające z UZNK, ale konieczne jest wskazanie jakie dane tam się znajdują i dlaczego cały ten zbiór należy tajemnicą taką objąć. Wymaga to podania przez wykonawcę precyzyjnych informacji jakie dane zostają objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji - przesłanek koniecznych do ochrony tych informacji.

Trafnie argumentował odwołujący 2, że niedopuszczalne jest objęcie przez DXC wszystkich dokumentów w całości tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż nawet jeśli część zastrzeżonych danych może taką tajemnicę stanowić, to pośród nich znajduje się też szereg takich, które są neutralne z punktu widzenia spełniania przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i nie stanowią wartości gospodarczej dla DXC np. część wykazu osób, którego treść została narzucona. Z pewnością takie zastrzeżenie nie może być zatem uznane za skuteczne, i z tego powodu dokumenty te nie powinny podlegać ochronie, a obowiązkiem zamawiającego było ich przekazanie innym wykonawcom.

Przyczyny dla których DXC wnioskował o objęcie powyższych tajemnicą, zostały zawarte w dokumencie pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem”, który to został w znacznej części udostępniony wykonawcom 27 lipca 2022 r. W ocenie Izby nie spełnia on wymagań, odnoszących się do nałożonego na wykonawcę obowiązku wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym dokonane zastrzeżenie jest nieskuteczne.

Zdaniem Izby z treści uzasadnienia dołączonego przez DXC nie wynika, co jest warunkiem koniecznym, że ziściły się wszystkie przesłanki, które decydują o możliwości zastrzeżenia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazało wartości gospodarczej do każdej z zastrzeganych informacji.

Należy przypomnieć, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

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

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

Przy tym mówiąc o „wykazaniu” nie mamy na myśli zawarcia w treści pisma samej deklaracji, że wolą wykonawcy jest objęcie pewnych danych tajemnicą czy stwierdzanie, że dana informacja ma wartość gospodarczą. Nie może to polegać również na zamieszczeniu ogólnego opisu, ale wykonawca ma obowiązek wykazać, że ta określona informacja

przedstawia pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy, właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna.

Odnosząc to do treści uzasadnienia, zawartego w piśmie DXC, w którym zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa: wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, jak też dokumenty dotyczące podmiotów trzecich Izba stwierdziła, że argumentacja zawarta w przedmiotowym piśmie jest ogólna, w dużej części zawiera przytoczenie samych przepisów i wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, jak też omówienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismo to należy również uznać za abstrakcyjne o tyle, że wynika z niego, że zamiarem wykonawcy jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa szeregu dokumentów, które nawet nie zostały złożone na tym etapie, odsyła do nieistniejących dokumentów np. wykazu usług czy certyfikatów. Na rozprawie DXC wyjaśnił wprawdzie, że zawarto w nim „zapowiedź" utajnienia tych dokumentów na późniejszym etapie, nie sposób jednak stwierdzić tego na podstawie samego zastrzeżenia, przez co sama treść uzasadnienia staje się abstrakcyjna, albowiem oderwana od treści dokumentów, które wykonawca na obecnym etapie postępowania przedłożył.

W dalszej części w uzasadnieniu poświęcono wiele miejsca, próbując wykazać, że w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK, a w konsekwencji, że zastrzegane dokumenty winny być objęte tajemnicą. DXC wskazuje w szczególności, że na podstawie tych danych inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale spółki, jej powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i doboru specjalistów skierowanych do realizacji umowy, jak i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu. Argumentuje, że powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia, zdobywanych przez wiele lat funkcjonowania DXC na rynku usług IT, zarówno polskim jak i międzynarodowym. Uzasadnia, że sektor technologii informatycznych jest wysoce konkurencyjny oraz podlega stałemu i dynamicznemu rozwojowi technologicznemu, co powoduje, że podmioty konkurujące ze sobą na tym rynku muszą realnie dbać o swój potencjał konkurencyjny. Ponadto twierdzi, że negatywny wpływ na pozycję rynkową DXC może mieć fakt poznania informacji na temat osób czy współpracujących z DXC podmiotów wskazując, że wiedza taka może ją znacznie osłabić, a tym samym uniemożliwić spółce zdobywanie kontraktów, zarówno w sektorze publicznym jak i niepublicznym. W szczególności zauważa, że nasilające się od dłuższego czasu zjawisko tzw. „rynku pracownika", na którym mniejsza jest podaż pracownika, jest szczególnie widoczne w branży IT. Dzięki powszechnej globalizacji polscy programiści, zwłaszcza ci wysoko wykwalifikowani, mają dostęp do szerokiego, nie tylko polskiego rynku usług IT, co powoduje, że braki kadrowe są realnym zagrożeniem dla podmiotów - pracodawców z tej branży. Aby zapobiegać takim sytuacjom, DXC inwestuje w rozwój i

szkolenie swoich pracowników oraz ponosi wysokie koszty zatrudnienia. Ponadto dla większości firm, w tym dla spółki, sam fakt nawiązania współpracy handlowej stanowi tajemnicę handlową i nie podlega on publicznej wiadomości, nie wspominając o warunkach finansowych takiej współpracy. A więc ujawnienie informacji o osobach, którymi DXC dysponuje w celu realizacji zamówienia, oraz ich kwalifikacjach zawodowych w powiązaniu ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego

do udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, może doprowadzić do próby „podkupienia" zarówno kontrahentów podmiotu udostępniającego zasoby, jak i pracowników DXC. Ryzyko takiego działania nie jest wyłącznie potencjalne czy hipotetyczne, ale realne i miało już wielokrotnie miejsce w przeszłości.

Taka argumentacja nie może zyskać w ocenie Izby aprobaty głównie z tego powodu, iż wykonawca oprócz tego, że opisał jak funkcjonuje rynek usług IT, z jakimi to brakami kadrowymi musi zmierzyć się DXC i z jakim to ryzykiem wiąże się udostępnienie informacji na ten temat - nie wskazał nawet jakie to czynności przewidziane prawem podjął, celem zabezpieczenia się np. przed przejściem pracowników do konkurencji. Nie jest niczym szczególnym, że na rynku pracy i w obrocie gospodarczym stosuje się klauzule i umowy o zakazie konkurencyjności i umowy o zachowaniu poufności, które z przyczyn finansowych zmuszają pracowników, współpracowników i podmioty trzecie do zachowania zasad wynikających z tych klauzul. To właśnie tego typu porozumienia stanowią dla przedsiębiorcy zasadniczą ochronę przed przejściem pracowników do konkurencji albo wyciekiem informacji. Oczywiście należy liczyć się z tym, że podpisanie z pracownikami tego typu porozumień wiąże się z odpłatnością za tego typu zakazy konkurencji, jednakże w sytuacji, kiedy rzeczywiście wykonawca boryka się z takimi brakami kadrowymi, a dodatkowo twierdzi, że powołane

w wykazie osoby mają szczególne cechy i z tego powodu ochronie podlegają dane umożliwiające ich identyfikację - to w pierwszej kolejności powinien był udowodnić,

że w ramach swojego przedsiębiorstwa, w sposób szczególny, dba o zachowanie tych danych w poufności i zabezpiecza się w odpowiedni sposób, uniemożliwiając tym osobom przechodzenie do konkurencji.

Ponadto wykonawca twierdząc, że praktyka „podkupywania" pracowników, jak też kontrahentów jest czymś powszechnym, a ryzyko takiego działania nie jest wyłącznie potencjalne czy hipotetyczne, ale miało już miejsce w przeszłości, przy czym nie podał nawet takiego przykładu. Niezbędne w takim przypadku jest opisanie kiedy taka sytuacja miała miejsce, jakich osób czy podmiotów dotyczyła, a dodatkowo należałoby wykazać, że w rzeczywistości doszło do takiego „podkupienia", a więc, że inny podmiot podejmował działania polegające na namawianiu pracowników DXC do rozwiązania stosunku pracy w spółce i do rozpoczęcia zatrudnienia u innego pracodawcy. Jeśli nie miało to miejsca, a zmiany pracodawcy następowały np. w wyniku tego, że dana osoba, specjalizująca się w wąskiej dziedzinie chciała zajmować się znanymi mu zagadnieniami, a inny podmiot wygrał przetarg na obsługę takiego sytemu, lub też pracownik sam nie był zadowolony z wynagrodzenia, które otrzymywał i przeszedł do pracodawcy, u którego zaproponowano mu lepsze warunki współpracy - to takie sytuacje nie mają związku z procederem „podkupywania" pracowników, ale należy je traktować jako zwyczajne zjawisko rotacji kadr na danym rynku.

Również deklaracja, zawarta w uzasadnieniu, że DXC w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i mając na względzie należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, zapewnił osoby w najwyższym stopniu spełniające te wymagania, wybrał te osoby spośród swojej kadry, która jest budowana przez lata funkcjonowania na rynku, której kompetencje są stale podnoszone w wyniku działań podejmowanych przez DXC a ponadto, że doświadczenie osób wskazanych w wykazach będzie podlegało ocenie w ramach kryterium oceny ofert w postępowaniu - również nie może przesądzać o tym, że dane takie muszą zostać utajnione. Dysponowanie własnym personelem, dobranym na potrzeby danego postępowania, stanowiące odpowiedź na warunki udziału w postępowaniu sformułowane przez danego zamawiającego, może bowiem stanowić wartość gospodarczą wyłącznie, jeśli wykonawca wykaże, iż posiada w związku z tym realną przewagę konkurencyjną a ujawnienie tych informacji doprowadzi do wymiernej szkody. Natomiast sam dobór, na potrzeby konkretnego postępowania, określonych osób nie naraża wykonawcy na wymierne straty, gdyż nie stanowi żadnej, skonkretyzowanej wartości na przyszłość. Wykonawca sam w uzasadnieniu przyznał, że wykaz osób został sporządzony jest na potrzeby tego przetargu, i w taki sposób aby DXC mógł otrzymać w ramach kryterium pozacenowego najwyższą liczbę punktów. DXC, oprócz stwierdzenia, że dzięki tym osobom jest w stanie składać konkurencyjne oferty, nie wyjaśniło nawet w czym przejawia się przewaga tych osób nad innymi, które posiadają doświadczenie w danej branży i w jaki sposób ich doświadczenie czy umiejętności, pozwoli mu na pozyskiwanie zamówień publicznych w przyszłości.

Niezrozumiałe są z kolei twierdzenia wykonawcy odnośnie tego, że istotne z punktu widzenia prób „przejęcia" osób zatrudnionych czy współpracujących z DXC jest fakt, że stale podnosi kwalifikacje swojego personelu, inwestując w tym zakresie znaczne środki finansowe. Z kolei dbanie o rozwój zespołu oraz utrzymywanie danego zespołu, jednocześnie zapewnia możliwości uczestnictwa w konkretnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak również zdobywanie nowych kontraktów na rynku niepublicznym.

Z pewnością utrata takich pracowników byłaby dotkliwa w skutkach, oznaczać by to mogło ograniczenie możliwości konkurowania na rynku w branży IT. Ponadto ujawnienie danych tych osób oraz ich kwalifikacji, a w konsekwencji „przejęcie" personelu wykonawcy mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której DXC nie byłoby w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą ma szanse zawrzeć w postępowaniu. W tym kontekście zauważyć należy po pierwsze, że samo szkolenie personelu i stałe podnoszenie jego kwalifikacji może być jedynie czynnikiem, który powoduje, że specjaliści będą chcieli nadal pracować w spółce, stąd ryzyko ich „podkupienia" jest mniejsze. Jeśli jeszcze DXC powiązałby element szkolenia z obowiązkiem przepracowania w spółce określonego czasu, po zdobyciu danych kwalifikacji - w sposób wystarczający chroniłoby to przedsiębiorcę przed ryzykiem odejścia tych osób. Z kolei odnośnie samego ryzyka, że DXC nie byłoby w wyniku tego

w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą ma szanse zawrzeć w postępowaniu - również jest to kwestia właściwego zabezpieczenia się samego przedsiębiorcy poprzez zawarcie stosownych umów, czy to z pracownikami czy podmiotami trzecimi.

Również argumentacja DXC, która odnosi się do kwestii zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, danych i dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby jest ogólna i gołosłowna. DXC w odniesieniu do tego elementu wskazuje między innymi,

że zbudowanie strategii w zakresie współpracy, czy metodyka działania podmiotu użyczającego zasoby DXC jest złożonym procesem biznesowo - technologicznym, wynikającym z szerokiego i wieloletniego doświadczenia spółki oraz podmiotów udostępniających zasoby na rynku IT nie tylko w Polsce ale i na świecie, twórczego wkładu specjalistów zaangażowanych w jej wykonanie, stosowanych procedur wewnętrznych i podejmowanych decyzji biznesowych. Po pierwsze zauważyć należy, że w każdym przypadku, i w odniesieniu do każdego podmiotu taka argumentacja jest aktualna. Każdy z nich buduje swoją strategię, dostępną mu w danych warunkach rynkowych, umożliwiającą pozyskiwanie jak najszerszego spektrum zamówień. Co więcej, trudno sobie wyobrazić przedsiębiorcę działającego w tego typu wyspecjalizowanych usługach, który nie śledzi na bieżąco rynku i nie zna współwykonawców. Jak wskazywało Asseco, wiedza na temat współpracujących z DXC podmiotów wynika chociażby z faktu, że wykonawca ten wcześniej już realizował tego rodzaju usługi, we współpracy ze swoim stałymi podwykonawcami. Tym samym przeczy to tezie, że wiedza na temat podmiotów stale z DXC współpracujących to informacje, które wykonawca ten chroni na każdym etapie zamówienia, nawet realizując zadania objęte umową.

W konsekwencji, Izba uznała, że zastrzeżone przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa - wykaz osób i dokumenty dotyczące podmiotów trzecich - należy odtajnić i udostępnić innym wykonawcom.

Oprócz gołosłownych twierdzeń, ogólnych sformułowań i wymienianiu zagrożeń, jakie związane są z udostępnieniem powyższych informacji - DXC nie podało żadnych konkretów, żadnych przykładów i nie przedstawiło dowodów na okoliczności przez niego opisywane.

Dodatkowo należy nadmienić, że ani przywoływane przez DXC w uzasadnieniu artykuły prasowe, ani też orzeczenia KIO, wydane kilka lat temu, nie prezentują aktualnej linii orzeczniczej w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba pragnie w tym miejscu zwrócić uwagę na najnowsze wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, które w znakomitej większości podważają fakt jakoby podkupowanie kadry mogło stanowić podstawę do znoszenia ustawowej zasady jawności postępowania. Przykładowo, w wyroku z dnia 13 kwietnia 2021 r. sygn. akt 796/21 Krajowa Izba wskazała: (...) fakt, że zarówno pracodawcy poszukują pracowników, jak też pracownicy poszukują lepszych warunków zatrudnienia (zwłaszcza w obecnej sytuacji na rynku usług medycznych), jest rzeczą naturalną na rynku pracy (jak i rynku usług), nie jest więc okolicznością nadzwyczajną, która mogłaby prowadzić do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak jawność i transparentność. W tym samym wyroku Izba zanegowała część argumentacji dotyczącej kadry i wskazała, że z proceduralnego punktu widzenia wątpliwe jest powoływanie się przez wykonawcę na zasób w postaci danych osób (do tego jeszcze punktowany w ramach kryteriów oceny ofert) przy jednoczesnym twierdzeniu, że już sam fakt podania imienia i nazwiska danej osoby może spowodować, że wykonawca obawia się, że tą osobą nie będzie dysponował. Zatem albo wykonawca posiada ten zasób i się na niego powołuje, albo też stosunek prawny lub faktyczny pomiędzy wykonawcą a zasobem jest tak wątły, że powoływanie się takie nie jest uzasadnione.

Podobnie, w orzecznictwie sądów okręgowych znaleźć można przykłady, gdzie powyższe stanowisko było prezentowane, jak na przykład w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r., sygn. XXIII Zs 53/21, w którym to sąd podzielił stanowisko KIO w zakresie, w jakim uznała brak zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób, stwierdzając, że: W tym zakresie Sąd również podziela stanowisko KIO, że uzasadnienie zastrzeżenia wykazu osób było ogólnikowe i szablonowane. Po odrzuceniu orzecznictwa składało się z kilku zdań o groźbie podkupywania osób, bez odniesienia do żadnych statystyk czy jakichkolwiek sytuacji zaistniałych u tego konkretnego wykonawcy. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne statystyki o fluktuacji kadr, nie dotyczące (...) i jego specjalistów. Na okoliczność swych twierdzeń, że konkurenci podejmują aktywne działania mające na celu „wyciągnięcie" z firmy potrzebnych specjalistów nie przedstawił żadnych dowodów. Zdaniem Sądu racje ma też KIO podkreślając, iż część informacji zawartych w wykazie osób jest dostępna w Internecie (dane o sobie podają tam bowiem sami pracownicy (...)), a rotacja kadr jest rzeczą typową także na rynku usług informatycznych. Oczywistym jest, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy (czego przejawem zdaje się być to, ze niektórzy z nich sami podają swoje kompetencje w Internecie) w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych). W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji, a nie zastrzeganie całości przedmiotowego wykazu osób.

Podsumowując, w tym zakresie w uzasadnieniu wykonawcy DXC brakuje zarówno

spójnych i logicznych argumentów co do wartości gospodarczej, którą wskazane przez niego dokumenty posiadają (w rozumieniu szkody, którą wykonawca mógłby ponieść w wyniku ich ujawnienia), jak i dokumentów, które w sposób bezsprzeczny dowodziłyby tej wartości i podstaw zastrzeżenia tych informacji.

Izba rozpoznała także zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 UZNK, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Asseco informacji, zawartych w Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (zał. 15.2. do oferty).

Tu również pozostają aktualne poczynione wyżej wywody, w zakresie możliwości objęcia tajemnicą danych dotyczących osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia z tym zastrzeżeniem, że Asseco zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie wykaz, jako całość, ale poszczególne dane, które w jego ocenie nie powinny podlegać ujawnieniu.

Dla oceny, czy zastrzeżenie Asseco należy uznać za skuteczne, należy wziąć pod uwagę treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, która to wprawdzie została w części także zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, co nie wpływa jednak w tym przypadku na całościową ocenę tego dokumentu. Jego analiza prowadzi do wniosku, że również w tym przypadku wykonawca nie wykazał, że informacje dotyczące wartości gospodarczej imion/nazwisk/certyfikatów, projektów komercyjnych spełniają wszystkie przesłanki, aby uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Asseco w tym zakresie przywołało podobną w swej treści argumentację, jak to uczynił wykonawca DXC. Wskazywało bowiem na okoliczność, że skompletowało zespół osób, który w najwyższym stopniu spełnia warunki udziału w postępowaniu i zapewnia należytą realizację zamówienia. Gwarantują to wysokie kwalifikacje oraz doświadczenie osób zaproponowanych do pełnienia poszczególnych funkcji. Osoby te zostały wybrane spośród kadry zatrudnianej przez Asseco. Przedmiotowy Wykaz osób jest indywidualną informacją organizacyjną, posiadającą wartość gospodarczą, gdyż dzięki wskazanym osobom i ich kwalifikacjom Asseco Poland S.A. jest w stanie pozyskać i wykonać zamówienie, a ponadto w tym oraz w innych postępowaniach składać konkurencyjne oferty. Wykonawca może nawet stwierdzić, że jego oferta jest najkorzystniejsza, tzn. zawiera obiektywnie najlepszy stosunek ceny do jakości.

Mamy zatem do czynienia ponownie z uzasadnieniem, w którym wykonawca przywołuje ogólne argumenty na temat uzyskiwanej przewagi, w oparciu o dobrany przez siebie i wyselekcjonowany zespół. Co istotne zespół ten, jak sam przyznaje, dobrany został na potrzeby niniejszego postępowania, celem potwierdzenia spełnienia warunków. Tym samym zespół taki, złożony z tych konkretnych osób i odpowiadający na potrzeby zamawiającego, wyspecyfikowane w dokumentach zamówienia jako, że służy wyłącznie na potrzeby tego przetargu - nie będzie miał już szansy powtórzyć się w przyszłości.

W dalszej części Asseco również zwraca uwagę na fakt, że na rynku poszukiwani są wysokiej klasy specjaliści, a wskazane w wykazie osoby, z racji posiadania wysokich kwalifikacji i doświadczenia, mających specjalistyczny charakter, stanowią cenny zasób dla Asseco. Tym samym jest niezbędnym zabezpieczanie się przed dostępem innych firm do danych o takich zasobach kadrowych. Jest zatem jego zdaniem oczywiste i nie wymaga szerszego uzasadnienia stwierdzenie, iż ujawnienie informacji dotyczących tych osób mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której inne podmioty konkurencyjne, pozyskawszy takie informacje jak imię i nazwisko osoby lub dane certyfikatu, umożliwiające identyfikację posiadacza certyfikatu, podjęłyby działania zmierzające do pozyskania wskazanej osoby udostępnionej

na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. W konsekwencji ujawnienie tych konkretnych informacji na temat osoby doprowadziłoby do sytuacji, w której pozycja rynkowa Asseco uległaby znacznemu osłabieniu.

Wbrew stanowisku Asseco, jak już zauważono wcześniej przy okazji omawiania kwestii utajnienia wykazu osób wykonawcy DXC, nie jest oczywistym i nie jest też zjawiskiem, któremu nie można przeciwdziałać - zagrożenie „podkupywania" pracowników. Aktualne pozostają

w tym zakresie również wywody, że wykonawca, który jak twierdzi dysponuje stałym i stabilnym zespołem, decydującym o jego przewadze konkurencyjnej, winien zabezpieczyć się na okoliczność przechodzenia przez pracowników do konkurencji dostępnymi metodami tj. poprzez zawieranie stosownych klauzul w umowach z tymi pracownikami podpisywanych.

Wprawdzie, w przeciwieństwie do DXA Asseco próbuje wykazać, że takie sytuacje miały miejsce wcześniej tj., że spotkał się z nasiloną akcją podkupywania przez Comarch członków personelu Asseco, co spowodowało poniesienie przez wykonawcę wymiernej

i wysokiej szkody, to ani nie podaje żadnych konkretów, ani nie przedstawia dowodów, że takie sytuacje, w odniesieniu do konkretnych osób miały miejsce. Wprawdzie w piśmie procesowym z 10 sierpnia 2022 r. podaje konkretne imiona i nazwiska osób (13 pracowników Asseco), które miały zostać przejęte przez Comarch w związku z rozpoczęciem świadczenia umowy na rzecz ZUS, to jednak argumentacja ta jest po pierwsze spóźniona, gdyż przesłanki i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy należy wykazać w momencie, kiedy dane te są zastrzegane. Po drugie i na tym etapie nie przedstawiono żadnych dowodów na okoliczność, że w stosunku

do wymienionych pracowników Asseco prowadzone były działania, które miałyby skłaniać te osoby do zmiany pracodawcy.

Asseco wskazuje także na ryzyko związane z tym, że dostęp konkurencji do takich informacji jak imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, czy też numeru certyfikatu pozwoli konkurencji na nawiązanie kontaktu z tymi osobami i ich zidentyfikowanie, np. poprzez serwisy typu LinkedIn. Umożliwia to konkurencji dotarcie do nich, a w konsekwencji procedurę „podkupywania", która może niweczyć udział Asseco w określonym przedsięwzięciu gospodarczym, jakim jest świadczenie usług na rzecz zamawiającego i ostatecznie spowodować pogorszenie jego pozycji na tym specyficznym rynku usług informatycznych. Argumentacja ta jest o tyle nietrafiona, że jak wykazało za pomocą dowodów Konsorcjum Comarch pracownicy Asseco sami chwalą się na profilach zawodowych typu Linkedin jakie projekty i na rzecz jakich podmiotów realizują (dotyczy to także niektórych z osób wymienionych w wykazie). Przekazują też informacje na temat konkretnych projektów, które to dane pozwalają na zidentyfikowanie jakim doświadczeniem się legitymują i jak ich udział mógłby zostać wykorzystany w tym konkretnym projekcie, również realizowanym dla tego zamawiającego i w tym przetargu. Bez trudu można zatem, bez zapoznania się z wykazem osób ustalić, którzy z pracowników Asseco mogliby zostać wykorzystani przez inny podmiot.

Ponadto, fakt udostępnienia na stronach internetowych takich informacji, prowadzi do wniosku, że ochrona owych informacji jest w przypadku tego wykonawcy nieskuteczna (albo nie ma miejsca w odniesieniu do tych osób), a klauzule o zachowaniu poufności są nieskuteczne dla celu, jakiem u mają służyć. Przypomnieć w tym miejscu należy, że tajemnicę przedsiębiorstwa może stanowić tylko informacja (wiadomość) nie ujawniona do wiadomości publicznej, tj. informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w Internecie, w pismach fachowych lub, gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. W tym przypadku możliwość zapoznania się z danymi dotyczącymi pracowników Asseco powoduje, że informacje na temat kadry tracą walor tajemnicy, z łatwością można bowiem poznać doświadczenie jakie pracownicy Asseco nabyli, a nawet przypisać je do konkretnych osób.

Nie jest również przekonujący argument dotyczący tego, że przedmiotowe informacje mają też wartość gospodarczą, której nie można tak łatwo wyliczyć, tj. mogą powodować szkodę w postaci negatywnego wpływu na organizację wykonawcy utraty członków personelu, zwłaszcza, gdy ma to miejsce (w wyniku agresywnych działań konkurencji) w stosunku

do jednego zespołu, dedykowanego do obsługi danego zamawiającego. Asseco mówi w tym przypadku o szkodzie, która może być obliczona jako zmniejszenie wydajności zespołu, a co za tym idzie - zmniejszenie przychodów takiego zespołu dla organizacji wykonawcy. Zdaniem Izby Asseco nie wykazało w jaki sposób poznanie danych, dotyczących osób wymienionych w wykazie mogłoby przełożyć się na spadek efektywności. Jeśli nawet Asseco posiada taki zespół, który jest dedykowany do obsługi tego konkretnego zamawiającego, to nie sposób stwierdzić w jaki sposób ujawnienie danych owych kilku osób z wykazu miało wpłynąć negatywnie na wydajność całego zespołu go obsługującego, który liczy wielokrotnie więcej osób, pracujących na różnych projektach, w różnych zakresach.

Asseco zastrzegło też dane dotyczące projektów realizowanych w ramach umów

komercyjnych. W tym zakresie opisując powody dla których zastrzegło te dane stwierdziło, że projekty te realizowane są w ramach umów, które nie zostały zawarte w oparciu o przepisy Prawa zamówień publicznych, a co za tym idzie umowy te, nie zostały upublicznione, a informacje o tych umowach nie są rozpowszechniane, w szczególności informacje na temat wartości, jak również terminu realizacji kontraktu. Z kolei wartość gospodarcza takiej informacji nie podlega łatwemu wyliczeniu. Szkoda z kolei może być w odniesieniu do tych danych obliczona jako zmniejszenie przyszłych przychodów Asseco w przypadku, gdyby konkurenci pozyskali wiedzę o realizowanych projektach i na tej podstawie „przejęli" takich klientów. Odnośnie tych danych Asseco również nie wyjaśniło nawet, nie mówiąc o wykazaniu, w jaki sposób informacje na temat zakończonych już projektów mogłaby posłużyć innym podmiotom w celu przejęcia jego klientów. Twierdzenie takie należy uznać za gołosłowne i niczym nie uzasadnione. Tym bardziej jest to niezrozumiałe, że jak wykazało za pomocą przedłożonych dowodów Konsorcjum Comarch - Asseco nie tylko nie chroni w żaden sposób danych dotyczących zrealizowanych projektów, ale opisuje je na swoich stronach internetowych. Co więcej należy zauważyć, że w samym Wykazie osób prezentowane są bardzo okrojone dane nt. nazwy projektów, podmiotu na rzecz którego zostały zrealizowane i okresu jego realizacji. Trudno zatem wyobrazić sobie, aby na podstawie tak okrojonych danych inni wykonawcy nabywali wiedzę o, jak twierdzi Asseco, potencjale technicznym firmy, możliwościach organizacyjnych, stosowanych technologiach i skali przedsięwzięć realizowanych przez Asseco.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że również te dane nie podlegają ochronie i nakazała odtajnienie całego Wykazu osób przedłożonego przez Asseco w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący : .....

Członkowie: .....