Sygn. akt: KIO 2956/22

WYROK

z dnia 25 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DXC Technology Polska Sp. z o.o., DXC Technology Australia Pty. Ltd, NMG S.A. z siedzibą lidera w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CGI Information Systems Management Consultants (Polska) Sp. z o.o., CGI IT Czech Republic s.r.o., CGI Suomi Oy, CGI Nederland B.V. z siedzibą w Warszawie

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w części w jakiej odwołujący podnosił, że zamawiający niezasadnie uznał za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznika nr 1 do oferty Konsorcjum CGI - Tabeli cenowej, z powodu uwzględnienia przedmiotowego zarzutu przez zamawiającego;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2956/22

UZASADNIENIE

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie

(dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp2004" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. „Opracowanie, implementacja i wdrożenie Centralnego Systemu Informacji Rynku Energii (CSIRE) wraz z usługami wspierającymi", numer postępowania 2020/WNP-0242-CEDU-MŻ (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 grudnia 2020 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej po numerem 2020/S 247-614900.

W dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DXC Technology Polska Sp. z o.o., DXC Technology Australia Pty. Ltd, NMG S.A. z siedzibą lidera w Warszawie (dalej „odwołujący"), do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp2004 czynności zamawiającego z dnia 28 października 2022 r. polegającej na zakończeniu weryfikacji ofert złożonych w postępowaniu, w zakresie prawidłowego zastrzeżenia w ofertach informacji jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. zaniechania odtajnienia przez zamawiającego dokumentów stanowiących załączniki do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CGI Information Systems Management Consultants (Polska) Sp. z o.o., CGI IT Czech Republic s.r.o., CGI Suomi Oy, CGI Nederland B.V. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum CGI" lub „przystępujący").

Odwołujący zarzucił, że czynność zamawiającego, polegająca na zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez Konsorcjum CGI następujących informacji i dokumentów (załączników do oferty Konsorcjum CGI): (a) Załącznik nr 1 - Tabela cenowa; (b) Załącznik nr 3 - Ramowy harmonogram projektu; (c) Załącznik nr 4 - Koncepcja rozwiązania; (d) Załącznik nr 4.1 - Modele architektoniczne; (e) Załącznik nr 5 - Opis realizacji wymagań; (f) Załącznik nr 6 - Zasady zarządzania projektem; (g) Załącznik nr 7 - Proces wytwarzania i dostarczania oprogramowania; (h) Załącznik nr 8 - Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (w części, w której znajdują się dokumenty potwierdzające tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązania wobec podmiotów trzecich); (i) Pliki z filmami dla

Próbek 1 i 2 wraz z dodatkowymi plikami związanymi z Próbkami (logi, zapisy, dane) pomimo, że dokumenty te nie stanowią informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Konsorcjum CGI gdyż nie wypełniają dyspozycji art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) - dalej: „UZNK", nie zostały zastrzeżone przez Konsorcjum CGI zgodnie z wymogami ustawy Pzp2004 oraz wymogami wynikającymi z dyspozycji art. 11 ust. 2 UZNK, a ponadto - zostały bezzasadnie i

nadmiarowo utajnione, celem uniemożliwienia odwołującemu weryfikacji czy Konsorcjum CGI spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu oraz weryfikacji poprawności oceny oferty w zakresie punktowanych kryteriów oceny ofert, co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 w związku z art. 11 ust.

2 UZNK oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: odtajnienia i udostępnienia w całości wszystkich dokumentów wskazanych powyżej, które to zdaniem odwołującego zostały nieskutecznie zastrzeżone.

Uzasadniając swoje stanowisko odwołujący wskazywał, że Konsorcjum CGI zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa w zasadzie całość złożonej oferty ostatecznej. Jedynymi elementami jawnymi oferty pozostały formularz oferty oraz dokumenty związane z uiszczeniem wpłaty wadium. W wyniku przeprowadzonej przez zamawiającego weryfikacji, kolejnym udostępnionym Konsorcjum DXC dokumentem był dokument „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa" (dalej „Uzasadnienie zastrzeżenia"), przy czym odwołującemu przekazano dokument bez załączników.

W dniu 28 października 2022 r. zamawiający poinformował odwołującego, że zakończył etap weryfikacji ofert złożonych w postępowaniu w zakresie prawidłowego zastrzeżenia w ofertach informacji, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem - na dzień wnoszenia niniejszego odwołania utajniona zostaje znaczna część oferty złożonej przez Konsorcjum CGI.

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 na każdym wykonawcy, pragnącym objąć część własnej oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, ciąży obowiązek wykazania, że utajniana informacja czy dokument spełnia łącznie trzy przesłanki legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK. W ocenie odwołującego Konsorcjum CGI nie dopełniło ciążącego na nim obowiązku, gdyż żadna z przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa nie została wykazana, w tym w szczególności nie można uznać jako uzasadnienie prawne udostępnionego odwołującemu dokumentu z dnia 31 sierpnia 2022 r. tj. Uzasadnienia zastrzeżenia.

Co w ocenie odwołującego istotne - fakt, że wszystkie przesłanki legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zostały łącznie spełnione należy udowodnić, tj. przedstawić dowody na spełnienie każdej z nich. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m. in. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2021 r., sygn. akt KIO 506/21; Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3278/20; Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3227/20.

Oczywistym jest zatem konieczność wykazania każdej z przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto w doktrynie oraz orzecznictwie w ostatnim czasie w sposób szczególny podkreśla się konieczność wykazania, że zastrzegana informacja posiada wartość gospodarczą. Aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przeczy twierdzeniom Konsorcjum CGI wyrażonym w uzasadnieniu, że pojęcie wartości gospodarczej jest pojęciem niejednoznacznym. Ustawodawca nie wskazuje wprost co faktycznie oznacza sformułowanie wartość gospodarcza, nie określa również w żaden sposób jak należy ową wartość ustalić. Można zatem zauważyć, że wszystkie informacje składające się na zbiorcze pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną. W ostatnim orzecznictwie KIO w sposób jednoznaczny wskazuje, że zastosowanie przez wykonawcę jedynie ogólnych wywodów dotyczących pewnej mglistej i nieokreślonej wartości gospodarczej (analogicznie jak w przypadku Konsorcjum CGI) - stanowi przesłankę do uznania, że w istocie informacja nie ma charakteru informacji poufnej, której należałaby się ochrona przynależna tajemnicy przedsiębiorstwa (tak w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 365/20; Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z 11 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 963/19; Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. KIO/KU 30/18).

Odwołujący zauważył, że nawet jeżeli wykonawca nie jest w stanie wskazać jednoznacznie wartości gospodarczej w sposób liczbowy (kwotowy) dla każdej z zastrzeganych informacji, to nie jest zwolniony ze wskazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w ogóle. Wówczas bowiem, zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą KIO, wykonawca taki zobowiązany jest do wykazania bezpośredniego wpływu, jaki przyniosłoby ujawnienie tejże informacji na potencjalną szkodę danego wykonawcy (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 1673/18).

Dokonując porównania sposobu wykazania wartości gospodarczej informacji zastrzeganych przez Konsorcjum CGI, z wynikającymi ze wskazanego wyżej orzecznictwa KIO dyrektywami, w sposób bezsprzeczny należy wskazać, że: Konsorcjum CGI w żaden sposób nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, w szczególności nie wykazało jaka jest wartość gospodarcza poszczególnych zastrzeganych informacji odrębnie (nie wykazano również wartości łącznej tych informacji); w uzasadnieniu brak wykazania wartości gospodarczej nie tylko kwotowo, ale również poprzez wykazanie potencjalnej szkody jaką Konsorcjum CGI mogłoby ponieść w wyniku ich upowszechnienia; sposób sporządzenia uzasadnienia Konsorcjum CGI wpisuje się w wynikający z orzecznictwa KIO sposób prowadzenia argumentacji polegający na „ogólnikowych i enigmatycznych wywodach, które nie wykazują żadnej konkretnej wartości gospodarczej i są typową nowomową", a które to wywody wg KIO - wprost wskazują, że zastrzegana informacja nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej zastrzeganie jest w istocie wyłącznie wyrazem próby uzyskania niedozwolonej przewagi konkurencyjnej poprzez utajnianie przed konkurencją części własnej oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, że brak wykazania wartości gospodarczej, każdej z poszczególnych informacji, już samo w sobie uniemożliwia uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum CGI jako zastrzeżenia poprawnego, a tym samym pociąga za sobą konieczność zweryfikowania tejże poprawności przez zamawiającego a w konsekwencji, w stanie faktycznym niniejszej sprawy, konieczność odtajnienia przez zamawiającego zastrzeżonych informacji.

W dalszej części odwołujący wskazał, że zgodnie z definicją legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, ochronie podlegać będzie wyłącznie taka informacja, co do której wykazano podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania tych informacji w poufności. Zgodnie z wskazanym wyżej orzecznictwem w zakresie konieczności wykazania (tj. udowodnienia bądź co najmniej uprawdopodobnienia) wszystkich przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa - również na tę okoliczność wykonawca winien przedłożyć wszystkie możliwe dowody wykazujące, że w istocie podjął działania, mające na celu ograniczenie kręgu osób posiadających dostęp do zastrzeganych informacji. Tymczasem Konsorcjum CGI, na potwierdzenie tejże okoliczności, przedstawiło cztery następujące załączniki do uzasadnienia: (i) Oświadczenie osób dedykowanych do realizacji zamówienia do zachowania poufności; (ii) Potwierdzenie odbycia szkolenia oraz zobowiązanie do zachowania poufności; (iii) Wyciąg z kodeksu etyki pracowników; (iv) Wyciąg z umowy konsorcjum. Już z analizy nazw załączonych plików (odwołujący na dzień złożenia odwołania nie ma dostępu do treści tych załączników) wskazują, że działania mające wykazać ograniczenie kręgu osób mających dostęp do zastrzeganych informacji są działaniami nieadekwatnymi do rangi zastrzeganych informacji. Przede wszystkim Konsorcjum CGI pomija szereg dość „standardowych" dokumentów przedkładanych w takich sytuacjach przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności wszelkiego rodzaju certyfikatów i polityk bezpieczeństwa. Bowiem to właśnie te dokumenty (w tym zaimplementowane dokumenty korporacyjne) gwarantują, że u danego wykonawcy istnieją wdrożone i stosowane procedury wewnątrzkorporacyjnego postępowania z informacjami posiadającymi przymiot poufności. Konsorcjum CGI ogranicza się zaś wyłącznie do dokumentów stworzonych na potrzeby konkretnego postępowania (oświadczenia dedykowanych pracowników czy wyciąg z umowy konsorcjum), pomija zaś wszelkie globalne procedury, do których stosowania zobligowani są wszyscy pracownicy Konsorcjum CGI. W świetle powyższego gołosłowne pozostają zawarte na str. 8 Uzasadnienia zastrzeżenia deklaracje dotyczące rzekomej polityki bezpieczeństwa, regularnych szkoleń pracowników z zakresu bezpieczeństwa, pełnego szyfrowania komunikacji wewnętrznej i zewnętrznej, czy też o rozbudowanym systemie nadawania uprawnień do infrastruktury oraz zasobów.

Co warto również, zdaniem odwołującego podkreślić, Konsorcjum CGI tworzy 4 spółki z całego świata. Z przedstawionych dokumentów nie sposób wywnioskować, w których spółkach wdrożono jakiekolwiek środki, mające na celu faktyczne ograniczenie kręgu osób mających dostęp do informacji, które Konsorcjum CGI próbowało zastrzec jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Sam fakt bowiem wdrożenia dokumentu o nazwie Kodeks etyki pracowników u jednego z członków konsorcjum, nie rozciąga automatycznie postanowień z tego dokumentu wynikających na inne spółki wchodzące w skład Konsorcjum CGI. W tym zakresie należy podać w wątpliwość wskazany na str. 9 Uzasadnienia zastrzeżenia Konsorcjum CGI rzekomy wysoki poziom bezpieczeństwa informacji przechowywanych na serwerach, poprzez ograniczenie dostępu do dokumentów oferty do kilkunastu osób, wśród kilku tysięcy pracowników czterech spółek tworzących konsorcjum. Żaden bowiem z załączonych dokumentów nie odnosi się, do obowiązującej w spółkach wchodzących w skład Konsorcjum CGI, polityki postępowania z informacjami poufnymi, żaden nie wykazuje rzeczywistego ograniczenia dostępu jakimkolwiek pracownikom do serwera. Na marginesie powyższej analizy, odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż braku dowodów potwierdzających wykazanie przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa nie można nadrobić, a wszelkie próby poszukiwania, czy też dostarczania dowodów na etapie po złożeniu zastrzeżenia i jego uzasadnienia w ofercie należy uznać za

spóźnione.

W ocenie odwołującego, zawarte w uzasadnieniu, wszelkie deklaracje Konsorcjum CGI dotyczące ograniczania dostępu do zastrzeganych informacji osobom postronnym, należy uznać za jedynie gołosłowne twierdzenia, co samo w sobie jest sprzeczne z ustawą Pzp2004 i nie zasługuje na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004. Obowiązku wykazania, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 nie można domniemywać, zamawiający także nie może wyręczać w tym obowiązku wykonawcy. Jest to samoistny i niezależny powód odtajnienia przez zamawiającego tych informacji i załączników - czego

zamawiający zaniechał.

Konsorcjum DXC wskazało ponadto, że w świetle cytowanych wyżej poglądów doktryny i orzecznictwa nie jest właściwe sporządzenie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa jako „ogólnego" dokumentu, w którym bardzo obszernie opisane zostaną ogólne wytyczne zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w zamówieniach publicznych, zaś z dokumentu tego nie będzie można odczytać, jaka informacja jest w rzeczywistości chroniona i który fragment uzasadnienia w sposób bezpośredni odnosi się do tej konkretnej informacji. W taki sposób zaś swoje uzasadnienie sporządziło Konsorcjum CGI - z treści uzasadnienia nie sposób odczytać co konkretnie wpłynęło na utajnienie np. dokumentu „Zasady zarządzania projektem" oraz jaka jest wartość gospodarcza tejże informacji. Powyższa kwestia (tj. jakość sporządzonego uzasadnienia) jest istotna o tyle, że każdy z utajnionych przez Konsorcjum CGI dokumentów (a w szczególności ramowy harmonogram projektu, dokument Zasady zarządzania projektem czy Koncepcja rozwiązania) zawierają w swej strukturze elementy stałe, wynikające bezpośrednio z SWZ i innych dokumentów postępowania. Zatem, Konsorcjum CGI, bez stosownego, adekwatnego uzasadnienia - nie jest uprawnione do zastrzeżenia całych dokumentów, w których części merytorycznej znajdują się dane, informacje i dokumenty, stanowiące de facto własność intelektualną zamawiającego. Brak należytego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, dla każdego pojedynczego dokumentu stanowiącego załącznik do oferty, implikuje po stronie zamawiającego obowiązek jego odtajnienia, ze względu na brak wykazania wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odrębną kwestią, na którą odwołujący zwrócił uwagę, była kwestia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przez Konsorcjum CGI Załącznika nr 1 do oferty, tj. Tabeli cenowej. Wykonawcy nie mogą bowiem skutecznie zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji podawanych przez zamawiającego w trakcie otwarcia ofert, w tym m. in. informacji dotyczących ceny. Zauważył przy tym, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów opowiada się w tym zakresie za stanowiskiem, zgodnie z którym utajnieniu nie mogą podlegać także załączniki do oferty stanowiące szczegółowe rozbicie ogólnej ceny ofertowej na poszczególne elementy (tak np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2014 r., sygn. akt KIO 1877/14; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 108/15; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu, sygn. akt IV SA/Wr 542/15. Z kolei orzecznictwo KIO, przywołane przez CGI w piśmie z dnia 31 sierpnia 2022 r. na poparcie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (wyroki o sygn. akt: KIO 1733/17, KIO 197/18 oraz KIO 570/18) odnosi się do kalkulacji cenowych, ale związanych z wyjaśnieniami składanymi w toku badania przez zamawiających rażąco niskiej ceny. Są to więc całkowicie inne kalkulacje (posiadające zupełnie inny poziom szczegółowości i mające na celu pokazanie wewnętrznego sposobu kalkulacji ceny) niż formularze cenowe załączane do ofert, co sprawia, że sytuacja opisana w tych orzeczeniach nie może mieć odpowiedniego przełożenia na możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy Załącznika nr 1 do oferty. Załącznik z tabelą cenową pokazuje jedynie rozbicie ceny ofertowej na poszczególne etapy realizacji zamówienia. W załączniku tym nie znajdują się żadne szczegóły i opis sposobu wyliczenia cen, w rozbiciu na poszczególne etapy. Jest to wyłącznie informacja o cenie, która co więcej znajdzie odzwierciedlenie w treści umowy zawartej przez zamawiającego z wybranym w postępowaniu wykonawcą (w § 12 ust. 4 wzoru umowy wskazuje się szczegółowy podział wynagrodzenia na poszczególne etapy). Umowa zawarta w postępowaniu będzie natomiast dokumentem jawnym, do którego dostęp zagwarantowany będzie każdemu zainteresowanemu na podstawie zasad dostępu do informacji publicznej.

Mając na uwadze powyższą argumentację, odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp", o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: CGI

Information Systems Management Consultants (Polska) Sp. z o.o., CGI IT Czech Republic s.r.o., CGI Suomi Oy, CGI Nederland B.V. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 21 listopada 2022 r.) oświadczając, że w odniesieniu do Załącznika nr 1 - „Tabela cenowa" do oferty Konsorcjum CGI - wskazanego w pkt 1 lit. a) petitum odwołania - uwzględnia odwołanie; w odniesieniu do załączników 3, 4, 4.1., 5, 6, 7 , 8 (w części obejmującej dokumenty potwierdzające tajemnicę przedsiębiorstwa) oraz plików z próbkami - wskazanych w pkt 1 lit. b) - i) petitum odwołania - wnosi o jego oddalenie.

Odwołujący, w piśmie złożonym do akt sprawy z 21 listopada 2022 r., odniósł się do argumentacji zamawiającego, podniesionej w piśmie z 21 listopada 2022 r. (odpowiedzi na odwołanie).

Przystępujący na posiedzeniu w dniu 22 listopada 2022 r. złożył do akt sprawy cztery pisma procesowe: (1) pismo z 22 listopada 2022 r. zawierające argumentację w zakresie wystąpienia przesłanki skutkującej koniecznością odrzucenia odwołania, w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy Pzp; (2) pismo z 22 listopada 2022 r., złożone w ślad za pismem zawierającym argumentację o zaistnieniu przesłanek dla odrzucenia odwołania, będące wnioskiem o przeprowadzenie dowodu z dokumentów stanowiących część oferty wstępnej i oferty ostatecznej - złożonych w postępowaniu przez przystępującego (zastrzegając treść pisma jako tajemnica przedsiębiorstwa); (3) pismo z 22 listopada 2022 r. stanowiące odpowiedź na argumentację odwołującego podnoszoną w treści złożonego odwołania; (4) pismo z 22 listopada 2022 r. zawierające porównanie treści zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach odwołującego i przystępującego.

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 odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem zawartym w pismach procesowych składanych przez odwołującego i przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika 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.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, zaprezentowanego w piśmie procesowym z 22 listopada 2022 r., że podlega ono odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Konsorcjum CGI, uzasadniając złożony wniosek argumentowało, że 5 listopada

2021 r. złożyło ofertę wstępną w postępowaniu, a wraz z nią dokumenty, które zostały zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym w szczególności opracowanie „Wizja oferowanego rozwiązania". Następnie 26 listopada 2021 r. zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenie do negocjacji, uzewnętrzniając swoją decyzję w zakresie uznania złożonej przez przystępującego oferty wstępnej za zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"). Następnie, w dniu 30 czerwca 2022 r. zaprosił wykonawców do składania ofert. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp2004 oferty wstępne są jawne od dnia zaproszenia do składania ofert. Zatem w dniu 30 czerwca 2022 r. zamawiający uzewnętrznił także czynność uznania, że przystępujący w sposób prawidłowy zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, złożone wraz z ofertą wstępną dokumenty, w tym w szczególności opracowanie "Wizja oferowanego rozwiązania". Odwołujący do dnia 10 lipca

2022 r. nie wniósł odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez przystępującego dokumentów złożonych wraz z ofertą wstępną, jako tajemnicę przedsiębiorstwa i odtajnienia tych dokumentów. W ocenie przystępującego odwołujący obecnie nie może zatem żądać od zamawiającego ujawnienia mu zastrzeżonych przez przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, dokumentów złożonych wraz z ofertą wstępną.

Przystępujący zwracał uwagę, że zakres oferty wstępnej pokrywa się z zakresem informacji składanych w ofercie ostatecznej. W szczególności dotyczy to opisu

funkcjonalności systemu, harmonogramu, a także założeń projektu. Z racji na charakter postępowania, informacje składane przez wykonawcę na etapie oferty wstępnej nie mogą być sprzeczne z informacjami składanymi na późniejszym etapie. Co więcej, wykonawca jest związany swoimi oświadczeniami z etapu oferty wstępnej - to jest ponieważ zadeklarował określone parametry swojego rozwiązania w ofercie wstępnej - to nie może prezentować podejścia odmiennego na etapie oferty finalnej. Oferta ostateczna przystępującego zawiera więc rozwinięcie i uszczegółowienie informacji zawartych w ofercie wstępnej.

Izba oddaliła wniosek Konsorcjum CGI o odrzucenie odwołania uznając, że w niniejszym odwołaniu zaskarżeniu podlegała czynność zamawiającego dokonana 28 października 2022 r., polegająca na zakończeniu weryfikacji ofert złożonych w zakresie prawidłowego zastrzeżenia w ofertach informacji, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechaniu odtajnienia przez zamawiającego dokumentów stanowiących załączniki do oferty ostatecznej, złożonej przez Konsorcjum CGI. Od tej zatem daty należało liczyć termin na wniesienie odwołania.

Izba dostrzegła wprawdzie, że na obecnym etapie postępowania (złożenie oferty ostatecznej) mamy do czynienia z sytuacją w której, podobnie jak na etapie oferty wstępnej, wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą szeregu załączników, w których opisuje przyjęte przez siebie założenia dotyczące sposobu realizacji zamówienia. Jednakże, co przyznał też przystępujący, co potwierdza analiza porównawcza treści złożonych ofert wstępnej i ostatecznej zawarta w piśmie procesowym przystępującego z 22 listopada 2022 r. (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) pomiędzy tymi dokumentami występują jednak różnice. Informacje w ofercie ostatecznej zostały bowiem zmodyfikowane i rozszerzone o wymagania, wyartykułowane przez zamawiającego w uzupełnionym SIWZ.

Przystępujący trafnie przywołuje zapisy pkt. XII.3) SIWZ, w którym stwierdzono, że przedmiotem negocjacji będą warunki przyszłej umowy, w szczególności warunki zamówienia przeznaczone do negocjacji i określone w Części II i Części IV SIWZ, kwestie podniesione przez wykonawców w ofercie wstępnej oraz inne zagadnienia związane z realizacją umowy. Z kolei zgodnie z pkt XIII.7) po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić SIWZ wyłącznie w zakresie, w takim była ona przedmiotem negocjacji. Bez znaczenia, w ocenie Izby jest w jakim zakresie owa modyfikacja postanowień SIWZ została dokonana, kluczowe natomiast było ustalenie, że na etapie składania ofert ostatecznych, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia zmodyfikowanych, bardziej szczegółowych rozwiązań oraz ich wyceny. Nie ulega zatem wątpliwości, że owe ostateczne propozycje, zawarte w załącznikach do oferty ostatecznej, będące przedmiotem oceny, różniły się w swojej treści od tych propozycji, które zawarli wykonawcy w ofertach wstępnych.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający uznał, że nie zaistniała przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia wniesionego odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Odwołujący został pozbawiony możliwości dokonania weryfikacji oferty konkurencji, gdyż zamawiający uznał, że załączone do oferty ostatecznej dokumenty i zawarte w nich informacje powinny pozostać niejawne. Tym samym odwołujący nie ma możliwości zapoznania się z treścią oferty konkurencyjnej i ewentualnego wskazania podstaw jej odrzucenia.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego na rozprawie, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w postaci wydruków ze stron internetowych na okoliczność, że znany jest powszechnie fakt współpracy CGI z firmą KX, przy wdrażaniu projektów tożsamych do tego, który będzie realizowany na rzecz zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron

oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia, w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2020 r. pod numerem: 2020/S 247-614900. Do postępowania mają zatem zastosowanie przepisy ustawy Pzp2004.

Ponadto należy przypomnieć, że zgodnie z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zdefiniowane w art. 11 ust. 2 UZNK. Rozumie się przez to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba podziela stanowisko, wyrażone przez odwołującego w treści złożonego odwołania, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad, wyrażonych przepisami o zamówieniach publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, zasada ta doznaje jednak ograniczenia. Warunkiem jest, aby wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że przekazane przez niego informacje nie mogą zostać udostępnione oraz musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, okoliczność, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tego rodzaju informacjami albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie.

Jak wynika ponadto z treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba zgadza się także z odwołującym, że ustawodawca nakładając na wykonawców obowiązek wykazania, rozumiał pod tym pojęciem coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za wykazanie nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK oraz do przywołania treści właściwych przepisów ustawy Pzp2004.

Podkreślić także należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie docieka zatem, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie sporu przez Izbę polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane przez siebie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Również rolą zamawiającego nie jest ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Jego zadaniem także jest zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21, który zapadł wprawdzie na gruncie przepisów ustawy Pzp, ale potwierdza ugruntowane już orzecznictwo w tym zakresie).

Przenosząc powyższe spostrzeżenia na kanwę rozpoznawanej sprawy Izba, w ramach swoich zadań, poddała ocenie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Konsorcjum CGI stwierdzając, że ten sprostał obowiązkowi wykazania łącznie wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK. Nie ma też racji odwołujący

twierdząc, że Konsorcjum CGI nie zdołało wykazać, że poszczególne informacje zawarte w złożonych dokumentach, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, posiadają wartość gospodarczą.

Zdaniem Izby, z twierdzeniami odwołującego nie sposób się zgodzić z kilku powodów. W pierwszej kolejności, wbrew stanowisku odwołującego, uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum CGI nie sposób uznać za ogólne, lakoniczne czy też ocenić jako ubogie i opierające się wyłącznie na oświadczeniach. Co znamienne, sam odwołujący nie wskazał i nie uzasadnił w treści odwołania z jakich powodów treść uzasadnienia ocenia jako ogólne czy lakoniczne. Nie wskazuje które elementy w treści uzasadnienia na taką ocenę zasługują podsumowując jedynie, że treść uzasadnienia, jako całość, nie zawiera konkretnych argumentów, a jedynie teoretyczne wywody na temat ogólnych dyrektyw zastrzegania dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby twierdzenia takie nie mają oparcia w rzeczywistości. W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że brak jest uregulowania, które stanowiłoby wyznacznik jak szczegółowo wykonawca powinien opisać i jak odnieść się w uzasadnieniu do poszczególnych przesłanek, składających się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący złożył obszerne wyjaśnienia, które nie tylko, że zawierają kilkanaście stron tekstu, ale też merytoryczne uzasadnienie, które nie jest tylko cytowaniem treści orzeczeń i przepisów, ale zawiera konkretne wyjaśnienia. Konsorcjum CGI nie tylko wskazuje na poszczególne przesłanki składające się na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, ale następnie przekłada je na okoliczności mające znaczenie w danym postępowaniu, przytaczając argumenty dotyczące samego wykonawcy, jego pozycji na rynku, okoliczności w jakich działa i poszczególnych załączników, które zastrzega.

Izba nie zgadza się też ze stanowiskiem odwołującego, że Uzasadnienie zastrzeżenia jest niepełne czy nie odpowiada wymaganiom, gdyż nie odnosi się do poszczególnych, zastrzeżonych przez odwołującego dokumentów. Zauważyć należy, że Konsorcjum CGI, w poszczególnych częściach Uzasadnienia zastrzeżenia, na wstępie jednoznacznie zakreśla zakres informacji, które zamierza utajnić, to jest wymienia, które konkretnie załączniki zastrzega, następnie przytacza treść przepisów UZNK, które w takich przypadkach mają zastosowanie, przywołując stanowisko doktryny i orzecznictwa. W końcu także oddzielnie wykazuje istnienie poszczególnych przesłanek dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy jego przedsiębiorstwa. Przystępujący w swoim Uzasadnieniu zastrzeżenia, wbrew temu co zarzuca odwołujący, przytacza argumentację odnoszącą się do poszczególnych, zastrzeganych w postępowaniu dokumentów w tym przytacza podstawy uznania poszczególnych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazuje przy tym, że zarówno każdy z zastrzeganych dokumentów, ale też w zestawieniu z innymi, stanowią dla wykonawcy wartość gospodarczą, gdyż odnoszą się do oferowanego rozwiązania informatycznego jako całości. W przypadku tego rodzaju zamówień, co wynika z treści Uzasadnienia zastrzeżenia, którą to argumentację rozwinął przystępujący na rozprawie, wykonawcy konkurują między sobą nie tylko biorąc pod uwagę stosowane rozwiązania techniczne czy technologiczne, ale też istotna jest organizacja pracy wykonawcy przy realizacji podobnych zamówień. W tym znaczeniu treść załączników, które pokazują podejście przystępującego do realizacji tego typu projektów, przedstawiają konkretny harmonogram pracy, koncepcje i modele a zatem opisują w jaki sposób wykonawca planuje realizować projekt - stanowią dla przystępującego określoną wartość.

W tym miejscu należy przypomnieć, że jak wskazuje się w orzecznictwie informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej (tak KIO w wyroku z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2331/20). Takie informacje powinny być dla wykonawcy przynajmniej potencjalnie źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 9/20). Ponadto Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie stwierdził, że przyjęcie wartości gospodarczej informacji oraz charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa należy interpretować szeroko. Mogą to być informacje stanowiące know-how przedsiębiorstwa, w tym wiedza techniczna z danej dziedziny, umiejętność wykonania lub wyprodukowania danej rzeczy, patenty obejmujące wynalazki, metody działalności, jak również inne informacje, co do których przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności (tak Wyrok VI SA/Wa z dnia 12 stycznia 2021 r.).

Przystępujący w treści uzasadnienia zwraca uwagę na kluczowy w tym przypadku argument, dotyczący charakterystyki samego postępowania, który to ma przełożenie na treść utajnianych dokumentów i informacji. Dla oceny skuteczności zastrzeżenia istotne jest

bowiem, że zamówienie to może zrealizować niewielki krąg wykonawców. Niewiele jest także systemów dostępnych na rynku, które spełnić mogą wymagania zamawiającego, opisane w treści SIWZ. Sam odwołujący w treści odwołania powołuje się na okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły tylko dwie oferty pomimo, że pierwotnie aż siedmiu wykonawców złożyło Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jedynie cztery podmioty zostały zaproszone do złożenia oferty końcowej. Świadczy to o tym jak unikalny jest to projekt, i jak duży stopień jego skomplikowania a w konsekwencji o tym, że wiedza, którą mogą powziąć inni wykonawcy w przypadku odtajnienia informacji dotyczących przyjętych rozwiązań - może okazać się kluczowa dla uzyskania przewagi konkurencyjnej. Jak trafnie dostrzegł przystępujący nawet jeśli wiedza odwołującego i stopień zaawansowania jego systemów jest na poziomie zbliżonym do tego, jakim dysponuje przystępujący, to nie oznacza jeszcze, że dla innych, mniejszych podmiotów nie jest to wiedza kluczowa pozwalająca im na zapoznanie się z systemami i rozwiązaniami innego producenta, który może realizować poszczególne wymogi w sposób odmienny, bardziej wydajny. Raz odtajnione informacje na temat oferowanych przez Konsorcjum CGI rozwiązań, pozwoli konkurentom na zapoznanie się ze szczegółowymi opisami zawartymi w zastrzeżonych dokumentach. Na ten aspekt zwraca uwagę Konsorcjum CGI w szczególności we fragmencie Uzasadnienia zastrzeżenia, w którym odnosi się do nagrań Próbek stwierdzając, że pokazują one stronę wizualną, ale też funkcjonowanie systemu wykonawcy a dodatkowe pliki, jak chociażby logi, jednoznacznie pozwalają na zrozumienie procesów wewnątrz oprogramowania.

Nie sposób też przychylić się do oceny odwołującego, że Konsorcjum CGI nie podołało obowiązkowi wykazania jaką wartość gospodarczą mają informacje przez niego zastrzegane. W tym miejscu Izba pragnie przywołać Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku, sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym Sąd wskazał na szereg kwestii, które powinny być brane pod uwagę w każdej sprawie dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa w sprawach zamówień publicznych, w tym podkreślił, że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Stwierdził przy tym, że wskazanie owej „wartości gospodarczej" może przy tym przejawiać się poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Innymi słowy, w przypadkach gdy wartości gospodarczej nie da się wyliczyć i podać konkretnej czy też przybliżonej kwoty, wyrażonej za pomocą ogólnie przyjętego miernika wartości, czyli nie da się wyrazić w pieniądzu, a z takim przypadkiem mamy między innymi do czynienia jeśli zamówienie dotyczy skomplikowanych, złożonych i unikatowych projektów, dopuszczalne jest przedstawienie przez wykonawcę szczególnych okoliczności, informacji, wiedzy (know-how), które mają dla wykonawcy szczególne znaczenie.

Zauważyć należy, że Konsorcjum CGI w treści uzasadnienia poświęciło wiele miejsca kwestii wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, wydzielając w tym celu odrębny fragment Uzasadnienia zastrzeżenia. Wskazuje między innymi na znaczną ilość nakładów na wypracowanie przedmiotowego systemu oraz kluczowy aspekt ekonomiczny w postaci walki konkurencyjnej to jest okoliczność, że udostępnienie tych informacji spowoduje, że konkurenci wykonawcy, a także inne podmioty zainteresowane pozyskaniem tych informacji, będą miały możliwość (i) zapoznania się z zastrzeganymi danymi, (ii) przetworzenia tych danych oraz (iii) zaimplementowania ich na własne potrzeby, w celu rozwoju i udoskonalenia własnych rozwiązań informatycznych. Konsorcjum CGI wskazuje też jaki może być skutek pozyskania takich informacji w postaci możliwości skopiowania systemu, jego rozwiązań, utrudniania realizacji, zdobycia informacji o podejściu do realizacji, metodykach pracy, zasadach zarządzania projektem, procesie wytwarzania i dostarczania oprogramowania, co jest wyłącznie wiedzą wewnętrzną, wyróżniającą poszczególnych wykonawców na rynku, dającą im tę przewagę, iż pozwala ona na zdobywanie zamówień. Stwierdzić zatem należy, że w przypadku informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum CGI ich wartość gospodarcza wynika z potencjalnej szkody, jaką wykonawca ten mógłby ponieść w wyniku ich ujawnienia. Szkoda ta, w przypadku tego zamówienia, gdzie z jednej strony wykonawca musi ponieść ogromne nakłady finansowe związane z projektowaniem i budową sytemu, a z drugiej strony mógłby swoją przewagę utracić w wyniku ujawnienia tych danych - nie jest możliwa do wycenienia (przystępujący wskazuje w Uzasadnieniu zastrzeżenia, że opiewać może na setki milionów złotych).

Nie jest zatem tak, że przystępujący nie odniósł się do przesłanki wykazania wartości gospodarczej informacji zawartych w zastrzeżonych przez niego załącznikach i, w ocenie Izby, uczynił to w sposób wystarczający. Należy podzielić bowiem zaprezentowaną przez Konsorcjum CGI argumentację, że odtajnienie, czy to koncepcji rozwiązania, czy też samych próbek niewątpliwie pozwoliłoby innym wykonawcom posiąść wiedzę, której zdobycie, w normalnym toku, wiązałoby się z koniecznością poniesienia wysokich nakładów finansowych. Nie było sporne w niniejszej sprawie, na co zwrócił uwagę również odwołujący,

że spółki z grupy CGI wdrażały już podobne rozwiązania w innych krajach (np. Finlandia, Dania, Holandia, Wielka Brytania). Oznacza to, że stosowane przez nich rozwiązania, czy też model funkcjonowania oprogramowania jest już w praktyce sprawdzony, a tym samym technologia przez nich wykorzystywana charakteryzuje się znacznym stopniem zaawansowania. Możliwość wglądu do tego oprogramowania (w tym do próbek) pozwalałaby przedsiębiorcom konkurującym na tym rynku z Konsorcjum CGI powziąć wiedzę w zakresie dotyczącym tego które moduły, elementy z ich własnego oprogramowania można zmienić czy zoptymalizować.

Jedynie na marginesie należy w tym miejscu zwrócić także uwagę na fakt, że taką samą argumentację zawarł w swoim uzasadnieniu zastrzeżenia odwołujący. Izba wprawdzie nie poddaje ocenie skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zastrzeżonych przez odwołującego pragnie jednak zwrócić uwagę, że również dla niego, jako dla doświadczonego wykonawcy z branży IT nie budziło wątpliwości, że uzasadnione, a wręcz konieczne jest dokonanie zastrzeżenia tych danych w swojej ofercie. Konsorcjum CGI przedstawiło między innymi wyjaśnienia dotyczące uznania próbek jako tajemnica jego przedsiębiorstwa wskazując, że te, ale też inne dokumenty, jak chociażby Koncepcja rozwiązania obrazują jak posiadane przez wykonawcę oprogramowanie realizuje wymogi stawiane przez zamawiającego. Uzasadniał ponadto, że biorąc pod uwagę bardzo mały katalog potencjalnych wykonawców i systemów dostępnych na rynku, jest to wiedza kluczowa dla przewagi konkurencyjnej, w tym systemy innych producentów mogą realizować poszczególne wymogi w sposób odmienny, czasem trudniejszy, mniej wydajny. Z tego powodu kluczowe jest utrzymanie tajemnicy co do opisu rozwiązań oferowanych przez wykonawcę. Same nagrania Próbek pokazują choćby stronę wizualną, ale też funkcjonowanie systemu wykonawcy. Dodatkowe pliki, jak chociażby logi, jednoznacznie pozwalają na zrozumienie procesów wewnątrz oprogramowania. Obrazuje to w jak podobny sposób podchodzi do tych aspektów odwołujący, który następnie kwestionuje zastrzeżenia dokonane przez Konsorcjum CGI w jego ofercie.

Ponadto, oceniając czy wykazana została przesłanka wartości gospodarczej zastrzeżonych przez wykonawcę informacji, nie można pomijać okoliczności danej sprawy. W tym przypadku nie sposób jest nie dostrzec, że przedmiotem zamówienia jest wdrożenie unikatowego, w skali kraju, systemu informatycznego, którego przygotowanie wymaga znacznych nakładów osobowych i finansowych, oraz wiedzy specjalistycznej. Powyższe skutkuje tym, że nie każdy wykonawca dysponuje stosownym know-how, w szczególności wiedzą, niezbędną dla przygotowania i realizacji tego rodzaju zamówień. Poznanie takiej technologii, która wykorzystywana jest przy wdrożeniu projektu dla zamawiającego, z pewnością może dać podmiotom, które nie są zaawansowane w stopniu tak znaczącym, jak kluczowe firmy zajmujące się realizacją tego typu projektów, przewagę konkurencyjną. Z kolei wejście w posiadanie takiej wiedzy pozwala zaoszczędzić olbrzymią kwotę jaką firmy takie zmuszone byłyby wydatkować, aby wejść w jej posiadanie.

Nie sposób również nie dostrzec, że także sam zamawiający, biorąc pod uwagę specyfikę tego postępowania, zainteresowany jest zachowaniem w poufności danych przekazywanych przez siebie, ale też otrzymywanych w toku postępowania od wykonawców, zainteresowanych realizacją tego projektu. Prowadzone postępowanie ma bowiem na celu realizację obowiązków zamawiającego, jako operatora informacji rynku energii (OIRE) w zakresie budowy, wdrożenia oraz utrzymania centralnego systemu informacji rynku energii (CSIRE), zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie z dnia 20 maja 2021 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r. poz. 1093) - dalej „Prawo energetyczne”.

Art. 11zh ust. 1 Prawa energetycznego zawiera delegację dla ministra właściwego ds. energii do wydania rozporządzenia określającego szczegóły pozwalające na prawidłowe funkcjonowanie CSIRE. Ustawodawca, poza określeniem przedmiotowego zakresu delegowanego aktu, wskazał w nim również elementy, które minister właściwy musi brać pod uwagę tworząc rozporządzenie. I tak z treści art. 11zh ust. 2 wynika, że Minister właściwy do spraw energii, wydając rozporządzenie, o którym mowa w art. 11zh ust. 1 bierze między innymi pod uwagę zapewnienie bezpieczeństwa funkcjonowania CSIRE. Ponadto, w myśl art. 11zd Prawa energetycznego operator informacji rynku energii, w zakresie, w jakim przetwarza informacje rynku energii, zapewnia ochronę przed działaniami zagrażającymi poufności, integralności, dostępności i autentyczności przetwarzanych danych. Przepis ten wprawdzie wchodzi w życie z dniem 1 lipca 2024 r., co nie oznacza, że na etapie wszczęcia i prowadzenia postępowania zamawiający może pomijać treść tej regulacji i wynikające z tego przepisu, nałożone na niego obowiązki. Należy podzielić zatem stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa danych, o którym mowa w przepisach, obejmujący również swym zakresem konieczność zabezpieczenia dokumentacji systemu, w tym koncepcji oferowanego rozwiązania, modeli architektonicznych i opisów dotyczących realizacji wymagań jest równoznaczny z tym, że

dokumentacja taka z zasady nie może być publicznie dostępna, gdyż jej ujawnienie narażałoby wdrożone systemy na niebezpieczeństwo w postacie możliwych cyberataków.

Zamawiający, mając na względzie zarówno interes użytkowników systemu, jak też chcąc zapobiec ewentualnej, przyszłej i nieuprawnionej ingerencji w system oraz ryzyko w postaci uzyskania przez osoby nieupoważnione nieuprawnionego dostęp do informacji o rynku energii, już na etapie ogłaszania postępowania sygnalizował, że dokumentacja postępowania będzie objęta tajemnicą jego przedsiębiorstwa, a w celu minimalizacji ryzyka utraty danych objętych tajemnicą, całość dokumentacji przekazywana będzie wykonawcom w zabezpieczonych hasłem plikach archiwum .zip. Wobec powyższego, szereg danych i dokumentów była przekazywana przez zamawiającego wykonawcom z zastrzeżeniem, że te są poufne a podmioty je otrzymujące zostały zobowiązane do złożenia oświadczeń o zachowaniu ich w poufności.

Nie sposób zatem nie zgodzić się z argumentacją zamawiającego, który zwracał uwagę, że ujawnienie informacji, dotyczących koncepcji budowy systemu, stanowiłoby zagrożenie dla bezpieczeństwa jego prawidłowego funkcjonowania i powodowałoby zwiększone ryzyko cyberataków, czy innego rodzaju zagrożeń nieuprawnionej ingerencji. Ponadto, w świetle cytowanych wyżej przepisów ustawy Prawo energetyczne, mogłoby być oceniane jako naruszenie tychże przepisów. Powyższą okoliczność należy traktować jako dodatkowy argument, przemawiający za tym, że informacje zawarte w dokumentach złożonych przez CGI, załączonych do oferty ostatecznej, które co nie ulega wątpliwości opisują przyjęte rozwiązania w zakresie dotyczącym funkcjonowania CSIRE, nie powinny zostać odtajnione.

Odnosząc się z kolei do zastrzeżeń odwołującego dotyczących tego, że Konsorcjum CGI nie wykazało w sposób dostateczny przesłanki dotyczącej podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności, jak też, że nie przedłożyło wystarczających dowodów na potwierdzenie tej okoliczności - Izba stwierdziła, że przystępujący zarówno w treści Uzasadnienia zastrzeżenia, jak też załączając niezbędne dowody, w stopniu dostatecznym podołał obowiązkowi wykazania, że przekazywane przez niego informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a także podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Zaznaczyć należy, że podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób, które ze względu na swój zawód lub prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Z kolei ciężar podjęcia odpowiednich działań w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy, spoczywa na przedsiębiorcy. Konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku zapewnienia poufności informacji lub powiadomienia zainteresowanej osoby o tym, że przekazana mu wiadomość jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, obciążają przedsiębiorcę. Jak zauważył Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie „Wymóg podjęcia działań w celu zachowania poufności należy interpretować, uwzględniając w szczególności takie okoliczności, jak charakter poufnej informacji, wielkość przedsiębiorstwa (załogi), potencjalny dostęp osób nieuprawnionych do informacji, krąg i charakter osób, które mają do niej dostęp, itp. O spełnieniu przesłanki podjęcia rozsądnych działań można zatem mówić, gdy przedsiębiorca faktycznie skutecznie kontroluje dostęp do danej informacji, podejmując stosowne rozwiązania organizacyjne i techniczne, w celu utrzymania informacji w tajemnicy” (Wyrok VI SA/Wa z dnia 12 stycznia 2021 r.). Z kolei w innym orzeczeniu zauważono, iż „Każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowić realizację zalecenia ustawowego. Z tego względu ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. dopuszczenie do informacji jedynie określonego kręgu pracowników, choć należy mieć również na uwadze - w odniesieniu do informacji dotyczących treści umów zawieranych przez przedsiębiorców - zastrzeżone przez strony danej umowy warunki w zakresie poufności określonych postanowień umownych” (tak w Wyroku II SA/Wa 1544/19 z dnia stycznia 22 stycznia 2020 r.).

Mając na uwadze powyższe wytyczne Izba uznała, że w tym zakresie przystępujący wypełnił ciążące na nim obowiązki. W treści Uzasadnienia zastrzeżenia, zawarto opis jak egzekwuje on obowiązek zachowania danych w poufności od swoich pracowników, ale też w odniesieniu do członków Konsorcjum i jego personelu (w treści Uzasadnienia zastrzeżenia w wielu miejscach wskazuje się na "wszystkich członków Konsorcjum", "członków personelu Konsorcjum" etc., które to odniesienia jednoznacznie wskazują na to, które części wyjaśnień odnoszą się do wszystkich podmiotów i pracowników), a także w zakresie odnoszącym się do zabezpieczenia technicznego. Wskazywał bowiem, że zachowuje techniczne środki bezpieczeństwa na wysokim poziomie w celu ochrony informacji przechowywanych na serwerach. Dostęp do danych na serwerze jest ograniczony i kontrolowany (ograniczenie

dostępu do infrastruktury sieciowej). Wykonawca prowadzi wykaz zbiorów danych, który określa szczegółowo sposób zabezpieczenia przechowywanych danych. Podmioty zewnętrzne, w tym nawet zewnętrzna kancelaria prawna nie ma dostępu do serwerów na których utrzymywane są dane dotyczące oferty. Dostęp do dokumentów oferty ograniczony został do kilkunastu osób, wśród kilku tysięcy pracowników czterech spółek tworzących konsorcjum.

Powyższe wyjaśnienia są wyczerpujące i spójne z zachowaniem przystępującego i jego postępowaniem z dokumentami, które miało miejsce w toku całego prowadzonego postępowania. Konsorcjum CGI, niezależnie od obowiązków nakładanych w tym zakresie na niego przez zamawiającego, zastrzegało przekazywane informacje, jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, załączając stosowne uzasadnienie. Tym samym dane, opisujące podejście przystępującego do proponowanych rozwiązań, przekazywane wcześniej w ofercie wstępnej, w korespondencji prowadzonej z zamawiającym, czy też w toku negocjacji, nie zostały na tych etapach postępowania ujawnione, a inni wykonawcy nie posiadają wiedzy odnośnie przekazywanych danych.

Odwołujący z kolei nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, ze powyższe oświadczenia Konsorcjum CGI nie są zgodne z rzeczywistością, niewystarczające czy też, że deklarowane przez niego techniczne zabezpieczenia, w tym polityki bezpieczeństwa nie istnieją u poszczególnych podmiotów tworzących Konsorcjum CGI. Nie zdołał również wykazać, że zastrzegane informacje można łatwo pozyskać i każdy może się z nimi zapoznać. Wprawdzie odwołujący przedkładał dowody w postaci wydruków ze stron internetowych na okoliczność, że znany jest powszechnie fakt współpracy firmy CGI z firmą KX, przy wdrażaniu projektów tożsamych do tego, który będzie realizowany na rzecz zamawiającego. Wywodził także, że w konsekwencji powszechnie dostępne są także informacje o wdrażanym systemie, w tym jego dokumentacja, budowa i zasady wdrażania są znane i dostępne publicznie. Z dowodów tych jednakże, wbrew twierdzeniom odwołującego, powyższe okoliczności nie wynikają. Czym innym jest powszechna informacja na temat tego, że przy podobnym projekcie przystępujący współpracował z określonym przedsiębiorcom (czemu zresztą przystępujący przeczył), a czym innym możliwość zapoznania się ze szczegółowymi danymi na temat koncepcji, budowy systemu czy jego szczegółowymi założeniami. Odwołujący oprócz twierdzeń, że takie dane jest w stanie z łatwością pozyskać - nie przedłożył na tą okoliczność żadnych dowodów.

Izba nie zgadza się także z argumentacją odwołującego, że Konsorcjum CGI nie przedłożyło wystarczających dowodów na okoliczność, że podjął on wystarczające działania, mające na celu ograniczenie kręgu osób, posiadających dostęp do zastrzeganych informacji.

Jakkolwiek Izba podziela pogląd, prezentowany w orzecznictwie KIO, że skoro przepisy nakładają obowiązek wykazania, czyli udowodnienia istnienia przesłanek uznania konkretnej informacji za informację niejawną w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to wykonawca nie może poprzestać w tym zakresie na samej argumentacji, bez przedstawienia dowodów. Ustawodawca jednak nie określił katalogu takich dowodów, ani też nie sprecyzował czego mają one dotyczyć. Powyższe należy zatem oceniać każdorazowo, w okolicznościach danej sprawy, biorąc pod uwagę treść dokonanego zastrzeżenia, a zatem na jakie okoliczności wskazuje wykonawca w swoim uzasadnieniu, jak też specyfikę działania samego wykonawcy. Podkreślić należy, że ustawodawca nie wskazał w tym zakresie i nie opisał żadnych minimalnych wymagań jakie okoliczności winien wykonawca wykazać, i jakiego rodzaju dowody przedłożyć, aby zamawiający mógł pozytywnie ocenić skuteczność dokonanego zastrzeżenia.

W ocenie składu orzekającego Konsorcjum CGI podołało obowiązkowi wykazania, że w grupie kapitałowej, która obejmuje wszystkie spółki będące członkami konsorcjum, obowiązują Zasady Etyki, które zobowiązują wszystkich pracowników tej grupy do ochrony informacji poufnych CGI i jej klientów, na co przedłożył dowód w postaci wyciągu z tego Kodeksu. Oprócz tego załączył do Uzasadnienia zastrzeżenia także inne dokumenty, jak chociażby umowę o pracę, z której również w jednoznaczny sposób wynika obowiązek zachowania poufności, czy oświadczenie o odbyciu szkolenia z zakresu bezpieczeństwa informacji. Przedmiotowe dokumenty potwierdzają spełnienie przesłanki, polegającej na tym, że podjęte zostały określone, konkretne działania, mające na celu ograniczenie dostępu do przekazywanych w toku postępowania danych.

Tym samym zamawiający prawidłowo ocenił, że przedstawiony katalog środków dowodowych jest wystarczający i, że wskazane wyżej dowody bezspornie potwierdzają, że CGI podjęło, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w poufności.

Izba, orzekając w niniejszej sprawie, wzięła również pod uwagę tą okoliczność, na którą zwracał uwagę przystępujący, wnosząc o odrzucenie odwołania jako złożonego po upływie terminu, a mianowicie, że zakres oferty wstępnej pokrywa się z zakresem informacji składanych w ofercie ostatecznej. Powyższe, co wynika z porównania treści ofert wstępnej i ostatecznej, dotyczy w szczególności opisu funkcjonalności systemu, harmonogramu oraz przyjętych założeń. Konsorcjum CGI, już na etapie złożenia oferty wstępnej, zadeklarowało określone parametry jako stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa, czego odwołujący w żaden sposób nie kwestionował. Nie sposób zatem uznać inaczej, że w zakresie, w jakim przekazywane w ofercie ostatecznej informacje stanowiły powielenie tych, które zostały zamieszczone w ofercie ostatecznej - odwołujący nie może skutecznie domagać się ich ujawnienia. W innym przypadku doszłoby do sytuacji, w której odtajnione zostałyby takie dane, które są już skutecznie i prawomocnie utajnione na etapie złożenia oferty wstępnej. Co najmniej zatem w odniesieniu do nich, należy uznać je za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, a ich zastrzeżenie za skutecznie dokonane.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 : .....