

Sygn. akt: KIO 3086/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę SOFTIQ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, przy ul. Chorzowskiej 50 (44-100 Gliwice), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, przy ul. Nowogrodzkiej 1/3/5 w Warszawie (00-513 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Alfavox Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, przy ul. Żębackiej 35 (60-164 Poznań)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SOFTIQ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SOFTIQ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty tego wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3086/24

UZASADNIENIE

Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w Warszawie (dalej zwane: „zamawiającym”) prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługi dotyczące Centralnego Systemu Informatycznego Zabezpieczenia Społecznego (CSIZS)” - znak sprawy: BDG-V.2710.15.2024.JM (dalej zwane: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05 lipca 2024 r. pod numerem 400998-2024.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (dalej zwanej: „Pzp”).

W dniu 26 sierpnia 2024 r. wykonawca SOFTIQ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej zwany: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności podjętych przez zamawiającego polegających na zaniechaniu odtajnienia w całości złożonych przez Alfavox Software sp. z o.o. (zwany dalej: „Alfavox”) dokumentów w postaci oferty wraz załącznikami (szczegółowo opisanych w pkt 18 uzasadnienia odwołania).

Opisanym powyżej czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „znku”) poprzez zaniechanie odtajnienia w całości złożonych przez Alfavox zastrzeżonych dokumentów,

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odtajnienia w całości złożonych przez Alfavox dokumentów w postaci oferty wraz załącznikami (szczegółowo opisanych w pkt 18 uzasadnienia odwołania) oraz ich udostępnienia odwołującemu;
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ w postępowaniu zostały złożone dwie oferty (odwołującego i Alfavox), a w związku z tym, że kryteria oceny ofert dotyczą zarówno ceny, jak i

pozacenowych kryteriów, nie jest wiadome jak ostatecznie ukształtuje się klasyfikacja ofert. Możliwa jest więc tego rodzaju sytuacja, że oferta odwołującego uplasuje się na drugiej pozycji. W takiej sytuacji w interesie odwołującego leży weryfikacja oferty Alfavox (całej wraz z załącznikami) celem sprawdzenia jej poprawności, albowiem może to doprowadzić do jej odrzucenia i wyboru oferty odwołującego. Tymczasem niewniesienie odwołania i utrzymanie w mocy skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotnie ogranicza szanse odwołującego na wybór jego oferty. Tym samym uniemożliwione może być osiągnięcie przychodu i zysku z realizacji zamówienia, co stanowi potencjalną szkodę odwołującego, uzasadniającą złożenie niniejszego odwołania.

Na wstępie odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp w celu skutecznego zastrzeżenia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednocześnie zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazał odwołujący, konieczność jednoczesnego zastrzeżenia i wykazania przesłanek tajemnicy podkreśla się również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 29 marca 2021 r. sygn. akt. 720/21

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, iż ze względu na fundamentalną i mającą pierwszeństwo zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 Pzp) KIO stoi jednoznacznie na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Na poparcie swojej argumentacji odwołujący również wskazał wyrok KIO.

Wykazanie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa musi być zgodne z art. 11 ust. 2 znku: „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”.

Z powyższego, według odwołującego wynika, że dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Wykonawcy powinni zatem wykazać, że w celu zachowania poufności danych informacji

podjęli szereg działań, mających na celu zapewnienie odpowiedniej ochrony tym informacjom – zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym.

Tymczasem na gruncie niniejszego postępowania Alfavox nie podołał obowiązkowi takiego wykazania, a tym samym należy stwierdzić nieskuteczność takiego zastrzeżenia. W ocenie odwołującego Alfavox nie wykazało, aby podjęło stosowne środki ochrony informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wprawdzie Alfavox powołuje się na zarządzenie Prezesa Zarządu Alfavox Software sp. o.o. dotyczące ustanowienia i wprowadzenia Regulaminu ws. Polityki Bezpieczeństwa i Tajemnicy Przedsiębiorstwa Spółki z dnia 1.03.2019 r. Jednakże w ocenie odwołującego, brak przedstawienia treści tego zarządzenia świadczy o jego pozorności i pozbawia zastrzeżenia cech wykazania okoliczności podjęcia odpowiednich działań.

Następnie odwołujący wskazywał, iż jego zdaniem o pozorności zrzędzenia świadczy jego data tj. 1.03.2019 r. w powiązaniu z tytułem tego zarządzenia wskazanego poniżej:

Zarządzenie Prezesa Zarządu

Alfavox Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu z dnia 1.03.2019 r.

Tymczasem w tym dniu, według twierdzeń odwołującego, zgodnie z informacjami z KRS dla Spółki Alfavox miała ona siedzibę w Bielsku Białej, a nie w Poznaniu. Na dowód tego odwołujący przedstawił odpis pełny z KRS dla Alfavox, co zdaniem odwołującego świadczy o pozorności tej uchwały i jej antydatowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę również na to, iż z tytułu widać inny rodzaj czcionki dla tytułu i rzekomej daty tej uchwały. Ponadto zdaniem odwołującego podpis prezesa zarządu Spółki Alfavox jest sztucznie wklejony, co odwołujący wykazywał w uzasadnieniu odwołaniu.

Te wszystkie elementy, wedle twierdzeń odwołującego świadczą o pozorności tej uchwały, a w konsekwencji o pozorności środków zabezpieczających, o których mowa w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Także opis środków rzekomego zabezpieczenia nie potwierdza, aby przedsięwzięto jakieś środki odnośnie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Cały opis środków zawarty na ss. 9-10 zastrzeżenia tajemnicy dla odwołującego to opis, zwykłych zabezpieczeń, stosowanych przez każdego, nie dla informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a dla wszystkich zbiorów danych. Odwołujący podkreślił, iż każdy zamyka i stosuje zamki albo elektroniczne systemu dostępu, aby nie dostały się do pomieszczeń osoby trzecie. W tym działaniu nie ma nic nadzwyczajnego.

Odwołujący wskazywał, iż środki bezpieczeństwa opisane wyżej nie mają żadnego powiązania z tajemnicą przedsiębiorstwa, a są najzwyklejszymi środkami i podstawowymi środkami, aby nie utracić danych. Cały ten opis zmierza do wywarcia wrażenia podjęcia nie

wiadomo jak wyszukanych środków zabezpieczających, a rzeczywistości to najzwyklejszy standard dla każdego, nie mający związku z tajemnicą przedsiębiorstwa. Także owe przykładowe umowy o poufności nic nie wnoszą do sprawy, albowiem sam fakt zawarcia takich umów nie powoduje jeszcze, że określone informacje stają się informacjami zawierającymi tajemnicę przedsiębiorstwa i spełniają wszystkie przesłanki dla zastrzeżenia takich informacji.

Do sprawy nie wnosi nic także przywołanie przez Alfavox orzeczeń KIO oraz sądów powszechnych szczególnie, że są to orzeczenia sprzed 10, a nawet i więcej lat. Oczywiście jest, jak podkreślił odwołujący, dla każdego zajmującego się zamówieniami publicznymi, że aktualna linia orzecznicza jest całkowicie przeciwna, do „starego” orzecznictwa i przyznaje całkowity prym jawności postępowania. Aktualnie tylko w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych i wykazanych przez wykonawców przypadkach może dojść do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy. W tym przypadku Alfavox takich okoliczności nie wykazał.

W kwestii zaniechania odtajnienia informacji dotyczących danych podwykonawców/dostawców zauważanie przede wszystkim wymaga to, że zakres zastrzeżonych informacji nie obejmuje tego rodzaju danych. Zdaniem odwołującego, zgodnie bowiem z zastrzeżeniem Alfavox, zastrzeżenie dotyczy danych podmiotu udostępniającego zasoby, to już nie podwykonawców i dostawców.

Odnosząc się natomiast do danych dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby to nie wykazano, ani potrzeby utajnienia tych danych, ani ich wartości gospodarczej. W odniesieniu do tych informacji cała argumentacja sprowadza się do dwóch zasadniczych argumentów. Po pierwsze w tym, że Alfavox zidentyfikowało na rynku IT podmiot, który ze względu na swe doświadczenie i zasoby, udzielając ich umożliwił Alfavox ubieganie się o to zamówienie. Jednocześnie było to „zadanie niełatwe i czasochłonne”. Z powyższego uzasadnienia nie wynika żadna wartość gospodarcza, albowiem sam fakt (wątpliwy zresztą) niełatwości i czasochłonności nie determinuje wartości gospodarczej. Podmioty ubiegające się o zamówienia niejednokrotnie podejmuje szereg „zadań niełatwych i czasochłonnych”, aby móc złożyć ofertę, niemniej nie powoduje to owiania ich działalności jakąś szczególną tajemnicą.

Skoro Alfavox już taki podmiot znalazł i korzysta z jego pomocy to nie ma powodu utajniania tego rodzaju informacji. Zasadniczo bowiem powzięcie o niej wiedzy przez inne podmioty, nie powoduje ani utraty tego podmiotu, ani utraty konkurencyjności przez Alfavox. Powyższe odnosi się szczególnie do odwołującego, który już ma wszystkie zasoby do pozyskania zamówienia. Jedynym skutkiem udostępnienia tej informacji będzie możliwość zweryfikowania przez odwołującego, czy faktycznie podmiot udostępniający swe zasoby posiada je w wymaganym zakresie.

Drugim z argumentów przywołanym przez Alfavox jest umowa o zachowaniu poufności z zastrzeżoną karą umowną. Jak już wcześniej wskazano sam fakt zawarcia takiej umowy, nawet z zastrzeżeniem kary umownej, nie przesądza o wartości gospodarczej tego rodzaju informacji. Co więcej, tego rodzaju umowa nie ma żadnego sensu, szczególnie z punktu widzenia podmiotu udostępniającego zasoby, trudno sobie wyobrazić, aby podmiot o tak szczególnych zasobach, chciał się ukrywać przed innymi przedsiębiorcami. Posiadanie szczególnego doświadczenia i zasobów jest raczej powodem do publicznego prezentowania i reklamowania tego rodzaju kompetencji. Świadczy o tym choćby postawa samego Alfavox, który aktywnie reklamuje się chociażby na swojej stronie internetowej.

Z tego powodu nie wydaje się nadmiernym stwierdzenie, że owa umowa o zachowaniu poufności, jest pozorna, a jej celem (najpewniej wspólnym wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby) jest uniemożliwienie weryfikacji prawidłowości udostępnienia zasobów. Dodatkowo z zastrzeżonych informacji nie wynikają żadnego tego typu informacje, które byłyby wrażliwe. W praktyce jedyne co z tego wynika to fakt podjęcia współpracy z określonym podmiotem. Ponadto podkreślenia wymaga, że utajnione częściowo oświadczenie o udostępnianiu zasobów zostało złożone zgodnie z funkcjonującymi na rynku zamówień publicznych wzorze i z doświadczenia odwołującego wynika, że nie ma tam miejsca na wskazywanie szczególnie poufnych informacji. Informacje przedstawione w udostępnieniu są informacjami ogólnymi (z ogólnie nakreślonym zakresem współpracy, bez podania warunków prawnych i finansowych tej współpracy). Potwierdza to zresztą fakt braku większego uzasadnienia tej części zastrzeżenia.

Tego rodzaju ogólnych informacji (de facto o samej współpracy), według odwołującego, nie sposób uznać za 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 dostępne dla takich osób. W konsekwencji należy uznać, że powyższe informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Alfavox i tym samym zasadnym jest wniosek odwołującego o odtajnienie i udostępnienie zobowiązania podmiotu trzeciego i wszelkich innych złożonych przez Wykonawcę dokumentów zawierających informacje o podmiocie udostępniającym zasoby.

W następnej kolejności odwołujący wskazał, iż jego zdaniem bezpodstawne jest także zastrzeżenie tajemnicy w odniesieniu do obu złożonych koncepcji. Wskazał, iż w całym uzasadnieniu przedstawionym przez Alfavox w odniesieniu do owych koncepcji trudno znaleźć cokolwiek o wartości gospodarczej tych informacji i jakiś negatywnych skutkach ujawnienia tych koncepcji innym podmiotom. Alfavox, zdaniem odwołującego, zdaje się tę wartość wywodzić z tego, że owe koncepcje są emanacją i wynikiem „doświadczeń Wykonawcy z prawie 20-letniego funkcjonowania na rynku IT”. Tyle, że to stwierdzenie jest

sprzeczne z faktami. Po pierwsze, jak wynika z odpisu pełnego z KRS, choć sama spółka powstała w grudniu 2008 roku (a więc niecałe 16 lat temu, a nie 20), to dopiero w marcu 2019 r. wprowadzono jako przedmiot przeważającej działalności związany z działalnością związaną z oprogramowaniem. Wcześniej spółka jak podkreślił, odwołujący, wg odpisu z KRS prowadziła działalność wszelaką na 52 różnych polach, w których jako jedna z pozycji była działalnością związaną z oprogramowaniem, obok np. pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Na dowód czego odwołujący przedstawił odpis pełny z KRS dla Alfavox.

Po drugie, jak wskazał odwołujący, przeczy stanowisku Alfavox także to, że mimo rzekomego ogromnego doświadczenia, którego emanacją są owe koncepcje (tak niebywale unikalne, przynajmniej wg twierdzeń Alfavox), Alfavox sam nie spełnia warunków ubiegania się o to konkretne zamówienie, korzystając z doświadczenia podmiotu trzeciego. W konsekwencji argumentacja o tym niesamowitym know-how Alfavox, jego metodologii (choć najpewniej chodzi tu raczej o

metodykę) i zagrożeniu poznania ich przez pozostałe podmioty jest bez znaczenia. Nic do sprawy nie wnosi także kwestia tego, że owe koncepcje są efektem „wnikliwej analizy dokumentów zamówienia”, albowiem taka analiza jest podstawowym aktem staranności każdego kto ubiega się o dane zamówienie.

Następnie odwołujący odniósł się do stwierdzeń Alfavox dotyczących koncepcji. Skoro jak twierdzi Alfavox rozwiązania są unikalne i niepowtarzalne, a odnoszą się do unikalnego systemu (CSIZS), to ich ujawnienie nie może spowodować szkody dla Wykonawcy. W takim bowiem przypadku owo unikalne i niepowtarzalne know-how i „metodologia” są niemożliwe do wykorzystania przez konkurentów na szerszej niwie. Tymczasem w tym postępowaniu koncepcje zostały złożone już przez wszystkich zainteresowanych.

Odwołujący dalej podkreślił, iż nie wiadomo też z jakiego powodu Alfavox identyfikuje powstanie szkody (a zgodnie z KC jest uszczerbkiem w majątku) z samym faktem ujawnienia innym podmiotom owych unikalnych „metodologii”. Samo ich poznanie nie powoduje żadnej szkody. Zresztą Alfavox nawet nie podjął najmniejszej próby opisu z jakiego to powodu ujawnienie mogłoby wyrządzić jego uszczerbek majątkowy, w jakiej sferze, i w jakiej choćby potencjalnie wysokości. Co więcej obserwowanie i nawet naśladowanie jest zwyczajnym sposobem (oczywiście jednym z) prowadzenia działalności i rozwoju wszystkich przedsiębiorstw. Każdy może naśladować i być naśladowanym i nie jest to powód do utajniania informacji w zamówieniach publicznych, które co do zasady są jawne. Jeżeli Alfavox tak bardzo chce chronić swe rzekome tajemnice to nikt go nie zmusza do udziału w tego rodzaju postępowaniach. Ponadto owe koncepcje nie są oceną 20 letniego know-how Wykonawcy i jego „metodologii”, a jedynie weryfikacją umiejętności rozumienia i zastosowania powszechnych metod projektowych realizacji tego typu umów jak w tym przypadku. Dlatego też według odwołującego przy takim ujęciu uzasadnienia zastrzeżenia obu koncepcji, zastrzeżenie to jest bezskuteczne.

Odwołujący w dalszej części uzasadnienia wskazał, iż kolejnym rodzajem zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji są te dotyczących osób skierowanych do realizacji zamówienia. W tym przypadku zasadniczym (i w praktyce jedynym) argumentem Alfavox, jest rzekome podkupowanie pracowników („kłusownictwo pracownicze”) i jego konsekwencje. Odwołujący podkreślił, iż argumentacja przytoczona przez Alfavox nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do ryzyka „podkupienia” pracowników przez konkurencję, to stwierdzić należy, że każdy przedsiębiorca dysponuje odpowiednimi instrumentami (płacowymi, organizacyjnymi i innymi), mającymi na celu utrzymanie stworzonego przez siebie zespołu eksperckiego w niezmienionym składzie. Sama obawa przed zmianami kadrowymi w tym zespole, nie może przesądzać o istnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście składu osobowego tegoż zespołu oraz w kontekście posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia.

Wykonawca w żaden sposób nie dowiódł również zjawiska przejmowania pracowników jako bezpośredniego następstwa ujawnienia w postępowaniach przetargowych informacji nt. osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz nt. ich doświadczenia. W tym zakresie nie został przywołany choćby jeden taki przypadek z doświadczenia własnego Alfavox, czy też innego podmiotu. Wykonawca nie pokusił się nawet o próbę hipotetycznego wyjaśnienia jak ujawnienie wykazu osób miałyby doprowadzić do „podebrania” wskazanych w tym wykazie osób.

Odwołujący wskazał, iż kwestia „podkupowania” pracowników przez konkurencję nie zasługuje na ochronę w świetle aktualnego orzecznictwa KIO na co odwołujący przywołał wyrok z dnia 06 lutego 2017 r. (KIO sygn. akt 102/17, KIO 110/17). Co więcej argument o podkupywaniu pracowników godzi wręcz w interes publiczny, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami i doświadczeniem. Podkreślić należy, że rotacja w zatrudnieniu osób wpisuje się z jednej strony w podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców, a z drugiej strony stanowi normalny element swobody pracowniczej do zmiany pracodawcy. Odwołujący na poparcie swojej argumentacji przywołał wyrok KIO z dnia 08 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1602/21).

Odwołujący wskazał, iż Alfavox na potwierdzenie swej tezy przywołuje jedynie argumenty z artykułów opublikowanych w Internecie, co według odwołującego trudno uznać te artykuły za przydatne. Po pierwsze, dobór publikatorów trudno uznać za trafny, albowiem nie jest to specjalistyczna prasa dotycząca branży informatycznej, ani uznane publikatory gospodarczej. Po drugie, wszystkie te artykuły są sprzed wielu lat, i tak pierwszy z nich pochodzi najpewniej z lat ok 2018-2019 (a przynajmniej na dane z tych lat się powołuje), o czym świadczy poniższy jego fragment (używający wobec lat 2019 i 2020 czasu przyszłego)

Tymczasem zdaniem odwołującego, każdy zajmujący się choć trochę branżą informatyczną wie, że boom na pracę w IT, w tym przede wszystkim programistów, jest już przeszłością. Według odwołującego, świadczy choćby o tym szereg, aktualnych publikacji, które również odwołujący przywołuje w uzasadnieniu odwołania.

Ponadto zwrócić należy również uwagę na bardzo lakoniczne, wręcz szczątkowe uzasadnienie drugiej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa tj. wartości gospodarczej informacji. W dwóch miejscach uzasadnienia Alfavox wskazuje, że wykaz osób stanowi istotną wartość gospodarczą, ponieważ stanowi informacje o zespole posiadającym fachową wiedzę / unikatowe zdolności. Po raz kolejny odwołujący wskazał na poparcie swojej argumentacji wyrok KIO z dnia 13 marca 2017 r., (KIO sygn. akt 385/17).

Tymczasem jak wskazywał odwołujący, cały utajniony wykaz osób dotyczy ledwie dwóch osób. Trudno uznać, że cała przyszłość Alfavox leży w rękach ledwie tych dwóch specjalistów, a odtajnienie ich danych będzie miało tak dramatyczne konsekwencje, jak je opisuje Alfavox. Zresztą jeżeli tak miałyby być znaczyłoby to, że wykonawca ten nie jest zdolny do wykonania zamówienia. Dodatkowo wskazać należy, że pracownicy Alfavox, w tym programiści publikują swoje dane np. na portalu LinkedIn.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego, odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony

wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 września 2024 r.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Alfavox Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „przystępującym”).

W dniu 11 września 2024 r. przystępujący złożył pismo procesowe, w którym przedstawił swoje stanowisko i stosunkował się do zarzutów podniesionych przez odwołującego oraz wniósł o oddalenie odwołania. W pierwszej kolejności przystępujący jednak podniósł brak istnienia interesu prawnego po stronie odwołującego we wniesieniu przez niego odwołania, wskazując iż na obecnym etapie postępowania interes w uzyskaniu zamówienia nie jest w ogóle zagrożony. Przystępujący wskazał, iż aktualnie zamawiający jest w trakcie procedury badania rażąco niskiej ceny i dopiero po jej zakończeniu zamawiający przejdzie do oceny ofert w obowiązujących w postępowaniu kryteriach. Tym samym odwołujący ma realną szansę uzyskania zamówienia, czemu nie przeczy taka, czy inna ocena zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie przystępującego. Stąd

nie zasługują na aprobatę twierdzenia zawarte w pkt. 10 i 11 odwołania, stanowiące w istocie jedynie projekcję hipotetycznego, niekorzystnego dla odwołującego stanu przyszłego, którego prawdopodobieństwo wystąpienia na moment wniesienia odwołania trudno jest nawet ocenić.

Kolejnego argumentu przemawiającego ad casum za brakiem po stronie odwołującego interesu w rozumieniu przepisu art. 505 ust. 1 Pzp, zdaniem przystępującego dostarcza lektura dalszej części uzasadnienia odwołania, w którym odwołujący podważa (przywołując niejednokrotnie niedorzeczne wręcz argumenty) zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji rodzajowo identycznych z objętymi poufnością przez samego odwołującego. Nie wspomina on bowiem, że on również tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczył informacje dokumentach podlegających ocenie w kryteriach pozacenowych (koncepcjach i wykazie osób). Co więcej, jak podkreślił przystępujący odwołujący we własnym uzasadnieniu zastrzeżenia przywołuje analogiczną do przystępującego argumentację.

Kolejno, w świetle powyższych wywodów wątpliwa jest również druga z przesłanek materialnoprawnych konstytuujących uprawnienie do wniesienia odwołania, a to szkoda mająca – zgodnie z art. 505 ust. 1 in fine Pzp – wynikać z naruszenia przez zamawiającego przepisów tej ustawy. Przystępujący podkreślił, iż w sytuacji, w której zamawiający nie dokonał jeszcze oceny ofert w kryteriach poza cenowych, bowiem jest „dopiero” na etapie badania rażąco niskiej ceny nie sposób wykazać jakiegokolwiek szkody, nawet hipotetycznej, a tym bardziej adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy zarzucanym zamawiającemu naruszeniem, a możliwością uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia i zysku z jego realizacji.

W konsekwencji – w braku spełniania przez odwołującego przesłanek uzasadniających skorzystanie przez odwołującego ze środka ochrony prawnej – odwołanie powinno zostać oddalone bez konieczności merytorycznego rozstrzygnięcia o postawionych w nim zarzutach.

W świetle przepisu art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem przystępującego, odwołanie wnoszone na tym etapie z pewnością nie dotyczy naruszeń, które (o ile w ogóle zostałyby stwierdzone) mają istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem aktualnie nie istnieją przeszkody w uzyskaniu przez odwołującego przedmiotowego zamówienia. Co zaś dotyczy potencjalnego istotnego wpływu stwierdzonych ewentualnie naruszeń na wynik postępowania – możliwość wyboru oferty odwołującego, to należy zwrócić uwagę, że jest ona uzależniona nie tyle od możliwości zweryfikowania przez niego oferty przystępującego, ile od oceny oferty samego odwołującego i uzyskania przez tę ofertę najwyższej liczby

punktów. Stawiane przez odwołującego w pkt. 10 i 11 daleko idące hipotezy odnośnie dalszego przebiegu postępowania każą raczej postrzegać wpływ na wynik postępowania w kategoriach nie tyle możliwego, co zupełnie abstrakcyjnego. W konsekwencji przystępujący podsumował, iż odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak istotnego wpływu zarzucanych zamawiającemu naruszeń na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania przez odwołującego przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Pzp).

Sam fakt, podnoszony przez przystępującego, iż aktualnie zamawiający jest w trakcie procedury badania rażąco niskiej ceny i dopiero po jej zakończeniu zamawiający przejdzie do oceny ofert w obowiązujących w postępowaniu kryteriach i tym samym odwołujący ma nadal realną szansę uzyskania zamówienia, czemu nie przeczy taka, czy inna ocena zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie przystępującego, nie pozbawia jeszcze odwołującego interesu w kwestionowaniu czynności zamawiającego w niniejszym postępowaniu pod względem ich prawnej poprawności. Dlatego też w ocenie Izby

odwołujący w sposób prawidłowy uzasadnił interes przejawiający się w tym, iż kryteria oceny ofert dotyczą zarówno ceny, jak i pozacenowych kryteriów i nie jest wiadome jak ostatecznie ukształtuje się klasyfikacja ofert, a w interesie odwołującego leży weryfikacja ofert przystępującego w celu sprawdzenia jej poprawności. Ponadto odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego polegającą na ocenie zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie przystępującego. Odwołujący słusznie podnosił na posiedzeniu, iż gdyby nie zaskarżył tej czynności na obecnym etapie postępowania, pozbawiłby się możliwości zaskarżenia jej później.

Ponadto zamawiający na posiedzeniu również wskazał, iż odwołujący na tym etapie posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ skarży on czynność zamawiającego dotyczącą oceny uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie przystępującego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę Alfavox Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego oraz złożonego w sprawie pisma procesowego przystępującego wraz z załącznikami oraz dowód z dokumentu złożony na rozprawie przez przystępującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługi dotyczące Centralnego Systemu Informatycznego Zabezpieczenia Społecznego (CSIZS)” - znak sprawy: BDG-V.2710.15.2024.JM.

W pkt 13 ppkt 13.1 SWZ zamawiający zawarł: „

13. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert

13.1. Zamawiający dokona oceny ofert na podstawie następujących kryteriów oceny ofert i przypisanego im znaczenia (wagi).

Lp.	Kryterium	Znaczenie kryterium w %	Liczba możliwych do uzyskania punktów
1	Cena oferty brutto	50	50
2	Koncepcja wdrożenia walidacji danych typu słownikowego w interfejsie zasilania Centralnej Bazy Beneficjenta (CBB)	30	30
3	Koncepcja reimplementacji WSO2 Enterprise Integrator	16	16
4	Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia	4	4

W postępowaniu wpłynęły 2 oferty tj. odwołującego i przystępującego.

Numer oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena oferty brutto
1	SOFTIQSp. zo.o. ul. Chorzowska 50 44-100 Gliwice NIP 9691613558	8 636 568,00 zł
2	ALFAVOX SOFTWARE Sp. zo.o. ul. Ziębicka 35 60-164 Poznań NIP 5472099391	8 213 565,49 zł

Odwołujący i przystępujący złożyli wraz z ofertą uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie wraz z załącznikami, jak również załączyli do oferty jawne wersje dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica.

Do zamawiającego zostały złożone wnioski o udostępnienie dokumentów:

- 1) wniosek przystępującego z dnia 09.08.2024 r. o udostępnienie oferty odwołującego;
- 2) wniosek odwołującego z dnia 09.08.2024 r. o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu (ponowny wniosek złożony w dniu 13.08.2024 r.);

Zamawiający w dniu 14.08.2024 r. przekazał wykonawcom jawną część złożonych ofert.

W dniu 19.08.2024 r. odwołujący, zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie i udostępnienie wykazu osób (Załącznik nr 6A do SWZ), który został załączony do oferty przystępującego, w takim zakresie aby strony trzecie mogły zweryfikować spełnienie warunków zamówienia polegających na uzyskaniu dodatkowych punktów (zgodnie z kryterium nr 4).

Zamawiającego następnie uznał, iż przystępujący nie uzasadnił, dlaczego wszystkie informacje zawarte w ww. wykazie osób, miałyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał, że utajnienie przez wykonawcę wszystkich informacji dotyczących osób skierowanych do realizacji zamówienia, a więc całego dokumentu, jest nadmierowe. W szczególności zastrzeżenie zamawiającego budziło utajnienie liczby lat doświadczenia danego eksperta (co stanowi podstawę do przyznania punktów w kryterium nr 4), a także opisu wykonywanych obowiązków (w tym pełnionej roli) oraz okresu wykonywania obowiązków (od-do).

Zamawiający pismem z dnia 02.09.2024 r. wezwał przystępującego do nadesłania jawnej wersji wykazu osób do oceny w ramach kryterium oceny ofert, spełniającej wymagania SWZ oraz Pzp – w terminie do dnia 05.09.2024 r.

W odpowiedzi na wezwanie przystępujący złożył zmodyfikowaną jawną wersję wykazu osób. Zamawiający dokonał analizy dokumentu i uznał, że zakres informacji zawartych w tym dokumencie nie budzi zastrzeżeń i spełnia wymagania wynikające z zasady jawności postępowania. Dokument ten niezwłocznie, w dniu 05.09.2024 r., został przekazany przez zamawiającego odwołującemu za pomocą platformy zakupowej.

Ponadto Izba ustalił, iż na dzień złożenia przez odwołującego odwołania zamawiający jest w trakcie czynności badania ofert złożonych w postępowaniu.

Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez zamawiającego, odpowiadając na pytanie, czy zamawiający przez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu lub przez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, zamawiający nie naruszył przepisów Prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Podkreślić należy, zgodnie również z tym co wskazywał odwołujący, że jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 Pzp: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że

nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”. Zgodnie natomiast z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.” Jak wynika z art. 11 ust. 2 uznk na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że sformułowanie użyte w art. 11 ust. 2 uznk, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 uznk.

Wykonawca musi bowiem zastrzec wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, że informacje te nie mogą być udostępniane, jak również wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powinien więc wykazać, że „zastrzeżone zostały informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne 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, a wykonawca jako uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął działania mające na celu zachowanie ich poufności.”

Wyraźnie podkreślić należy, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą 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. Do zamawiającego nie należy również 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.

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania iż zamawiający działał prawidłowo wskazując, iż przystępujący dokonał właściwego zastrzeżenia tajemnicy. W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez przystępującego potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący sprostował ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia nie jest ogólnikowe wbrew twierdzeniom odwołującego i odnosi się szczegółowo do poszczególnych kwestii, które podlegały zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Należy również mieć na uwadze, iż ocena zasadności zastrzeżenia tajemnicy zawsze ma charakter indywidualny, z uwzględnieniem m. in. realiów funkcjonowania danego podmiotu czy warunków i specyfiki danego postępowania.

Przystępujący wyjaśnił, iż zastrzegane informacje mają dla niego wartość gospodarczą co oznacza, że informacje są dla niego przydatne do prowadzenia działalności, czy budowania przewagi konkurencyjnej. Wskazał, on iż tajemnicą objął informacje o charakterze technologicznym i organizacyjnym. Te o charakterze technologicznym obejmują m.in. metodologię służącą analizie poruszonych w koncepcji zagadnień, czy informacje o sposobie realizacji zamówienia. Zastrzeżone informacje stanowią dla przystępującego wynik wieloletniego budowania pozycji wykonawcy na rynku – know how będący niematerialnym składnikiem przedsiębiorstwa wyrażający się zarówno w umiejętności doboru specjalistów i partnera jego realizacji oraz zdolność przygotowania zindywidualizowanych koncepcji.

Odwołujący w kwestii argumentacji dotyczącej bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy w odniesieniu do koncepcji wskazał, iż przystępujący swoją argumentację budując na ponad 20 doświadczeniu funkcjonowania na rynku mija się z faktami, gdyż z KRS według odwołującego wynika coś innego, a po drugie temu stanowisku przeczy to, iż przystępujący skoro ma takie doświadczenie to dlaczego sam nie sprostował warunkom udziału. Izba w tym zakresie uznała, iż te twierdzenia są głosowane i nie świadczą o tym, iż zastrzegając jako tajemnice przedsiębiorstwa koncepcje przystępujący działał nieprawidłowo. Ponadto jest to irrelevantne do argumentacji związanej ze skutecznością zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosił, iż w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy odnoszącym się do obu złożonych koncepcji trudno znaleźć cokolwiek o wartości gospodarczej tych informacji i jakiś negatywnych skutkach ujawnienia tych koncepcji podmiotom trzecim. Jednakże przystępujący wskazał, iż ujawnienie tych koncepcji spowodowałoby powstanie po jego stronie szkody wyrażającej się chociażby w tym, że powstałaby możliwość poznania przez konkurentów stosowanej przez niego metodologii

służącej analizie poruszonych w koncepcji zagadnień. Dlatego też dokonując oceny wartości gospodarczej argument ten należy wziąć pod uwagę i w tym przypadku uznać, że przesłanka ta została wykazana. Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa mają bowiem „wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, który podjął kroki w celu utajnienia tych danych.” (NSA z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt II GSK/WA 3487/15), a przystępujący takie działania podjął.

W odniesieniu do argumentacji o ryzyku przejścia personelu przez innych wykonawców stwierdzić należy, że przystępujący wskazał, że przy tego rodzaju projektach takie ryzyko istnieje co może utrudniać realizację przedsięwzięcia, zwłaszcza w początkowej jego fazie, a wykonawca przedstawiał z czym to się może wiązać na etapie np. już realizacji takiego projektu. Oczywiście jest, iż to w gestii przedsiębiorcy leży to, aby wykorzystać wszelkie instrumenty, aby utrzymać stworzony zespół do realizacji projektu, jednakże, zważywszy na obecnie panującą sytuację na rynku pracy oraz istniejące mniejsze lub większe ryzyko polegające na możliwości „podkupienia” współpracujących z wykonawcą specjalistów, część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiąca informacje o osobach skierowanych do realizacji zamówienia stanowi istotną informację gospodarczą, której tajemnicy przystępujący ma prawo strzec. W tym przypadku należy wskazać iż wartość gospodarcza nie zawsze ma charakter wymierny, tj. dający wyrazić się określoną kwotą. Już sama chęć uniknięcia straty, nawet hipotetycznej może zostać uznana za taką wartość gospodarczą. Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wskazał, iż zmiana kadry może nie jest jakimś nadzwyczajnym zjawiskiem, jednak w przypadku kumulacji takiej sytuacji w krótkim okresie czasu, a w szczególności przed rozpoczęciem wykonywania lub w początkowej fazie zamówienia może być dużym problemem dla wykonawcy. W tym postępowaniu Izba uznała, że argumentacja przystępującego była wystarczająca na etapie jej oceny przez zamawiającego. Przeciwnie twierdzenia odwołujących Izba uznała za niezasadne. Co za tym idzie Izba stoi na stanowisku, iż argumentacja przystępującego mieściła się w zakresie pojęcia „wykazania” w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp. Biorąc pod uwagę charakter utajnionych informacji zamawiający miał podstawy uznać za wystarczające informacje i wyjaśnienia zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia, mimo, że przystępujący tak naprawdę w tym zakresie nie złożył na poparcie uzasadnienia żadnych dokumentów. Izba wskazuje w tym miejscu, że „wykazanie” to czynność o charakterze faktycznym, sprowadzająca się do przekonania zamawiającego o wiarygodności określonych twierdzeń i informacji. Okolicznością mniej istotną przy tym jest to, czy dochodzi do tego na skutek złożenia wraz z uzasadnieniem dodatkowych dowodów czy dokumentów. „Wykazanie” to również przedstawienie spójnych i wiarygodnych informacji. Nie jednokrotnie w tego rodzaju sytuacjach zamawiającemu są przedstawiane dokumenty o charakterze formalnym,

pozbawionymi rzeczywistej wartości i znaczenia (por. wyrok KIO z dnia 03 lipca 2024 r. sygn. akt: KIO 2029/24, 2034/24).

Odnosząc się zaś do zastrzeżonych informacji związanych z podmiotem trzecim, Izba stoi na stanowisku, iż przystępujący uzasadnił, iż wartość gospodarcza przejawiała się w samym fakcie zlokalizowania takiego podmiotu – który ze względu na posiadane zasoby jest w stanie udostępnić przystępującym w celu wykazania się spełnieniem warunku. W ocenie Izby dla przystępującego jest to wartość gospodarcza, gdyż udostępnione w ten sposób zasoby przystępującemu pozwalają mu spełniać warunki udziału w postępowaniu, a tym samym stwarzają realną szansę na pozyskanie takiego zamówienia. Również argumentacja dotycząca oceny wartości gospodarczej z punktu widzenia tego, iż ujawnienie informacji o podmiocie trzecim obarczone zostało sankcją w postaci kary umownej wskazanej w treści porozumienia ma znaczenie. Jednakże w głównej mierze istotne jest to, iż to sam podmiot trzeci wyraził wolę zachowania w poufności samego faktu nawiązania współpracy z przystępującym, ze względu na ciążące na nim

względem jego kontrahentów zobowiązania, co w konsekwencji skutkowało obowiązkiem przystępującego zastrzeżenia tej informacji jako tajemnicy.

Izba ponadto wskazuje, iż analiza zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdza również że przystępujący wykazał, jakie podjął działania celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. W uzasadnieniu objęcia tajemnicą przystępujący wskazał, iż: „Niezależnie jednak od tego wszyscy pracownicy Wykonawcy, nie wyłączając osób wskazanych w treści zastrzeżonego wykazu, jak również osoby prowadzące działalność gospodarczą i współpracujące z Wykonawcą, podpisują odrębne zobowiązanie do zachowania poufności” Na dowód czego przystępujący przedstawił przykładowe oświadczenie o poufności podpisywane przez pracowników oraz współpracowników przystępującego. Dalej przystępujący wyjaśnił, że: „w konsekwencji zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wykazu osób konieczne stało się również objęcie poufnością złożonych przez te osoby oświadczeń – w przeciwnym razie ochrona wykazu byłaby iluzoryczna z uwagi na możliwość zidentyfikowania tożsamości tych osób po samej treści oświadczeń. Nie sposób nie zauważyć przy tym, że zobowiązanie tych członków personelu kluczowego do zachowania poufności stanowi gwarancję, że informacje o ich zaangażowaniu w przedmiotowe zamówienie nie trafią do domeny publicznej, czyli informacje o tym nie będą dostępne, przykładowo, na portalach społecznościowych.

Odnosząc się natomiast do współpracy z podmiotem trzecim, Wykonawca przedstawia w załączeniu poufną treść umowy zawartej na tę okoliczność, która – jak wspomniano – przewiduje obowiązek zapłaty przez Wykonawcę kary umownej za naruszenie jej postanowień”.

Izba doszła do przekonania, iż spełniona została i kolejna przesłanka prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje zastrzeżone przez przystępującego w takim zbiorze, są ze sobą powiązane i wzajemnie od siebie zależne, nie są powszechnie znane i nie można ich uzyskać. Nie są bowiem znane podmiotom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane ich posiadaniem. Informacje te dostępne są wyłącznie dla określonych pracowników jak również podmiotów współpracujących z przystępującym. Oznacza to, że podjęto działania w celu zachowania ich poufności a ustalenie czy wykonawca podjął odpowiednie działania mające na celu utrzymanie określonych informacji w poufności, powinna być dokonywana przez pryzmat wymaganej od niego należytej staranności. „Odpowiedni poziom tej staranności powinien być oceniany z uwzględnieniem przede wszystkim sytuacji określonego wykonawcy, w szczególności formy i skali prowadzonej przez niego działalności, specyfiki rynku i przedmiotu zamówienia oraz charakteru zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji” (Prawo zamówień publicznych, komentarz, M. Jaworska, Warszawa 2021). Tak więc mając na uwadze powyższe należy uznać, że okoliczność tę przystępujący wykazał.

Podkreślenia wymaga, iż ustawodawca nie określił katalogu poczynań jakich powinien dokonać wykonawca w celu zachowania poufności działań. Podobnie rzecz się ma w odniesieniu do koniecznych środków, które mogłyby zapewnić skuteczną ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący wskazał, w uzasadnieniu objęcia tajemnicą iż: „zastrzeżone informacje przechowywane są w siedzibie Wykonawcy z zachowaniem procedur bezpieczeństwa. Dostęp do materiałów mają tylko upoważnieni pracownicy Wykonawcy, biorący udział w opracowywaniu oferty na potrzeby Postępowania. Archiwum z materiałami w wersji elektronicznej jest przechowywane w zaszyfrowanym katalogu sieciowym z ograniczonym dostępem wyłącznie dla upoważnionych pracowników. U Wykonawcy obowiązują odpowiednie zasady, co do postępowania z taką poufną informacją (dokumentacją), która jest przechowywana w zabezpieczonych (zarówno elektronicznymi systemami dozoru, jak i tradycyjnym zamkiem) miejscach, do których dostęp mają tylko ww. osoby. Natomiast dokumentacja zawierająca informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny w postaci elektronicznej zapisana jest na szyfrowanych dyskach”. U jednego wykonawcy tak podjęte działania zmierzają w celu zachowania poufności działań, jednakże u innego wykonawcy takie działania mogą być zupełnie niewystarczające. Wobec powyższego należy mieć na uwadze iż podjęte przez wykonawcę działania, powinny być adekwatne do jego sytuacji organizacyjno - prawnej. Warto tu odwołać się do przywołanego przez przystępującego wyroku WSA w Warszawie z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt II SA/Wa 1544/19, w którym wskazano, że „każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowił 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”.

Reasumując przystępujący w uzasadnieniu wskazał na poufny charakter zastrzeżonych informacji jak również przedstawił działania jakie podejmuje on w celu zachowania poufnego charakteru informacji, na potwierdzenie czego załączył dowody:

1. zarządzenia Prezesa zarządu Alfavox Software Sp. z o. o. dotyczącego ustanowienia i wprowadzenia Regulaminu ws. polityki bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa Spółki;
2. porozumienia o zachowaniu w poufności zawartego między wykonawcą i podmiotem udostępniającym zasoby;
3. oświadczeń pracowników/współpracowników do zachowania tajemnicy w poufności.

Odwołujący w odwołaniu wskazywał, na elementy które jakoby świadczą o pozorności uchwały wprowadzającej w przedsiębiorstwie przystępującego Regulamin w sprawie polityki bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa Spółki. Izba nie dała wiary twierdzeniom odwołującego uznając je za gołosłowne i niewiarygodne. Odwołujący nie przedstawił żadnych przekonujących dowodów mogących przemawiać za takim stwierdzeniem, a argumentację swoją oparł jedynie na domysłach.

Zgodnie z przedstawionym dowodem przez przystępującego w postaci odpisu pełnego KRS wynika, iż przed wydaniem przedmiotowego zarządzenia nastąpiła zmiana siedziby spółki z Bielska-Białej na Poznań. Ponadto w kwestii podpisu prezesa zarządu Alfavox pod zarządzeniem i podnoszoną przez odwołującego argumentacją związaną z tym, iż podpis ten jest sztucznie wklejony co również miało świadczyć o pozorności uchwały, Izba nie przychylił się do argumentacji odwołującego. Stanowisko przystępującego zaprezentowane w piśmie procesowym i na rozprawie, iż zarządzenie zostało sporządzone w postaci elektronicznej (plik .pdf) oraz opatrzone tzw. faksymile – dokładną kopią (reprodukcją) podpisu Pana Michała Góry mającym również postać elektroniczną (skanu podpisu odręcznego), w tym zakresie były spójne i logiczne i jemu Izba dała wiarę, wobec nieprzedstawienia przez odwołującego przekonującej kontrargumentacji.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na

poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego z ograniczeniem do dopuszczanej przez ww. rozporządzenie	odwołania i koszt kwoty maksymalnej
--	-------------------------------------

Przewodnicząca: