Sygn. akt: KIO 1907/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2024 r. przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Centralny Zarząd Służby Więziennej
przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego Yarrl S.A. w Krakowie

orzeka:

1. umarza postępowanie w części co do zarzutu nr 3 petitum odwołania, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. uwzględnia odwołanie w części co do określonych informacji bezzasadnie zastrzeżonych przez Yarrl S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa i nakazuje Zamawiającemu:
   2.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
   2.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienie, na rzecz wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., informacji zawartych w wyjaśnieniach yarrl S.A. z dnia 22 kwietnia 2024 r., dowodach załączonych do ww. wyjaśnień, tj. w 16 zanonimizowanych umowach o pracę UoP/umowach JDG, w Wykazie osób złożonym przez yarrl S.A. (Załącznik nr 5A do SWZ), w Wykazie usług złożonym przez yarrl S.A. (Załącznik nr 5B do SWZ), w referencjach złożonych wraz z Wykazem usług, w wezwaniu Zamawiającego z dnia 16 maja 2024 r. do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, w odpowiedzi yarrl S.A. z dnia 20 maja 2024 r. na to wezwanie

   – z wyłączeniem zawartych w tych dokumentach imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia;

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
   4.1. 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   4.2. zasądza od Zamawiającego, Centralnego Zarządu Służby Więziennej na rzecz Odwołującego, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 1907/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Centralny Zarząd Służby Więziennej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zapewnienie ciągłości działania i rozwój Systemu Centralnej Bazy Danych Osób Pozbawionych Wolności wraz z wykonaniem modyfikacji podstawowych. Wewnętrzny identyfikator: 8/24/TK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało

zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2024 r., pod nr: 2024/S 51-148805. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 31 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. wWarszawie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty, zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez yarrl S.A. ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. części niejawnej wyjaśnień ceny z dnia 22 kwietnia 2024 r. oraz załączników do tych wyjaśnień (dowodów), podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, jak również wykazu osób, pełnej treści wezwania z dnia 16 maja 2024 r. skierowanego do yarrl S.A. dotyczącego wyjaśnienia wykazu osób wraz z odpowiedzią wykonawcy na ww. wezwanie, a także – zaniechania odrzucenia oferty yarrl S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nieprawidłową ocenę wyjaśnień, a także jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia:

1)art. 18 ust. 1-3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP") w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez yarrl S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. części niejawnej złożonych przez yarrl S.A. w dniu 22 kwietnia 2024 r. wyjaśnień ceny oraz załączników do tych wyjaśnień (dowodów), podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, jak również wykazu osób, pełnej treści wezwania z dnia 16 maja 2024 r. skierowanego do yarrl S.A. dotyczącego wyjaśnienia wykazu osób wraz z odpowiedzią wykonawcy na ww. wezwanie, mimo że yarrl S.A. nie wykazał wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia, jak również zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;

2)ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut w zakresie zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny podlega oddaleniu: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art. 224 ust. 8 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty yarrl S.A., pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez yarrl S.A. nie jest rażąco niska;

3)art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty yarrl S.A., mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym:

a)odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez yarrl S.A. ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.: części niejawnej złożonych przez yarrl S.A. w dniu 22 kwietnia 2024 r. wyjaśnień ceny oraz załączników do tych wyjaśnień (dowodów), podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, jak również wykazu osób, pełnej treści wezwania z dnia 16 maja 2024 r. skierowanego do yarrl S.A. dotyczącego wyjaśnienia wykazu osób wraz z odpowiedzią wykonawcy na ww. wezwanie;

b)w przypadku oddalenia zarzutu w zakresie zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień ceny wraz z dowodami – odrzucenie oferty yarrl S.A.;

c)odrzucenia oferty yarrl jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

3)ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Jak uzasadnił w odwołaniu, Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu całości złożonych przez yarrl w dniu 22 kwietnia 2024 r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący stwierdził, że w kontekście treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez yarrl S.A. brak jest jakichkolwiek podstaw do pozostawienia ww. informacji w poufności, gdyż yarrl S.A. nie spełnił wymagań ustawowych, warunkujących uznanie dokonanego zastrzeżenia jako skutecznego, a wskazanych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy choć jest rozbudowane, to jednak ogólne w swej treści i w żaden sposób nie potwierdza zasadności utajnienia, a wręcz jest w swej treści na tyle uniwersalne, że może równie dobrze być bez modyfikacji użyte w innych postępowaniach do zastrzeżenia innych wyjaśnień ceny i innych dowodów. Podkreślił, że wbrew wywodom Przystępującego, każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia powinien posiadać umiejętność „dopasowania szeregu elementów i czynników" w celu prawidłowego wykonania zamówienia, toteż nie jest to umiejętność szczególna, przynależna wyłącznie wykonawcy yarrl S.A. „Ponadto, skoro jak pisze wykonawca yarrl

zastrzeżone informacje są wynikiem indywidualnego podejścia, przedstawiają koncepcję realizacji przedmiotowego zamówienia to odtajnienie informacji nie ma wpływu na pozycję rynkową ww. wykonawcy. Informacje dotyczące kalkulacji ceny ofertowej, marży, ceny przypisane specjalistom w tym postępowaniu, pracochłonność dotyczą wyłącznie tego postepowania a zatem nie mają wpływ na pozycję rynkową wykonawcy – ich odtajnienie nie ma skutku dla działalności wykonawcy. (…) z całą pewnością nie stanowią tajemnicy rodzaje kosztów, które zostały uwzględnione w kalkulacji. Rodzaj kosztów, który powinien być uwzględniony jest determinowany bowiem opisem przedmiotu zamówienia – nie jest to „organizacyjne know-how" tylko podstawowa umiejętność wykonawcy, który przystępuje do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" (str. 7 i 9 odwołania). Za nieuzasadnione Odwołujący uznał również dokonanie zastrzeżenia całości wyjaśnień, w sytuacji, gdy zawierają one także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą podlegać bowiem jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastrzeżenia tajemnicy. Odwołujący Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: „Enigma") podniósł również, iż w wyjaśnieniach tajemnicy do rażąco niskiej ceny, na str. 6 znajduje się utajniony fragment dotyczący wartości gospodarczej, który nie został Odwołującemu udostępniony w związku z czym, wniósł o zweryfikowanie przez Krajową Izbę Odwoławczą tej części wyjaśnień. Wykonawcy Enigma nie zostały również udostępnione dowody mające potwierdzać działania mające na celu zachowanie informacji w poufności. „Z uzasadnienia tajemnicy wynika jednak, że są to dowody bardzo ogólne, a yarrl nie wskazał konkretnych postanowień Polityki bezpieczeństwa czy zobowiązań o poufności, które potwierdzałyby informacje prezentowane przez tego wykonawcę w wyjaśnieniach. (…) W szczególności również należy zweryfikować czy podmiot trzeci udostepniający zasoby - Euvic S.A. zobowiązał yarrl do zachowania informacji w poufności. W zobowiązaniu do udostepnienia zasobów dołączonym do oferty brak jest jakiejkolwiek informacji o tym, że informacje przekazywane przez podmiot trzeci w niniejszym postępowaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa." Odwołujący podkreślił również, że nie został mu udostępniony wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Jego zdaniem, „sama okoliczności, iż usługa/ usługi podane w wykazie zostały wykonane na rzecz podmiotów prywatnych nie oznacza możliwości automatycznego przyjęcia, że są to informacje poufne. W wykazie usług wskazywana jest bardzo ograniczona ilość danych – jest to zakres wyłącznie w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje zawarte w wykazie nie zawierają szczegółowego opisu zamówień, danych technicznych dotyczących systemów informatycznych, które były wdrażane/ utrzymywane przez wykonawcę. Są to ogólne informacje o zakresie doświadczenia i ogólnej jego charakterystyce – skondensowanej w ramach warunku. (…) Yarrl powołał się również na klauzule poufności z podmiotami trzecimi. Krajowa Izba Odwoławcza powinna zweryfikować czy są to umowy zawarte z odbiorcami usług wskazanych w wykazie, jak również zwracamy się o weryfikację treści powołanych klauzul." Wg Odwołującego, istotne jest, że wykonawca yarrl S.A. jest spółką akcyjną notowaną na giełdzie, zaś ze sprawozdań opublikowanych na stronie internetowej tego wykonawcy wynika jakie „ważniejsze projekty" realizował, poszczególni ich odbiorcy wraz z ogólnym opisem przedmiotu zawartych umów. W tym zakresie powołał się na wyrok Izby z 31 maja 2022 r. (sygn. KIO 1306/22), w którym Izba wskazała, że: „Zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Dz.U. UE L 173/1 z dnia 12 czerwca 2014 roku), spółki publiczne zobowiązane są do publikowania wszystkich informacji poufnych." Z kolei, co do referencji, to w ocenie Odwołującego, jeżeli w referencji nie jest zawarta klauzula poufności, to należy uznać, że są one skierowane do nieograniczonego kręgu osób. Co również istotne, zdaniem spółki odwołującej to fakt, że Yarrl S.A. w odniesieniu do zastrzeżenia wykazu usług wraz z referencjami nie odniósł się w ogóle do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Podobnie, konieczne jest odtajnienie wykazu osób, bowiem nie stanowi uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy argument, ze wykaz ten jest know-how spółki ujawniającym posiadane zasoby oraz ich doborze w postępowaniu, skoro umiejętność wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nie powinna być uznawana za know-how wykonawcy tylko za minimalny poziom zdolności, o którym mowa w art. 112 ust. 1 PZP. Zdaniem Odwołującego, nie ma znaczenia również fakt, że Yarrl S.A. w przeszłości zaobserwował odpływ pracowników w tym do konkurencyjnych spółek, bowiem fakt, że pracownicy zmieniają miejsce pracy nie jest niczym nadzwyczajnym. „Sam wykonawca yarrl na serwisie społecznościowym LinkedIn ma bazę swoich pracowników – nie są to zatem osoby anonimowe, nienarażone na kontakt od innych potencjalnych pracodawców." Nadto, Odwołujący wskazał, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu Yarrl S.A. korzysta z zasobów udostępnionych przez Euvic S.A., zaś w wyjaśnieniach tajemnicy – w części udostępnionej Odwołującemu – brak jest informacji o tym, że Euvic S.A. traktuje te informacje jak tajemnicę (jednym z głównych obszarów działalności tej spółki jest outsourcing osób). W konsekwencji, jak podniósł Odwołujący, ujawnieniu powinna również podlegać korespondencja prowadzona pomiędzy Zamawiającym z yarrl S.A. dotycząca ww. dokumentu. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, Odwołujący podniósł, iż z racji nieudostępnienia mu części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie może on szczegółowo odnieść się do

wyjaśnień i kalkulacji, niemniej jego zdaniem cena zaoferowana przez yarrl ma charakter rażąco niskiej, w tym w szczególności w odniesieniu do stawki za 1 roboczodzień wykonywania modyfikacji podstawowych Systemu Centralnej Bazy, co powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę. Wskazał, że cena oferty Yarrl S.A. jest niższa od budżetu Zamawiającego o niemal 40%. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Yarrl uznając, że wykonawca wykazał, iż zaoferowana przez niego cena oferty nie jest ceną rażąco niską. „Wątpliwości budzi kwota zaoferowana przez yarrl za 1 roboczodzień modyfikacji podstawowych Systemu Centralnej Bazy – 890 zł netto. Odwołujący nie ma dostępu do złożonych przez yarrl wyjaśnień ceny i nie wie, czy yarrl w jakikolwiek sposób odniósł się do kalkulacji ww. ceny w złożonych wyjaśnieniach." Jego zdaniem, stawka zaoferowana w tym zakresie stanowi istotną część składową ceny a zatem może być rozpatrywana w kontekście art. 224 ust. 1 PZP. Stawka ta, zdaniem Odwołującego jest nierealna, nierynkowa i nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów. Jak wyliczył, stawka 890 zł netto za 1 roboczodzień pracy 1 osoby to w przeliczeniu na 5 dni pracujących w tygodniu i 4 tygodnie w miesiącu daje 17.800 zł netto, i jest niższa od stawek programistów wg danych branżowych z 4 kwartału 2022 r. oraz średniego wynagrodzenia w Krakowie, gdzie Yarrl S.A. ma siedzibę, przy czym w zaoferowanej cenie 890 zł netto – zdaniem Odwołującego – wykonawca ten powinien uwzględnić nie tylko koszt zatrudnienia, koszty związane uwzględnieniem przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym jest realizowane zamówienie (tzw. brutto pracodawcy uwzględniające składki emerytalną, rentową, wypadkową, Fundusz Pracy, FGŚP), ale również koszty stanowiska pracy, które spółka ponosi jako pracodawca (np. koszty energii, sprzętu, telefonu pracownika, licencji etc.), koszty związane z ewentualnym zabezpieczeniem ryzyka związanego z realizacją tej części umowy, jak również swój zysk oraz koszty podwykonawcy Euvic S.A. Na posiedzeniu w dniu 20 czerwca 2024 r. Odwołujący cofnął odwołanie w części co do zarzutu nr 3 petitum odwołania, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na rozprawie, Odwołujący podkreślił, iż bez możliwości zapoznania się z kalkulacją nie był w stanie sformułować precyzyjnie zarzutu rażąco niskiej ceny. Dodał, że różnica w cenie obu wykonawców wynika z tego, że Enigma wie, co realizuje i jak to realizować, a Przystępujący nie, gdyż to Odwołujący do tej pory wykonywał to zamówienie. W odniesieniu do wskazanego przez Przystępującego braku interesu w kwestionowaniu przez niego utajnienia wykazu usług i osób wskazał, że aby móc postawić zarzut dot. warunku udziału w postępowaniu musi być w stanie zweryfikować część dokumentów, która została w całości utajniona.

W odpowiedzi z dnia 17 czerwca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający poinformował, że nie uwzględnia odwołania i wnosi o oddalenie zawartych w nim zarzutów. W ocenie Zamawiającego, yarrl S.A. prawidłowo pod względem formalno-prawnym uzasadnił konieczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wskazanych w odwołaniu dokumentów.

Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez yarrl S.A. w Krakowie po stronie Zamawiającego. W piśmie wniesionym do Izby dnia 19 czerwca 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że od 2016 r. Odwołujący był jedynym wykonawcą świadczącym usługi na rzecz Zamawiającego w zakresie objętym postępowaniem. Podniósł, że Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu decyzji Zamawiającego w zakresie oceny spełniania przez Przystępującego warunków udziału, a więc zasadnym jest przyjęcie założenia, że Odwołujący zaakceptował wyniki tej oceny. Tym samym, w ocenie yarrl S.A. odtajnienie dokumentów w postaci wykazu usług wraz z dowodami i wykazu osób jest bezprzedmiotowe, ponieważ Odwołujący nie podniósł w tym zakresie zarzutu ewentualnego, jak to zrobił w stosunku do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z tytułu rażąco niskiej ceny. Nadto, wyjaśnił, iż uzasadnienie zastrzeżenia przez niego tajemnicy określonych informacji jest kompletne i skuteczne, skoro wykazał on szczególny charakter chronionych informacji, ich wartość gospodarczą oraz środki podjęte dla zachowania tych danych w poufności, a także przedstawił stosowne dowody. Yarrl S.A. podkreślił, że sposób skalkulowania oferty Przystępującego stanowi jego know-how i jego wartości nie należy bagatelizować. Know-how Przystępującego to wynik indywidualnego podejścia, doświadczenia, zaangażowania w stworzenie optymalnej oferty, które wbrew twierdzeniom Odwołującego ma wpływ na pozycję rynkową wykonawcy. Z ostrożności wskazał, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie stawia wymogu, by informacja miała jakąś minimalną wartość. Zdaniem Przystępującego, wystarczy, że informacja ma znaczenie gospodarcze. Zaprzeczył jakoby odtajnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny pozostawało bez wpływu na jego działalność. „Sposób kalkulacji ceny, przyjęte wskaźniki, które stanowią o cenie oferty, mogą zostać wykorzystane przez konkurencję na każdym etapie realizacji lub starania się o zamówienie. Gdyby udało się Odwołującemu uzyskać zamówienie w Postępowaniu, po uzyskaniu dostępu do informacji, mógłby zbudować zespół w oparciu o specyfikę i ceny Przystępującego, przejąć jego kalkulację i personel a w konsekwencji uzyskać, kosztem zubożenia Przystępującego większą marżę." Zdaniem Przystępującego, również rodzaj kosztów nie jest determinowany opisem przedmiotu zamówienia, bowiem na każdy element ceny składa się szereg czynników kosztotwórczych, których z nie można odczytać z opisu przedmiotu zamówienia nie sposób

wyczytać. W tym Przystępujący upatruje „organizacyjne know-how wykonawcy, który w ramach cen pośrednich dobiera poszczególne składniki w sposób zindywidualizowany dla jego przedsiębiorstwa." Jego zdaniem, również „Wiedza o tym, jak sprawnie wykonać przedmiot zamówienia przy zaangażowaniu optymalnej kadry może przesądzać o sukcesie prowadzonej działalności." Wskazał, że podkupowanie pracowników jest przesłanką do objęcia wykazu osób wraz z dowodami i wyjaśnieniami poufnością. Podkreślił również, że fakt upublicznienia niektórych informacji na temat doświadczenia Przystępującego nie oznacza dostępności i powszechności informacji zawartych w Wykazie usług, gdyż dane z raportu o „ważniejszych projektach" nie pokazują, które z tych projektów, w jakiej wysokości i w jakim zestawieniu Przystępujący przedstawił dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie yarrl S.A., Odwołujący również błędnie założył, że referencje powinny posiadać w treści odrębną klauzulę poufności, która dopiero wtedy mogłaby stanowić podstawę zastrzeżenia, skoro referencje są konsekwencją realizacji określonej umowy, chronionej klauzulą poufności. Ponadto, w odniesieniu do informacji zawartych w wykazie usług wraz z referencjami są dowodem na aktywność rynkową Przystępującego, zatem ich ujawnienie mogłoby wiązać się zarówno z przejęciem kontraktów, jak i z poznaniem potencjału rynkowego yarrl S.A., w tym wielkości przychodów czy partnerów strategicznych. „Odwołujący bardzo wybiórczo odniósł się do treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego. Nie wykazał w jakim zakresie Przystępujący naruszył art. 18 ust. 3 Pzp, ani których z przesłanek z art. 11 ust. 2. uznk, Przystępujący nie wypełnił." (str. 9 pisma). W odniesieniu do zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę, yarrl S.A. wskazał, że odwołanie dotyczy w rzeczywistości poddania w wątpliwość elementu ceny oferty, tj. ceny za 1 roboczodzień, a nie zakwestionowania ceny oferty jako ceny rażąco niskiej. Przy czym, zdaniem Przystępującego, Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, dlaczego cena zaoferowana za ten element jest ceną nierealną i nie udowodnił, że za wskazaną cenę nie można wykonać zamówienia, a przede wszystkim nie wskazał wpływu zaniżenia jednego elementu ceny na cenę oferty, nie spełnił zatem warunków uwzględnienia odwołania w kontekście zarzutu zaniechania odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP. Wskazana przez Przystępującego cena 890 zł netto jest zaś jego zdaniem ceną realną, zawierającą wszystkie koszty wykonania modyfikacji. „Realność ceny oferty, w tym jej składników, Przystępujący wykazał w Wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych Zamawiającemu w dniu 23 kwietnia br. na kolejnych stronach wyjaśnień Przystępujący wskazał na podstawy obliczenia ceny za 1 Roboczodzień oraz ceny jako całości i dołączył do Wyjaśnień stosowne dowody. Przykładowo dowód nr 12 do Wyjaśnień stanowi potwierdzenie wynagrodzenia programisty będącego w dyspozycji Przystępującego." (str. 12 pisma). Dodał, że skoro wezwanie od Zamawiającego nie precyzował zakresu składanych wyjaśnień i szczegółowo wątpliwości Zamawiającego, to wyjaśnienia odpowiadały temu wezwaniu, a nawet Przystępujący w sposób szeroki i rzetelny sprostał wezwaniu i wskazał na elementy cenotwórcze mające wpływ na cenę jego oferty.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, yarrl wskazał dodatkowo, że Odwołujący nie sprostał wykazaniu, że cała cena ofertowa jest rażąco niska, odniósł się tylko do elementów ceny. Stąd, jego zdaniem, cały ten zarzut opiera się na pokazaniu jednego elementu cenotwórczego, zaś Enigma nie wykazała wpływu na cenę i możliwość wykonania zamówienia. Zdaniem yarrl, kalkulując ofertę Przystępujący bazował na SWZ dostępnym dla każdego wykonawcy, stąd na tej podstawie rzetelnie wycenił zamówienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała także, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Jak podniósł Odwołujący, w niniejszym postępowaniu złożył ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, zaś dokonanie w sposób nieprawidłowy czynności badania skuteczności zastrzeżenia informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępującego, pozbawia Odwołującego możliwości weryfikacji poprawności działań Zamawiającego dotyczących oceny złożonych dokumentów i wyboru oferty wykonawcy yarrl S.A. jako najkorzystniejszej, co w konsekwencji prowadzi do braku uzyskania oraz wykonywania zamówienia, co z kolei stanowi materialną szkodę Odwołującego. W postępowaniu wpłynęły 2 oferty, tj: oferta yarrl S.A. z ceną brutto 2.142.155,70 zł oraz oferta Odwołującego Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z ceną brutto 3.185.700,00 zł. Kryterium oceny ofert stanowiły, wg rozdziału XXI SWZ: cena (40%), Najniższa cena brutto świadczenia usługi wsparcia eksploatacji Systemu Centralnej Bazy za okres 12 miesięcy (10%), najniższa cena 1 roboczodnia brutto (10%), czas usunięcia błędu zwykłego lub wskazania alternatywnej ścieżki realizacji funkcji (20%) oraz łączny czas realizacji modyfikacji podstawowych (20%). Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 maja 2024 r., oferta złożona przez Odwołującego znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert pod kątem ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert – z punktacją 54,56 pkt, za najkorzystniejszą została zaś uznana oferta yarrl S.A. – z punktacją 96,28 pkt. Należy również zaznaczyć, że w pkt III.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") Zamawiający poinformował,

że w niniejszym postępowaniu będzie stosował tzw. „procedurę odwróconą", o której jest mowa w przepisie art. 139 ust. 1 PZP. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że spełnione są, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpił yarrl S.A. w Krakowie (dalej jako: „yarrl" lub „Przystępujący").

Przedmiotem zamówienia jest zapewnienie ciągłości działania i rozwój Systemu Centralnej Bazy Danych Osób Pozbawionych Wolności wraz z wykonaniem modyfikacji podstawowych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w załączniku nr 2 i 3 do umowy, której projekt stanowi załącznik nr 1 do SWZ.

Wg pkt XII.1. ppkt 4) SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają wskazane w tym miejscu warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, w odniesieniu do osób (Kierownika projektu, Architekta systemów informatycznych, Specjalisty ds. bezpieczeństwa teleinformatycznego, Analityka biznesowego, Projektanta aplikacji, Specjalisty ds. infrastruktury techniczno-systemowej, Inżyniera ds. baz danych, Programisty, Testera oprogramowania), w szczególności posiadanie certyfikatów, oraz w odniesieniu do doświadczenia, tj. wykazania wykonania określonej co najmniej 1 usługi o danym przedmiocie, wartości itd.

Wg wykazu podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie Zamawiającego, umieszczonego w pkt XIV SWZ, wykonawca powinien złożyć:

1. wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, tj. potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt XII.1.4) SWZ (OSOBY)wraz z informacjami na temat ich doświadczenia oraz kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór wg Załącznika nr 5 A do SWZ);
2. wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, tj. potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt XII.1.4) SWZ (DOŚWIADCZENIE) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane (wzór wg Załącznika nr 5 B do SWZ). Do wykazu usług należy załączyć dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W pkt XX SWZ, Zamawiający podał sposób obliczenia ceny. W szczególności, w tabeli II należy skalkulować cenę za wykonanie modyfikacji podstawowych Systemu Centralnej Bazy, w ten sposób, że: „Cenę netto 1 roboczodnia (wiersz a) należy powiększyć o stawkę podatku VAT (wiersz b), otrzymując w ten sposób cenę brutto 1 roboczodnia (wiersz c). Aby otrzymać ceny netto wykonania modyfikacji podstawowych (kol.3), należy cenę netto 1 roboczodnia (wiersz a) pomnożyć przez pracochłonność w roboczodniach (kol.1). Aby otrzymać cenę brutto wykonania modyfikacji podstawowych (kol.4), należy cenę brutto 1 roboczodnia (wiersz c) pomnożyć przez pracochłonność w roboczodniach (kol.1). Następnie należy zsumować wartości poszczególnych wierszy kolumny nr 2 (czas realizacji modyfikacji podstawowych – w pełnych miesiącach) aby podać łączny czas realizacji modyfikacji podstawowych oraz wartości wierszy kolumny nr 3 i kolumny nr 4 aby podać łączną cenę netto i brutto wykonania modyfikacji podstawowych." Zamawiający w pkt XX.2 SWZ zastrzegł, że cena całkowita oferty musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki, niezbędne do wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy.

Wg XXI.3 Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, jednym z kryteriów, którymi będzie się kierował Zamawiający przy wyborze ofert jest najniższa cena 1 roboczodnia brutto (waga kryterium 10%). Wg tego kryterium, wykonawca, który przedstawi najniższą cenę 1 roboczodnia otrzyma 10 punktów, pozostali wykonawcy otrzymają proporcjonalnie mniej punktów, przy czym roboczodzień oznacza jeden dzień pracy jednej osoby w dni robocze w wymiarze 8 godzin pracy.

W załączniku nr 5a do SWZ, Zamawiający umieścił wzór Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w ramach którego wykonawca powinien wskazać na imię i nazwisko osoby, jej kwalifikacje zawodowe wraz z posiadanymi uprawnieniami i doświadczeniem, zakres wykonywanych czynności i informację o podstawie do dysponowania osobą.

W Wykazie usług, stanowiącym Załącznik nr 5b do SWZ, wykonawca winien wskazać na opis przedmiotu usługi, potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt XII.1.4 SWZ, wartość usługi w zł brutto, okres jej realizacji i nazwę podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana lub jest wykonywana.

W wyjaśnieniach z dnia 3 kwietnia 2024 r. Zamawiający szczegółowo odpowiedział na pytania wykonawców dotyczące przede wszystkim przedmiotu zamówienia.

Z kolei, w § 2 wzoru umowy, Zamawiający opisał szczegółowo przedmiot umowy, tj.:

1. w zakresie usługi wsparcia eksploatacji Systemu Centralnej Bazy:

a)nadzór nad prawidłową eksploatacją Systemu Centralnej Bazy i bieżącą pomoc w jego eksploatacji, w tym m.in. usuwanie awarii i błędów krytycznych, instalację aktualnych wersji oprogramowania;
b)konfigurację serwerów, macierzy, UPS, elementów aktywnych sieci lokalnej i innych składników Systemu Centralnej Bazy w Lokalizacji Zamawiającego w przypadku ewentualnej wymiany lub naprawy sprzętu oraz sprawdzanie poprawności działania sprzętu w razie zaistnienia uzasadnionej potrzeby – z własnej inicjatywy lub na żądanie Zamawiającego;
c)monitorowanie poprawności działania infrastruktury sprzętowej Systemu Centralnej Bazy i zgłaszanie Zamawiającemu awarii bądź nieprawidłowości w działaniu tej infrastruktury, które mogą powodować awarię lub wadliwe działanie Systemu Centralnej Bazy,
d)konfigurację zabezpieczeń sprzętowych, sieciowych i programowych Systemu Centralnej Bazy w razie zaistnienia uzasadnionej potrzeby – z własnej inicjatywy lub na żądanie Zamawiającego,
e)ścisłą współpracę z przedstawicielami Zamawiającego w zakresie bezawaryjnej pracy sprzętu i oprogramowania systemowego, a w szczególności poprzez dokonywanie uzgodnień dotyczących instalacji oprogramowania współpracującego z Systemem Centralnej Bazy,
f)prowadzenie dokumentacji wykonanych usług serwisowych w formie pisemnej;
g)doradztwo i składanie propozycji dotyczących modernizacji rozwiązań systemowo-sprzętowych Systemu Centralnej Bazy, co najmniej raz w trakcie obowiązywania umowy z własnej inicjatywy lub na wniosek Zamawiającego;
h)przeprowadzenie przeglądu zerowego Systemu Centralnej Bazy i na tej podstawie zweryfikowanie zgodności dokumentacji technicznej Systemu Centralnej Bazy ze stanem faktycznym a w przypadku stwierdzenia braków bądź niezgodności jej uzupełnienie bądź skorygowanie;
i)wykonywanie przeglądów Systemu Centralnej Bazy nie rzadziej niż raz w miesiącu. Przegląd będzie w szczególności obejmował sprawdzenie prawidłowości działania sprzętu, oprogramowania systemowego i Aplikacji Systemu Centralnej Bazy;

2.w zakresie wykonania modyfikacji Aplikacji Systemu Centralnej Bazy:
a)wykonanie modyfikacji zleconych spośród 36 szt. modyfikacji podstawowych Aplikacji Systemu Centralnej Bazy, określonych w załączniku nr 2 do Umowy, w terminach i w cenie określonych w załączniku nr 1 do umowy;
b)modyfikacje Aplikacji Systemu Centralnej Bazy, o których mowa w pkt 1, na podstawie zleceń Zamawiającego, zgodnie z wzorem zlecenia określonym w załączniku nr 4 do Umowy;
c)zapewnienie Zamawiającemu na każdym etapie realizacji modyfikacji wsparcia Analityka biznesowego, którego zadaniem będzie określić i doprecyzować cele biznesowe modyfikacji.

W załączniku nr 2 do Umowy umieszczono Wykaz modyfikacji systemu Centralna Baza Danych Osób Pozbawionych Wolności, zaś w Załączniku nr 3 Skrócony opis podstawowych elementów tego systemu.

Dnia 11 kwietnia 2024 r., Zamawiający podał informację, o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – tj. 3.468.600 zł brutto.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2024 r., Zamawiający wezwał yarrl, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez tego wykonawcę cena całkowita jest niższa co najmniej o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, która to wartość została ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Centralny Zarząd Służby Więziennej podkreślił, iż wyjaśnienia muszą obejmować wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, a także zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, bowiem przedmiotem zamówienia jest usługa.

W odpowiedzi z dnia 22 kwietnia 2024 r. yarrl oświadczył, że: „(…) w cenie oferty i w poszczególnych jej elementach zostały uwzględnione wszystkie elementy cenotwórcze niezbędne do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z warunkami i zasadami określonymi w SWZ, w tym wszystkich jego Załącznikach. Zarówno cena łączna, jak i ceny składowe oferty nie mają cechy ceny rażąco niskiej i obejmują wszystkie składniki przedmiotu zamówienia wraz z wszelkimi obciążeniami związanymi z realizacją zamówienia oraz wynikającymi z przepisów prawa, jak również wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, w tym wynagrodzenia, opłaty, wydatki yarrl, podatki, ryzyko oraz zysk, zgodnie z wyjaśnieniami szczegółowymi w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym cena oferty jest rzetelna, wiarygodna, kompletna i realna, nie posiada cech ceny rażąco niskiej i została skalkulowana w oparciu o zdobytą wiedzę i doświadczenie Spółki.”

W pozostałym zakresie wyjaśnienia yarrl zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami, tj. wszystkimi dowodami, zaś w ramach tych wyjaśnień yarrl zastrzegł informacje dotyczące: sposobu obliczenia ceny; stawek zastosowanych przez yarrl do obliczenia ceny; szczegółowych kalkulacji; poziomu zysku, elementów przyjętych dla wyliczenia ceny. Jak wskazał, „Strategia cenowa Spółki powstała w oparciu o doświadczenie, przyjęte rozwiązania, wdrożone procedury, a także koncepcje techniczne i organizacyjne stanowiące swoiste know-how Spółki. (…) Informacje zawarte w wyjaśnieniach przedstawiają indywidualne podejście przedsiębiorcy, w tym koncepcje techniczne i organizacyjne, a w szczególności własną strategię realizacji przedmiotowego zamówienia, gwarantującą jego prawidłowe wykonanie. O sukcesie zamówienia decyduje w dużej mierze umiejętność odpowiedniego dopasowania szeregu elementów i czynników, w tym odpowiedni dobór i wykorzystanie specjalistów, które w całości stanowią strategię wykonawcy na realizację zamówienia. Utajnione informacje stanowią informacje o charakterze handlowym. Wpływają na pozycję yarrl na rynku i na możliwość skutecznego na nim konkurowania. Ujawnienie tych informacji pozwoliłoby innym wykonawcom na zastosowanie zbliżonych lub tożsamych rozwiązań, a co za tym idzie ceny skalkulowanej w oparciu o strategię yarrl. (…) cena yarrl jest ceną najniższą, a zatem sposób szacowania czasochłonności i kosztochłonności wykonania zamówienia jest unikalny i oparty o know-how yarrl. (…) Stworzenie z dostępnych yarrl rozwiązań oferty korzystnej, optymalnej kosztowo i organizacyjnie jest wiedzą, którą yarrl chroni.” Przytoczył orzecznictwo Izby na uzasadnienie swoich racji. Jego zdaniem, ujawnienie tych informacji może spowodować utratę przewagi konkurencyjnej w przyszłych postępowaniach oraz pozwolić innym wykonawcom na przyjęcie podobnej kalkulacji, co w ostateczności doprowadziłoby do skalkulowania ceny oferty w oparciu o unikatowy model znany jedynie Spółce. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – Przystępujący wskazał, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie tylko ww. część wyjaśnień i dowodów, ale również niniejsze uzasadnienie w części dotyczącej przyjętych przez yarrl wartości gospodarczych chronionych informacji oznaczonych od: TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – początek, do: TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – koniec oraz załączo dowodów oznaczonych jako „04.Dowody do uzasadnienia TAJEMNICA PRZEDSIEBIORSTWA”. Wskazał, zastrzeżone informacje mają dla yarrl określoną wartość gospodarczą i znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w szczególności z pkt widzenia konkurencyjności oraz, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nigdy nie zostały podane do publicznej wiadomości, w sposób w jaki zastrzeżono je jako tajemnica przedsiębiorstwa i w żaden sposób nie są publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie. Wskazał również, że spółka podjęła środki zmierzające do zapobieżenia ujawnieniu informacji chronionych osobom nieuprawnionym, w szczególności: wprowadziła Politykę Bezpieczeństwa i Politykę Wewnętrznego Obiegu Dokumentów, włączyła do systemów informatycznych reguły bezpieczeństwa informacji, które zapewniają ochronę danych o charakterze poufnym, dostępnych z poziomu systemu a także umożliwiają śledzenie dostępu do poszczególnych informacji; ograniczyła krąg osób, które mają dostęp do wskazanych informacji – zarząd Spółki, manager odpowiedzialny za dane postępowanie, księgowy, manager ds. zamówień publicznych i prawnik; zobowiązała pracowników/współpracowników do podpisania Zobowiązania do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa; szyfruje dokumenty zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa; szkoli nowych pracowników pod kątem postępowania z informacjami opatrzonymi klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” oraz „informacja poufna”; przechowuje materiały/kontrakty/dokumentację w wersji elektronicznej w zaszyfrowanym katalogu sieciowym z ograniczonym dostępem tylko i wyłącznie dla upoważnionych osób. Jako dowód w tym zakresie przedstawił – zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – Wyciąg z Polityki Bezpieczeństwa, Zobowiązanie Poufności, Zobowiązanie Poufności, Umowa o Współpracę.”

W części utajnionej uzasadnienia objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał na wymierną, oszacowaną wartość gospodarczą ww. informacji.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał yarrl, w oparciu o art. 126 ust. 1 PZP, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt XII.1.4) SWZ (OSOBY), wraz z informacjami na temat ich doświadczenia oraz kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór wg Załącznika nr 5 A do SWZ) oraz wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt XII.1.4) SWZ (DOŚWIADCZENIE) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, d wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane (wzór wg Załącznika nr 5 B do SWZ). Zaznaczył, że do wykazu usług należy załączyć dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W odpowiedzi, Przystępujący złożył m.in. ww. podmiotowe środki dowodowe, lecz objął je tajemnicą przedsiębiorstwa, tak samo jak dowody dla uzasadnienia co do tego zastrzeżenia. W uzasadnieniu wskazał, iż informacje, których poufność zastrzega yarrl, mają charakter organizacyjny (dobór zasobów ludzkich oraz dowody) i handlowy (podmioty trzecie, z którymi zawarte są umowy i ich wartość oraz adekwatność dla postępowania oraz wyliczenia wskazane w

uzasadnieniu) oraz określoną wartość gospodarczą dla Spółki a także mają znaczenie dla prowadzonej przez nią działalności gospodarczej, w szczególności z punktu widzenia konkurencyjności, która w obszarze usług informatycznych jest wrażliwa na informacje o charakterze zawartym w zastrzeżonych dokumentach, dowodach oraz fragmentach uzasadnienia. Informacje te stanowią know-how Spółki. Przystępujący powołał się na podjęcie tych samych środków ochrony poufności co w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i objął tajemnicą przedsiębiorstwa tożsame dokumenty, tj. Wyciąg z Polityki Bezpieczeństwa, Zobowiązanie Poufności, Zobowiązanie Poufności, Umowa o Współpracę. W zakresie uzasadnienia szczegółowego, wskazał, że Wykaz osób to zbiór danych o osobach, ich kwalifikacjach i doświadczeniu, stworzony w sposób dedykowany dla postępowania, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, gwarantujący należyte wykonanie zamówienia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w tym konkretnym zestawieniu ma wymierną wartość gospodarczą i organizacyjną. Podniósł również, iż w ostatnich latach Spółka udaremniła kilka prób przejęcia specjalistów o wysokich kwalifikacjach, niemniej w 2023 r. doszło jednak do przejęcia pracownika przez konkurencję, co spowodowało szkodę finansową po stronie Spółki oraz szkodę wizerunkową. „Dodatkowo, informacje z Wykazu osób dają wiedzę co do struktury personelu, jakim posługuje się yarrl. Przewaga informacyjna konkurenta w zakresie potencjału kadrowego może więc prowadzić do skutecznego wyeliminowania Spółki z postępowań." Zdaniem Przystępującego, ujawnienie informacji dotyczących tych osób mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której inne, konkurencyjne w stosunku do yarrl podmioty, podjęłyby działania zmierzające do pozyskania osób wchodzących w skład zespołu stworzonego przez Spółkę, na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. W odniesieniu zaś do utajnienia Wykazu usług, Przystępujący wskazał w szczególności, że zastrzeżone informacje chronione są na podstawie postanowień poszczególnych umów z podmiotami trzecimi, w których umieszczone zostały klauzule o poufności, zatem ujawnienie tych informacji mogłoby wpłynąć na wartość pozycji Spółki na rynku, dobrego imienia Spółki jako podmiotu godnego zaufania i jako wiarygodnej strony zawieranych umów. Przystępujący wywodzi, że dotyczy to również wystawionych referencji. Zdaniem yarrl, informacje dotyczące tych umów i referencji wskazują nie tylko na potencjał handlowy i wytwórczy Spółki, ale także na przyjmowane przez Spółkę wartości świadczonych usług, co mogłoby w przyszłości wpłynąć na oczekiwania potencjalnych kontrahentów świadczenia usług, np. za ceny wskazane w Wykazie usług i referencjach, co z kolei mogłoby się przyczynić, np. do zaburzenia aktualnego rankingu biznesowego yarrl. Natomiast, wiedza o współpracy z danymi podmiotami, wg Przystępującego, może zostać wykorzystana przez podmiot konkurencyjny w celu zachwiania pozycji Spółki na rynku usług IT.

W części utajnionej uzasadnienia objęcia Wykazu osób i Wykazu usług tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał na wymierną, oszacowaną przez niego wartość gospodarczą ww. informacji.

Pismem z dnia 16 maja 2024 r. Zamawiający wezwał yarrl do wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych, tj. Wykazu osób. Odpowiedź z 20 maja 2024 r. została objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w części, z powołaniem się na uzasadnienie zawarte w piśmie z 10 maja 2024 r. dot. ochrony poufności Wykazu osób.

Zawiadomieniem z dnia 21 maja 2024 r., Centralny Zarząd Służby Więziennej wskazał, że wybrał ofertę wykonawcy yarrl jako najkorzystniejszą.

Zamawiający udostępnił na wniosek wykonawcy Enigma, następujące dokumenty dotyczące yarrl, tj.: 1) pismo z 9 maja br. – odpowiedź na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych; 2) wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 22 kwietnia 2024 r. w zakresie nieutajnionym; 3) uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 10 maja 2024 r. co do Wykazu osób i Wykazu usług, w części nieutajnionej i bez dołączonych dowodów; 4) uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 22 kwietnia 2024 r. co do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w części nieutajnionej i bez dołączonych dowodów; 5) dokumenty z KRK; 6) dokumenty z US; 7) dokumenty z ZUS; 8) odpis aktualny KRS; 9) Załącznik nr 7 do SWZ; 10) Załącznik nr 6 do SWZ; 11) informacja z 17 kwietnia 2024 r. o poprawieniu omyłki w treści oferty yarrl dotyczącej błędnego obliczenia łącznego czasu realizacji modyfikacji podstawowych; 12) wezwanie z 17 kwietnia br. w zakresie rażąco niskiej ceny; 13) wezwanie z 25 kwietnia br. dot. złożenia podmiotowych środków dowodowych; 14) pismo z 30 kwietnia 2024 r. dot. zgody Zamawiającego na przedłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych; 15) wezwanie z 16 maja 2024 r. do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych; 16) wezwanie z 16 maja 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych dla podmiotu udostępniającego zasobu Euvic S.A.; 17) protokół z prac komisji przetargowej z dnia 21 maja 2024 r.; 18) protokół postępowania; 19) wniosek yarrl o wydłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych oraz 20) wyjaśnienia z 20 maja 2024 r. dotyczące Wykazu osób, w części nieutajnionej.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty powołane przez stronę powołującą się na ten dowód:

1)dokumentację przekazaną przez Zamawiającego w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, która wpłynęła do akt sprawy w dniu 11 czerwca 2024 r., w szczególności:

–Ogłoszenie o zamówieniu,

–SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami,

–Oferty wykonawców,
–Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z odpowiedzią,
–Informacja z otwarcia ofert,
–Wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
–Zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 21 maja 2024 r.
–Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa,
–Protokół postępowania.

2)Dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie, w postaci wyciągu ze sprawozdań z działalności Grupy Kapitałowej yarrl za lata 2019-2023.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.

Izba zapoznała się z objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnieniami, dowodami oraz utajnioną częścią uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień i dowodami w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zasadniczej części zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie ujawnienia, wskazanych w sentencji wyroku, dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez yarrl S.A., jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem informacje tam zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na wstępie, należy zaznaczyć, iż Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, iż Odwołujący nie ma interesu i nie wykazał wpływu na wynik – co do naruszenia Zamawiającego w zakresie zaniechania udostępnienia Wykazu usług, skoro nie sformułował zarzutu ewentualnego, jak w przypadku rażąco niskiej ceny, co wskazywać miałoby na konieczność oddalenia odwołania. Odwołujący wykazał swój interes w pkt VI odwołania – wskazał, że nieprawidłowe utajnienie dokumentów ogranicza mu dostęp do podstawowych informacji o ofercie yarrl i nie dopuszcza do możliwości weryfikacji, czy dokumenty te są prawidłowe. Wobec powyższego, Izba uznała, iż w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, stwierdzone naruszenia przepisów wskazanych w zarzutach odwołania mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem ujawnienie Odwołującemu informacji bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica, da mu możliwość weryfikacji oferty yarrl i ewentualne sformułowanie zarzutów co do niezgodnego z przepisami PZP wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Takie jest ratio legis, wynikającej z art. 18 PZP zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – publikacja lub udostępnianie wszystkich dokumentów postępowania ma pozwalać na zachowanie przejrzystości działań podejmowanych przez Zamawiającego oraz zaniechań Zamawiającego, a także umożliwiać ich weryfikację pod kątem zgodności z przepisami prawa. Tym samym, dopiero ujawnienie Odwołującemu bezskutecznie zastrzeżonych informacji może pozwolić mu na sformułowanie zarzutów przeciwko ofercie i wykonawcy yarrl – o ile dopatrzy się nieprawidłowości w działaniach lub zaniechaniach Zamawiającego. Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie, zobowiązana była nakazać Zamawiającemu po pierwsze unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, a potem powtórzenie czynności oceny i badania ofert, w tym udostępnienie bezskutecznie utajnionych informacji na rzecz Odwołującego, tak by umożliwić mu ich weryfikację.

Przechodząc do rzeczy, należy zaznaczyć, że uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zastrzeżonych przez yarrl S.A. zasługuje na uznanie, jest wyczerpujące i szczegółowe, można uznać że yarrl S.A. dołożył w tym zakresie należytej staranności – niemniej argumenty w nim zawarte, jak też dołączone dowody nie są przekonujące i nie mogą stanowić uzasadnienia dla ograniczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wbrew art. 18 pkt 1-3 PZP.

Jak słusznie wskazał Przystępujący na wstępie obu uzasadnień do zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Oznacza to, że dane kategorie informacji, aby mogły być objęte ww. tajemnicą, muszą mieć wartość gospodarczą i być trzymane w poufności, w wyniku działań podejmowanych z należytą starannością, przez uprawnionego. Tym samym, dla uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa konieczne jest wykazanie, tak jak tego wymaga art. 18 ust. 3 PZP – że informacje te mają wartość gospodarczą i są trzymane „w tajemnicy". Niewątpliwie, yarrl podjął próbę wykazania, że informacje zastrzeżone mają wartość gospodarczą poprzez powołanie się na liczne argumenty, a nawet pokusił się na określenie wymiernej wartości tych informacji poprzez oszacowanie szkody wynikającej z jej ujawnienia i kosztów poniesionych w celu jej nabycia/pozyskania. W tym miejscu zaznaczyć należy, iż samo wskazanie na konkretne wartości, w których wykonawca upatruje wartości gospodarczej, w tym oszacowanie szkody wynikającej z ujawnienia danej informacji, nie

może samo w sobie przesądzać, że chodzi rzeczywiście o tajemnicę przedsiębiorstwa. Konieczne jest jeszcze stwierdzenie, że zaistnienie ew. szkody jest w danych warunkach możliwe, realne, potencjalne. W innym wypadku, należałoby uznać, iż dana wycena jest zupełnie subiektywna i przedstawia raczej wartość „sentymentalną" niż materialną (gospodarczą). Konieczne jest ponadto, wykazanie przez wykonawcę, że z należytą starannością chroni poufność tych informacji, tak że dotąd nikt niepowołany się z nimi nie zapoznał i zapoznać nie może.
Zdaniem Izby, yarrl nie wykazał, że wszystkie informacje objęte przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa mają wartość gospodarczą oraz że wszystkie informacje są chronione i nie zostały upublicznione.
W odniesieniu do informacji, zawartych w wyjaśnieniach z dnia 22 kwietnia 2024 r. dotyczących rażąco niskiej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Krajowa Izba Odwoławcza w obecnym składzie stwierdziła, że nie zasługują one na ochronę, o której mowa w art. 18 ust. 3 PZP. Izba, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami w części co do wyjaśnień wstępnych (pkt I), w kontekście uzasadnienia tajemnicy – uznała, że z nie wynika z nich nic szczególnego, co rzeczywiście mogłoby wyróżniać spółkę na tle zorganizowania innych przedsiębiorstw, a w efekcie prowadzić do jakiejkolwiek szkody w razie powzięcia tych informacji przez konkurentów. W tej części wyjaśnień, wskazano bowiem na zasady zorganizowania działalności gospodarczej yarrl, których poziom ogólności w zasadzie uniemożliwia wykorzystanie ich przez konkurencję, co oznacza, że nie można upatrywać jakiejkolwiek wartości gospodarczej tych informacji. Zupełnie nie ma racji Przystępujący twierdząc, że wykazał szczególny charakter tych informacji oraz, że ich odtajnienie może mieć negatywny wpływ na pozycję rynkową tego wykonawcy. W szczególności, nie wiadomo w jaki sposób inny wykonawca mógłby skorzystać z informacji, iż: „yarrl posiada know-how w realizacji zamówień tożsamych lub zbliżonych do przedmiotowego zamówienia, co pozwoliło na dokładną kalkulację poszczególnych elementów a także na prawidłową ocenę czynników ryzyka i ich minimalizację;". W zakresie wyjaśnień szczegółowych (pkt II) zamieszczonych w ww. piśmie z 22 kwietnia 2024 r., Izba uznała, co do ppkt 1 Koszty osobowe, w którym yarrl wskazał na zakładane stawki wynagrodzenia osób spełniających wymagania poszczególnych ról z OPZ, że również – wbrew twierdzeniom Przystępującego – ujawnienie takiej informacji nie może zaszkodzić spółce. Nie wiadomo, w jaki sposób inny wykonawca mógłby wykorzystać te informacje. Po pierwsze, każdy z wykonawców jest związany regulacjami Kodeksu pracy oraz ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r.), w związku z czym musi uwzględniać je w kalkulacji kosztów osobowych. Wiążą one wszystkich wykonawców równo, a konsekwencje z nich wynikające nie stanowią tajemnicy danego przedsiębiorstwa. Po drugie, fakt, że Przystępujący ponosi takie, a nie inne koszty wynagrodzeń wynika z jego dwustronnych porozumień z pracownikami, które niekoniecznie będą do osiągnięcia przez innego wykonawcę i to w takim zestawieniu, w jakim koszty te ponosi Przystępujący. Zupełnie nieprawdopodobne jest, by Odwołujący, po zapoznaniu się z tymi informacjami, w razie uzyskania zamówienia mógłby zbudować taki sam zespół, przejąć kalkulację yarrl i jego personel – nie wydaje się możliwe, by pracownicy przeszli do konkurencyjnego pracodawcy, który oferuje im wynagrodzenie na tym samym, a nie wyższym poziomie. Zwłaszcza, że jak wynika z dowodów w postaci „Zobowiązań poufności" – pracownicy są związani klauzulami wyłączności. Nieprawdopodobne wydaje się również wynegocjowanie przez Odwołującego z własnymi lub nowo pozyskanymi pracownikami dokładnie takich stawek wynagrodzenia, jakie obowiązują u Przystępującego. Biorąc pod uwagę, naczelną zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 PZP), informacje o wynagrodzeniach i stawkach pracowników są szczególnie istotne na gruncie PZP w zakresie weryfikacji kosztów osobowych zamówienia, które w tym wypadku stanowi usługę. Zgodnie zaś z art. 224 ust. 4 w zw. z ust. 3 pkt 4 i 6 PZP, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co najmniej w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.
W odniesieniu do kalkulacji pozostałych, innych niż osobowe, kosztów – argumentacja Przystępującego co do ich wartości gospodarczej jest również chybiona. W szczególności, zaskakujący i zupełnie bezprzedmiotowy jest argument yarrl S.A., iż „Gdyby udało się Odwołującemu uzyskać zamówienie w Postępowaniu, po uzyskaniu dostępu do informacji, mógłby zbudować zespół w oparciu o specyfikę i ceny Przystępującego, przejąć jego kalkulację i personel a w konsekwencji uzyskać, kosztem zubożenia Przystępującego większą marżę." Przede wszystkim – przejęcie ceny Przystępującego i kalkulacji przez innego wykonawcę, na gruncie danego zamówienia – jest nieprawdopodobne, z uwagi na fakt, iż każde przedsiębiorstwo jest zorganizowane inaczej i wobec tego ponosi inne koszty. Koszty działalności przedsiębiorstwa i zorganizowania jej na potrzeby danego zamówienia nie są ustalane odgórnie, instrumentalnie, lecz w zależności od realnych kosztów ponoszonych przez konkretne przedsiębiorstwo i w ocenie Izby nie sposób ich zmodyfikować w tak łatwy i szybki sposób, by przeorganizować działalność gospodarczą ad hoc na potrzeby danego zamówienia. Co jednak szczególnie istotne – z wyjaśnień nie da się odczytać konkretnych kosztów, gdyż zostały one podane w sposób ogólny, np. jako „koszty naprawy awarii i błędów" w skali miesiąca i w skali roku, tak samo jak „pozostałe koszty związane ze świadczeniem usługi wsparcia". Z tych samych względów, argument o uzyskaniu w ten sposób większej marży – jest absurdalny, skoro marża nie jest oderwaną od rzeczywistości stawką. Co więcej, nie

sposób sobie wyobrazić, by w tej sytuacji marża ta została uzyskana kosztem Przystępującego, skoro nie sposób zubożyć wykonawcy, po stronie którego nie ma przedmiotu zubożenia. Innymi słowy, jeśli oferta Przystępującego nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza to żadna marża i tak by mu nie przysługiwała, toteż inny wykonawca nie uzyskałby jej kosztem Przystępującego. Izba nie dostrzega zatem możliwości poniesienia przez Przystępującego szkody, a co za tym idzie wartości gospodarczej tych informacji. Zwłaszcza, że jak podnosi się w orzecznictwie, kalkulacje kosztów realizacji zamówienia mogą mieć jedynie jednorazowy użytek na gruncie danego zamówienia, a zatem ich odtajnienie nie ma skutku dla działalności wykonawcy. Co więcej, sam yarrl wskazał, że: „Na każdy element ceny składa się szereg czynników kosztotwórczych, których z opisu przedmiotu zamówienia nie sposób wyczytać. Jest to organizacyjne know-how wykonawcy, który w ramach cen pośrednich dobiera poszczególne składniki w sposób zindywidualizowany dla jego przedsiębiorstwa" – skoro tak, to nie jest możliwe skorzystanie z tych zindywidualizowanych dla jego przedsiębiorstwa sposobów doboru kosztów przez inne przedsiębiorstwa.

Izba postanowiła również ocenić jako bezskuteczne zastrzeżenie, informacji zawartych w dowodach załączonych do ww. wyjaśnień, tj. w 16 umowach o pracę UoP/umowach JDG. Przede wszystkim – zaznaczyć należy, iż umowy są zanonimizowane przez Przystępującego. Nie zawierają danych osobowych: adresów, imion i nazwisk pracowników itd. W pozostałym zakresie zawierają zupełnie standardowe postanowienia. Wskazano w nich również na czas zatrudnienia, wymiar pracy (liczbę godzin) kwoty i stawki wynagrodzenia oraz stanowiska, jakich dotyczą, przy czym również te informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, na co już wskazano powyżej, a bynajmniej wykonawca tego nie wykazał. W efekcie, nie można uznać, iż umowy te mają wartość gospodarczą.

Zamawiający przeoczył, że Przystępujący nie zastrzegł, że cały dokument - Wykaz osób (Załącznik nr 5A do SWZ), podlega ochronie, lecz wyłącznie w zakresie wskazanym w tabeli na pierwszej stronie, tj. „informacje zawarte w niniejszym załączniku nr 5A Wykaz osób, dotyczące imienia i nazwiska osób-kolumna2 oraz zakres wykonywanych czynności dotyczący realizowanych projektów-kolumna 4, oznaczone „/*TP", oraz dodatkowo kolorem czerwonym, stanowią tajemnicę w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2022 r. poz. 1233) i jako takie nie mogą zostać ujawnione oraz udostępnione podmiotom trzecim." Tym samym, pozostałe informacje nie podlegały ochronie i jako takie – bez wątpienia – powinny zostać udostępnione Odwołującemu. W pozostałym zakresie Izba uznała za zasadne i w pełni wykazane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do imion i nazwisk, wskazanych w Wykazie osób, osób skierowanych do realizacji zamówienia. Tylko bowiem w połączeniu z tymi danymi, możliwe jest pozyskanie wiedzy o specjalistach zatrudnionych przez yarrl i wykorzystanie tych informacji ze szkodą dla Przystępującego. Yarrl wykazał bowiem realne ryzyko podkupienia pracowników, na jakie był już narażony, przedstawiając dowody i tym samym przekonał Izbę, iż dane osobowe o pracownikach i współpracownikach Przystępującego mają wartość gospodarczą i spełniają pozostałe warunki do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Stąd, w tym zakresie zastrzeżenie było dokonane skutecznie. Zamawiający nie jest uprawniony by dane te udostępniać. Z kolei, Przystępujący nie wykazał, by informacje co do projektów realizowanych przez te osoby, podlegały ochronie na podstawie art. 18 ust. 3 PZP. Po pierwsze, informacje te – bez ich połączenia z imieniem i nazwiskiem osoby – nie mogą mieć same w sobie wpływu na ryzyko podkupienia pracowników. Przede wszystkim jednak, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy wyłącznie przedsiębiorstwa Przystępującego, zaś osoby te albo nie należą do tego przedsiębiorstwa (w podstawie do dysponowania tymi osobami yarrl wskazał na: „umowa cywilnoprawna B2B" albo „osoba innego podmiotu") albo – w przypadku pracowników yarrl – z tabeli nie wynika, by projekty były realizowane w ramach pracy w yarrl. Przystępujący nie wykazał również, by był związany tajemnicą co do ww. informacji, np. na podstawie umowy.

Izba uznała również, iż udostępnieniu powinny podlegać, informacje zawarte w Wykazie usług złożonym przez yarrl S.A. (Załącznik nr 5B do SWZ), włącznie z informacjami zawartymi w kolumnie 5 „Nazwa podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana lub jest wykonywana". Po pierwsze, z treści samego zastrzeżenia tajemnicy, umieszczonego w treści Wykazu usług, literalnie wynika, że yarrl zastrzegł tajemnicę wyłącznie w zakresie informacji o nazwie podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana, oznaczone: /*TP. Tym samym, yarrl nie zastrzegł tajemnicy w części co do całej pozostałej treści tego dokumentu ergo Zamawiający nie miał żadnych podstaw, by odmówić jego udostępnienia. Niezależnie jednak od powyższego, Zamawiający nie miał również podstaw, by uznać, że yarrl skutecznie objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacje zawarte w kolumnie 5, tj. nazwy podmiotów, na rzecz których wskazane w tabeli usługi zostały wykonane lub są wykonywane. Po pierwsze, wskazać należy, iż sam Przystępujący na swojej stronie internetowej publikuje informacje o podmiotach, z którymi współpracuje oraz przedmiocie tej współpracy. W ramach tej informacji mowa również o współpracy z podmiotami wskazanymi w kolumnie 5. Informacje o tym przedmiocie są tak ogólnie podane w ww. publikowanych na stronie internetowej Sprawozdaniach z działalności Grupy Kapitałowej Przystępującego, jak ogólne są informacje podane w Wykazie usług. Tym samym, należy stwierdzić, iż informacje te, w szczególności dotyczące nazwy podmiotów, na rzecz których wskazane w tabeli usługi zostały wykonane lub są wykonywane – nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, skoro są łatwo dostępne

dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. Co więcej, Izba uznała, że Zamawiający błędnie uznał za wiarygodne i wystarczające, przedstawione przez Przystępującego dowody na konieczność utajnienia tych informacji, załączone do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie obu wykazów, w postaci umów z ww. podmiotami dot. zachowania poufności, bowiem: jedna z umów została złożona w języku angielskim – zaś w postępowaniu obowiązuje zasada języka polskiego, która nie została wyłączona w tym postępowaniu przez Zamawiającego (art. 20 ust. 2 i ust. 3 PZP; pkt VII.6 SWZ; pkt XVIII.3 SWZ), ponadto umowy te nie zostały przedstawione przez Przystępującego w wersji podpisanej, nie wiadomo też kiedy (i czy w ogóle) zostały zawarte, lub też dlatego, że zostały podpisane w trakcie wykonywania usługi (data wejścia w życie umowy nie jest zbieżna ze wskazanym w tabeli początkiem okresu świadczenia usługi).

Również informacje zawarte w referencjach złożonych wraz z ww. Wykazem usług, z tych samych względów nie zasługują na ochronę tajemnicą przedsiębiorstwa. Generalnie ujawniają one informacje, które albo wprost wynikają z ww. Sprawozdań z działalności Grupy Kapitałowej Przystępującego albo w inny sposób są łatwo dostępne, bowiem np. dotyczą zamówień realizowanych na rzecz jednostek sektora finansów publicznych, tj. Centrum Informatyki Resortu Finansów, a bynajmniej Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, że podlegają ochronie na podstawie art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 1 uznk.

Analogicznie, nie ma podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści wezwania z dnia 16 maja 2024 r. skierowanego do yarrl S.A. do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, z wyłączeniem imion i nazwisk osób, o których mowa w Wykazie osób (z uzasadnieniem jak poniżej), a także w tym samym zakresie – informacji zawartych w odpowiedzi na ww. wezwanie z dnia 20 maja 2024 r.

Izba pragnie podkreślić, iż zgodnie z art. 18 ust. 3 PZP, wykonawca ma obowiązek „wykazania", że chronione informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co obejmuje przedstawienie dowodów, stwierdzenie, pokazanie, dowiedzenie okoliczności, na potwierdzenie zaistnienia (spełniania) przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 ww. ustawy. Obowiązek wykazania przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk ciąży na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa i jego spełnienie powinni być zawsze gruntownie analizowane z pkt widzenia zasadności utajnienia tych informacji wbrew naczelnej zasadzie jawności postępowania (art. 18 ust. 1 PZP).

W efekcie zaniechania Zamawiającego doszło do naruszenia wskazanych w zarzucie przepisów art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, a także przepisów art. 16 pkt 1-3 PZP i zawartych w nich zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skoro bezprawnie uniemożliwiło wykonawcom weryfikację oferty yarrl, zasady przejrzystości, skoro doszło do nieuprawnionego zatajenia pewnych informacji w postępowaniu, a także zasady proporcjonalności, skoro zaniechanie Zamawiającego nie było środkiem koniecznym do poszanowania tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. uwzględniającym regulację art. 18 ust. 3 PZP. Niewątpliwie, Zamawiający naruszył również regulację art. 74 ust. 2 PZP, skoro wbrew obowiązkom, załączniki do protokołu wskazane w sentencji wyroku nie zostały udostępnione Odwołującemu.

Biorąc pod uwagę, że Izba uwzględniła zarzut nr 1 petitum odwołania, nie była zobowiązana do rozpoznania zarzutu dalszego, powołanego w odwołaniu jako ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu. Przy czym, Izba nie była również uprawniona do rozpatrzenia zarzutu nr 3 petitum postępowania, z uwagi na jego cofnięcie na posiedzeniu przez Odwołującego. Z tych względów, postępowanie w tej części zostało umorzone w oparciu o art. 568 pkt 1 PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 oraz ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.). Izba odstąpiła od rozdzielenia stosunkowego kosztów postępowania i obciążyła kosztami wyłącznie Zamawiającego, skoro odwołanie nie zostało uwzględnione w zasadzie w marginalnej części, tj. tylko co do jednej kategorii informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Przewodnicząca: ……..