Sygn. akt: KIO 701/23

WYROK

z dnia 31 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Symmetry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Bit Peak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej w Warszawie,

przy udziale wykonawcy S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

przy udziale wykonawcy Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) odtajnienie treści informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. informacji zawartych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą i treść wyjaśnień z dnia 1 marca 2023 r. oraz załącznikach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20 stycznia 2023 r.,

c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. 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.

2.2. Zasądza od wykonawcy S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - 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 701/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług modyfikacji, rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej wspierających realizację programów współfinansowanych ze środków UE, Znak postępowania: BDG-V.2611.38.2022.ŁK. Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 31 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 210-602769.

W dniu 13 marca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Symmetry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Bit Peak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając dokonanie nie prawidłowej oceny i badania ofert, a w konsekwencji niezasadne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez S&T Poland Sp. z o.o., (dalej S&T) w szczególności nie prawidłowe uznanie, że informacje zawarte w wykazie osób złożonym wraz z ofertą i wyjaśnienia tego dokumentu oraz załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20.01.2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisu:

- art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadną odmowę ujawnienia informacji zawartych w wykazie osób

złożonym wraz z ofertą i wyjaśnieniach tego dokumentu oraz załącznikach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20.01.2023 r. pomimo, że wykonawca S&T Poland Sp. z o.o. nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tych informacji.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert w tym ujawnienie pełnej treści informacji zastrzeżonych tajemnicą przez wykonawcę S&T Poland Sp. z o.o. tj.: informacji zawartych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą i treść wyjaśnień z dnia 1.03.2023 r. oraz załącznikach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20.01.2023 r.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przy tym, zgodnie z regulacją ust. 3 tego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp), więc ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, np. na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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 o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Sam charakter zastrzeżonych przez wykonawcę informacji nie jest kwestionowany, gdyż są to z pewnością informacje organizacyjne (dla wykazu osób) oraz informacje organizacyjno-ekonomiczne (dla załączników do wyjaśnień ceny oferty). Jednak, jak wskazano wyżej charakter informacji stanowi tylko jedną z kilku przesłanek ustawowych, które należy wykazać, aby skutecznie zastrzec informacje tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego wykonawca S&T nie wykazał wartości handlowej tych informacji, tj. że w wyniku ich

ujawnienia poniesie stratę, jak również nie wykazał, że dochował należytej staranności i podjął wystarczające działania celem zachowania tych danych w poufności.

W zakresie poniesienia straty, zasadnicze uchybienia w ocenie Odwołującego zostały poczynione w zastrzeżeniu informacji dotyczącej wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji wskazał jedynie, że informacje te stanowią know how a wiedza pochodząca z kalkulacji cenowej i załączonych dowodów mogłaby przyczynić się do uprzywilejowania innego wykonawcy w tym lub w następnych postępowaniach.

Również Odwołujący składał w toku postępowania wyjaśnienia ceny oferty i zastrzegł je tajemnicą przedsiębiorstwa, opisując na czym polegałabym poniesiona przez niego strata na prawie 2 stronach tj. od pkt 2.1 do pkt 2.7. Wykonawca S&T natomiast złożył jedynie krótkie oświadczenie sformułowane jednym zdaniem, że wiedza pochodząca z zastrzeżonych dokumentów mogłaby przyczynić się do uprzywilejowania innego wykonawcy. Nie sposób uznać, że takie oświadczenie, bez jakiegokolwiek uzasadnienia jest wystarczające, biorąc pod uwagę fakt, że zastrzeganie tajemnica przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady generalnej jawności postępowania.

W ocenie Odwołującego, wykonawca S&T chcąc skutecznie zastrzec załączniki do wyjaśnień powinien był wskazać na możliwość poniesienia szkody tj. wykazać przykładowo, że:

- dane dotyczą wynegocjowanych warunków cenowych, właściwych tylko wykonawcy obrazujące posiadane możliwości i zasoby handlowe, które wykonawca mógłby utracić na skutek ujawnienia tych danych

- ujawnienie poziomów cenowych mogłoby wpłynąć negatywnie na sposób kalkulacji oferty w przyszłości

- informacje pozwolą na ocenę sytuacji finansowej wykonawcy a tym samym zachwieją przewagę rynkową wykonawcy

- ujawnienie poziomu wynagrodzeń wpłynie na pogorszenie pozycji wykonawcy poprzez podkupowanie pracowników i podwykonawców

- odtajnienie danych wpłynęłoby na negatywną ocenę wiarygodności wykonawcy na rynku, na którym działa

Powyższe elementy zostały w przeciwieństwie do zastrzeżenia S&T wykazane i szeroko omówione w zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez Odwołującego, co różnicuje sytuację tych dwóch wykonawców.

Jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią a wykonawca podjął działania celem zachowania tych danych w poufności. Ważne jest przy tym, że Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania tajemnicy spoczywa na wykonawcy, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. W ocenie Odwołującego wykonawca S&T nie wykazał, że podjął wystarczające działania celem zachowania danych w poufności.

Zgodnie z ugruntowanym obecnie orzecznictwem, aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla osiągnięcia tego celu nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. "Wykazanie", o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem "wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Powyższy obowiązek jest w sposób szczególnie ważny dla wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, gdyż działania takie przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, itp.). W niniejszym postępowaniu wykonawca nie złożył adekwatnych dowodów potwierdzających podjęcie stosownych działań.

W ocenie Odwołującego, gdyby treść wykazu osób czy złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny była faktycznie na tyle newralgiczna, że konieczna byłaby ich ochrona wykonawca złożyłby takie dokumenty jak: zawarte umowy z pracownikami, konkretne zobowiązania do zachowania poufności złożone przez podwykonawców użyczających zasoby albo umowy handlowe z podwykonawcami zawierające klauzule o poufności czy też umowy typu NDA a nie jedynie swoje wewnętrzne regulacje dotyczące ochrony informacji jak własna polityka bezpieczeństwa informacji czy wzór zobowiązania do zachowania poufności i certyfikat ISO. Ochrona informacji w tym konkretnym wypadku nie jest, jak zostanie wykazane dalej wyłącznie kwestią po stronie wykonawcy S&T, w przeciwieństwie do oferty Odwołującego, który wykona zamówienie zasadniczo samodzielnie.

Z uwagi na brak ww. dokumentów należy stwierdzić, że wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu, że podjął stosowne działania.

Sytuacja wykonawcy S&T jest w tym zakresie specyficzna, gdyż większość zasobów kadrowych wykonawca czerpie od podmiotów trzecich. Ze złożonych w toku postępowania dokumentów wynika, że wykonawca zaangażował do realizacji zamówienia pracowników 5 podmiotów trzecich – podwykonawców tj.: Code Can Fly Sp. z o.o., Puerta Logic Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., SYSTEMY PRZETWARZANIA I INTEGRACJI DANYCH Sp. z o.o., Transition Technologies PSC SA. Informacje, które przekazuje więc wykonawca nie pochodzą wyłącznie od niego samego, lecz z zewnątrz organizacji. Wobec tego, tylko zagwarantowanie dwukierunkowego działania mającego na celu ochronę informacji powinno zostać uznane za należyte. Tymczasem podwykonawcy wskazani w ofercie w ogóle choćby nie twierdzą, że informacje o potencjale kadrowym są poufne i nie zobowiązują wykonawcy do zachowania ich w poufności. Wykonawca nie wskazał na porozumienia z podmiotami trzecimi o poufności a jedynie powołał się na stosowane u siebie w organizacji polityki i wskazał na posiadaną przez siebie certyfikację ISO 27001. Wobec tego wykonawca nie podjął wystraczających działań celem ochrony tych informacji, gdyż nie zabezpieczył ich od strony swoich partnerów biznesowych. W odróżnieniu, Odwołujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje, z którego to dokumentu jednoznacznie wynika, że podmiot ten traktuje również wskazane informacje jako tajemnica i wręcz zobowiązuje Odwołującego do zachowania ich w poufności. Z zobowiązań dołączonych przez S&T do oferty w ogóle nie wynika, aby były to dane newralgiczne podlegające ochronie. Skoro więc podmioty te mogą przekazać na rynek i potencjalnie zainteresowanym innym osobom dane o swoich pracownikach to środki podjęte wyłącznie z jednej strony przez S&T nie są wystarczające, choćby były certyfikowane procedurą ISO 27001 tego wykonawcy. Co ciekawe, wykonawca S&T, jak wskazano w uzasadnieniu zastrzeżenia załączonym do wyjaśnień ceny oferty wskazuje, że dla własnych zasobów stosuje opisywaną wyżej zasadę dwustronnej ochrony (s. 6 uzasadnienia). W tym konkretnym wypadku jednak wykonawca nie wykazał, aby taką dwustronną ochronę zapewnił jeśli idzie o zasoby podmiotów trzecich. Może to również wskazywać, że zasoby własne wykonawcy są dla niego cenione wyżej aniżeli zasoby podmiotów trzecich, które co do zasady pozostają jawne chyba, że podmioty te wyraźnie te informacje zastrzegą tajemnicą.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne

przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyraźnie wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Posługiwanie się zaś przez wykonawcę twierdzeniami, że ochronie podlegają wszelkie informacje zawarte w wyjaśnieniach wymagało więc od niego wykazania w stosunku do tych informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji i podjęcia środków celem zachowania ich w

poufności.

Wobec tego, w ocenie Odwołującego zasadnicze błędy w złożonych uzasadnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa to:

1. Brak wykazania szkody w ujawnieniu informacji zastrzeżonych przez wykonawcę a więc wartości gospodarczej tych informacji – w szczególności w zakresie wyjaśnień ceny oferty

2. Brak wykazania, że wykonawca podjął stosowne działania celem zachowania danych w poufności – w zakresie wykazu osób i wyjaśnień tego dokumentu oraz wyjaśnień ceny oferty.

Z daleko posuniętej ostrożności, uprzedzając kontrargumentację jakoby Odwołujący nie mógł kwestionować tajemnicy wykonawcy S&T skoro sam objął tajemnicą te same dokumenty należy zwrócić uwagę na rozróżnienie sytuacji tych dwóch podmiotów. Odwołujący wnosi o indywidualną ocenę uzasadnień i dowodów wykonawcy S&T biorąc pod uwagę zaangażowanie przez ten podmiot wielu podwykonawców, co wymaga dwukierunkowej ochrony oraz brak uzasadnienia dla możliwości poniesienia szkody – oświadczenie wykonawcy S&T było lakoniczne i bez jakiejkolwiek konkretnej argumentacji, w przeciwieństwie do Odwołującego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 marca 2023 r. uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 31 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 210-602769.

W dniu 13 marca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Symmetry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Bit Peak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając dokonanie nie prawidłowej oceny i badania ofert, a w konsekwencji niezasadne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez S&T Poland Sp. z o.o., (dalej S&T) w szczególności nie prawidłowe uznanie, że informacje zawarte w wykazie osób złożonym wraz z ofertą i wyjaśnienia tego dokumentu oraz załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20.01.2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisu:

- art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadną odmowę ujawnienia informacji zawartych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą i wyjaśnieniach tego dokumentu oraz załącznikach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20.01.2023 r. pomimo, że wykonawca S&T Poland Sp. z o.o. nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tych informacji.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Symmetry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Vogla 8, 02-963 Warszawa oraz Bit Peak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opatowska 2, 01-696 Warszawa,

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego.

Przystępujący S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r. (pismo z dnia 20 marca 2023 r.) wniósł sprzeciw od uwzględnienia w całości odwołania przez Zamawiającego.

Przystępujący Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2023 r. (pismo z dnia 20 marca 2023 r.) poparł uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy PZP:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi

naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego po stronie Zamawiającego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadną odmowę ujawnienia informacji zawartych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą i wyjaśnieniach tego dokumentu oraz załącznikach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20.01.2023 r. pomimo, że wykonawca S&T Poland Sp. z o.o. nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tych informacji, są zdaniem Izby zasadne.

Izba zważa, że ustawa PZP wprowadza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust. 1 ustawy PZP), czyni jednak zastrzeżenie, iż Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy PZP).

Tym samym zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. W związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Każde odejście od stosowania zasady jawności wiąże się z powstaniem określonego obowiązku zarówno po stronie Zamawiającego, jak i po stronie podmiotu dokonującego zastrzeżenia. Wykonawca zastrzegający tajność oferty lub innych składanych dokumentów jest zobligowany do przedstawienia w stosunku do każdej informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego wystąpienia przestanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast Zamawiający zobligowany jest do wnikliwego zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcia stosownych działań w zależności od wyników tej analizy.

Oznacza to, że w dacie składania określonej informacji (jak w niniejszej sprawie w dacie składania wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny z jednoczesnym zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20 stycznia 2023 r. oraz zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą, stanowiącym załącznik nr 13 do SWZ, jak również wyjaśnień z dnia 1 marca 2023 r.) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi przedstawić uzasadnione argumenty przekonujące Zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nieujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

Izba wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne,

technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie następujące przesłanki:

a. informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny,

b. informacje muszą posiadać wartość gospodarczą,

c. informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób,

d. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia, jego ogólnikowość albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji. W ocenie Izby, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w realiach niniejszej sprawy.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r, sygn. akt 200/18: „Dla owego „wykazania" nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ZamPublU, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania" należy rozumieć nie tytko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie".

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21: ,,Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć

wpływ również na wykładnię pojęcia: „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c.”

Izba zważa, że zarzuty Odwołującego dotyczyły tego, iż Przystępujący zastrzegając dane informacje jako tajemnice przedsiębiorstwa nie wykazał „wartości handlowej tych informacji, tj. że w wyniku ich ujawnienia poniesie stratę”, jak również nie wykazał, że „ dochował należytej staranności i podjął wystarczające działania celem zachowania tych danych w poufności”.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy stwierdzenie Przystępującego w uzasadnieniu zastrzeżenia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, iż: „informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, ponieważ określają skalę (wartość) leżących w jego sferze zainteresowań zamówień/usług, stosowane stawki, zasady kalkulacji wynagrodzenia, co jednocześnie stanowi wartość gospodarczą na rynku usług informatycznych oraz istotny komunikat dla podmiotów konkurencyjnych. Niewątpliwie ich ujawnienie może narazić S&T na negatywne konsekwencje w postaci utraty konkurencyjności na rynku zamówień informatycznych, utratę pracowników a także powodować ewentualne konsekwencje cywilnoprawne wobec podmiotów z którymi współpracuje S&T (ujawienie ich tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji poufnych). Wykonawca podkreśla, że kalkulacja została sporządzona dużym nakładem organizacyjnym: badanie rynku, spotkania, negocjacje, analiza potrzeb, identyfikacja rozwiązań. To także wiedza o podwykonawcach i partnerach, potencjale kadrowym. Zastrzeżone informacje referują do zastosowanej metodologii wyliczenia ceny, przyjętego modelu organizacyjnego, które wynikają z doświadczenia przy długoletniej realizacji podobnych umów i stanowią know-how wykonawcy. S&T uzyskuje bardzo istotną część swoich przychodów na rynku usług teleinformatycznych w ramach postępowań przetargowych, prowadzonych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych oraz regulaminów udzielania zamówień. Niewątpliwie wiedza pochodząca z kalkulacji cenowej i załączonych dowodów mogłaby przyczynić się do uprzywilejowania innego wykonawcy w tym lub w następnych postępowaniach”, jest zdaniem Izby ogólnikowe, wręcz lakoniczne, zwłaszcza biorąc pod uwagę ostatnie zdanie powyższego oświadczenia, a nadto Przystępujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, w jaki sposób ujawnienie zasad kalkulacji wynagrodzenia czy stosowanych stawek miałoby doprowadzić do utraty konkurencyjności przez Przystępującego. Zdaniem Izby stwierdzenie Przystępującego, że: „kalkulacja została sporządzona dużym nakładem organizacyjnym: badanie rynku, spotkania, negocjacje, analiza potrzeb, identyfikacja rozwiązań” jest niczym nadzwyczajnym, ponieważ każdy z Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako profesjonalista dokonuje takiego nakładu organizacyjnego.

Tym bardziej Izba nie dopatruje się żadnych powodów, aby uznać zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa przekazanych przez Przystępującego dokumentów w postaci Polityka Bezpieczeństwa Informacji czy wzoru zobowiązania do zachowania w poufności. Przystępujący oświadczając, iż „zgodnie z wewnętrznymi zasadami obowiązującymi w firmie Wykonawcy przed udostępnianiem tego rodzaju informacji (jak np. te zastrzeżone w ofercie Wykonawcy zasoby) osobom trzecim, takim jak przedstawiciele dostawców, wynajęci pracownicy, firmy partnerskie i inni przedsiębiorcy należy podpisać stosowną umowę o

poufności tych danych. Poniżej znajduje się lista podstawowych umów/dokumentów stosowanych przez Wykonawcy w przedmiotowym zakresie (dotyczy wyłącznie standardowych wzorów, poza tym istnieją umowy dedykowane pod dany projekt):

- umowa o nieujawnianiu informacji poufnych tzw. dwustronna (chroniąca informacje obu stron),
- umowa o nieujawnianiu informacji poufnych tzw. jednostronna (chroniąca informacje S&T),
- oświadczenie podmiotu o nieujawnianiu przekazanych mu informacji poufnych,
- umowa o współpracy i zachowaniu poufności (najczęściej dla konkretnych projektów)

Ponadto jak wskazano w zasadzie w każdej umowie zawieranej z kontrahentem przewidziane są klauzule dotyczące zastrzeżenia określonych informacji w poufności", jest w ocenie Izby gołosłowne i ogólnikowe, ponieważ po pierwsze Przystępujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, że posiada jakiekolwiek dowody w postaci zobowiązań do zachowania poufności przez podwykonawców użyczających swoje zasoby, a po drugie nie wykazał, że osoby wskazane w wykazie osób są to osoby o unikalnych kompetencjach (niezależnie czy dotyczy to zasobu własnego wykonawcy czy zasobu podwykonawcy, jak również czy dotyczy to usług informatycznych czy jakichkolwiek innych usług).

Należy w tym miejscu zgodzić się z Odwołującym, że „tylko zagwarantowanie dwukierunkowego działania mającego na celu ochronę informacji powinno zostać uznane za należyte", a tym samym środki podjęte do zachowania informacji w poufności wyłącznie przez Przystępującego (a nie również przez podwykonawców) nie są w takim przypadku wystarczające do zachowania informacji w poufności, niezależnie od posiadania przez Przystępującego certyfikatu systemu zarządzania ISO 9001:2015, czy certyfikatu potwierdzającego spełnienie wymagań normy ISO/IEC 27001:2017.

W związku powyższym, twierdzenie Przystępującego na rozprawie, że „podwykonawcy nie mają dostępu od całości informacji do żadnego z załączników jako zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa ani do całości zastrzeżenia całego wykazu osób" jest zdaniem Izby lakoniczne i gołosłowne, przy czym w ocenie Izby o powyższym nie mogą świadczyć dowody przedłożone przez Przystępującego w postaci „polityki bezpieczeństwa i certyfikatu ISO oraz przykładowy wzór zachowania poufności", ponieważ mogą być one przedstawione w każdym innym postępowaniu, a nie wyłącznie w tym konkretnym postępowaniu.

Nadto Izba zważa, że sam Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób wskazując, że: „dostęp konkurencji do takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, czy też samych ich kwalifikacji (bez imienia i nazwiska) w

połączeniu z doświadczeniem zawodowym pozwala na zidentyfikowanie takich osób. W konsekwencji umożliwia to dotarcie do nich, a w konsekwencji procedurę "podkupywania". Z kolei „podkupienie" pracowników może niweczyć udział S&T w określonym przedsięwzięciu gospodarczym, jakim jest świadczenie usług na rzecz Zamawiającego i ostatecznie spowodować pogorszenie pozycji na tym specyficznym rynku usług informatycznych, gdzie o sile firmy przesądzają ludzie", a także „utrata pracownika może ponieść za sobą koszt kilkudziesięciu tysięcy złotych, co pokazuje wartość gospodarczą informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (per osoba)", są w ocenie Izby wyłącznie ogólnikowymi oświadczeniami Przystępującego niemającymi pokrycia w materiale dowodowym, np. przedkładając stosowny dowód, że w stosunku do Przystępującego nastąpiło takie „podkupienie" pracownika, czego zabrakło w realiach niniejszej sprawy.

Izba dodatkowo zważa, że znaczna cześć uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa zarówno co do załączników załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak i wykazu osób jest identyczna, co już w ocenie Izby świadczy o braku zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba chciałaby w tym miejscu jeszcze raz podkreślić, że zgodnie z dominującą obecnie linią orzeczniczą, wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp zasadę jawności traktuje się priorytetowo, jako jedną z najważniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie stosowania tej zasady na podstawie art. 18 ust. 3 PZP może mieć miejsce jedynie pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez wykonawcę poprzez udowodnienie, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uwzględnianie tego rodzaju uzasadnień jako skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa skutkowałoby tym, że dostęp wykonawców np. do wyjaśnień ceny przedstawianych przez innych wykonawców zostałby ograniczony do minimum.

Konkludując, w ocenie Izby, Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji ani nie podjął wystarczających działań celem zachowania tych danych w poufności. Przedstawione przez niego uzasadnienia zastrzeżenia są ogólnikowe, obejmujące gołosłowne deklaracje wykonawcy. Mają one charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 pkt

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 od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Przystępującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….