

Sygn. akt: KIO 4878/24
KIO 4914/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 stycznia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A) w dniu 23 grudnia 2024 roku przez wykonawcę **Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 4878/24),**

B) w dniu 23 grudnia 2024 roku przez wykonawcę **Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 4914/24)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu** przy udziale:

- uczestnika po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 4878/24 wykonawcy **Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie,**
- uczestnika po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 4914/24 wykonawcy **Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 4878/24.

Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 13 grudnia 2024 roku, tj. czynności zamawiającego polegające na odtajnieniu informacji i dokumentów, o których mowa w piśmie z dnia 13 grudnia 2024 roku.

2. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 4914/24.

Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 11 grudnia 2024 roku, tj. czynności zamawiającego polegające na odtajnieniu informacji i dokumentów, o których mowa w piśmie z dnia 11 grudnia 2024 roku.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
kwotę 4 428,00 zł (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2 zasądza od Zamawiającego Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu na rzecz wykonawcy **Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie** kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez **Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie** stosowanie do wyniku postępowania,

3.3 zasądza od Zamawiającego Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu na rzecz wykonawcy **Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie** kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez **Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie** stosowanie do wyniku postępowania.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 4878/24
KIO 4914/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług rozwoju i

utrzymania Systemu SZPROT". Numer postępowania: PN/22/24/IATS

Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: nr wydania: Dz.U. S: 110/2024 z dnia 07 czerwca 2024 roku, Numer publikacji ogłoszenia: 337557-2024.

Sygn. akt KIO 4878/24

23 grudnia 2024 roku Odwołujący działając na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 poz. 1320 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na **odtajnieniu w dniu 13.12.2024 roku informacji zastrzeżonych w złożonych przez Asseco Poland S.A. dokumentach:**

1) Wykaz osób – pozacenowe kryteria oceny ofert (Formularz 2.3), tj. informacji o imionach i nazwiskach osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego

2) Uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych we wskazanych częściach oferty złożone wraz z Wykazem osób, tj. informacji zawartych w oznaczonych przez Wykonawcę fragmentach Uzasadnienia TP dla Wykazu osób;

3) Wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 22.10.2024 r. wraz ze wszystkimi Załącznikami zawierającymi informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa od nr 1 do nr 9b.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 18 ust. 3 Ustawy w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz.U. z 2022, poz. 1233 ze zm.) dalej "ustawa znk" przez bezpodstawne odtajnienie informacji zastrzeżonych

w dokumentach złożonych przez Odwołującego: Wykaz osób – pozacenowe kryteria oceny ofert (Formularz 2.3) tj. informacji o imionach i nazwiskach osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego wraz z Uzasadnieniem zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych we wskazanych częściach oferty złożonym wraz z Wykazem osób, tj. informacji zawartych w oznaczonych przez Wykonawcę fragmentach Uzasadnienia TP dla Wykazu osób oraz Wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 22.10.2024 r. wraz

ze wszystkimi Załącznikami zawierającymi informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa od nr 1 do nr 9b, pomimo że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu przepisów ustawy znk, zaś Odwołujący wraz z przekazaniem tych informacji/dokumentów zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał,

że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych

w dokumentach złożonych przez Odwołującego, tj.: Wykaz osób – pozacenowe kryteria oceny ofert (Formularz 2.3) tj. informacji o imionach i nazwiskach osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego wraz z Uzasadnieniem zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych we wskazanych częściach oferty złożonego wraz z Wykazem osób,

tj. informacji zawartych w oznaczonych przez Wykonawcę fragmentach Uzasadnienia TP

dla Wykazu osób oraz Wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych

w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 22.10.2024 r. wraz ze wszystkimi Załącznikami zawierającymi informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa od nr 1 do nr 9b,

3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Ustawy PZP, Odwołujący jako zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może ponieść szkodę. Szkada ta wynika z faktu, że czynność Zamawiającego jest wadliwa, zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone, zaś ich odtajnienie może wyrządzić Odwołującemu szkodę. W interesie Odwołującego jest uchylenie czynności Zamawiającego, które zostały podjęte z naruszeniem odnośnych przepisów Ustawy PZP. W szczególności w Wyjaśnieniach RNC przekazano wiele informacji wskazujących na sposób organizacji pracy przez Odwołującego. Ujawnienie przez Zamawiającego szczegółowych informacji dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej oraz metodyki przygotowania kalkulacji może narazić Wykonawcę na poniesienie szkody związanej z ujawnieniem konkurencyjnym podmiotom metodyki kalkulacji ceny,

co pozwalałoby tym podmiotom na nieuczciwe budowanie przewagi rynkowej z uwagi

na możliwość zweryfikowania i oceny poprawności swojego własnego podejścia do kalkulacji ofert. W związku z powyższym Odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności Zamawiającego może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie zarzutu odwołania wskazując między innymi, że w dniu 13 grudnia 2024 roku zamawiający przesłał odwołującemu informację o odtajnieniu złożonych wraz z ofertą (dalej: Pismo o odtajnieniu):

- 1) „WYKAZ OSÓB – POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERTY” (Formularz 2.3) (zwany dalej: Wykazem osób informacji o imionach i nazwiskach osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego;
- 2) „UZASADNIENIE ZASTRZEŻENIA JAKO TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA INFORMACJI ZAWARTYCH WSKAZANYCH CZĘŚCIACH OFERTY” (zwane dalej: Uzasadnienie TP) złożone wraz z Wykazem osób, tj. informacji zawartych w oznaczonych przez Wykonawcę fragmentach Uzasadnienia TP dla Wykazu osób; oraz złożonych w dniu 22.10.2024 w ramach odpowiedzi na Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
- 3) WYJAŚNIENIEŃ W TRYBIE ART. 224 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 22.10.2024 (zwanymi dalej: *Wyjaśnieniami RNC*), które zostały złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.10.2024, znak: CIRF.DZ1.272.27.2024.IATS.49, tj. informacji zawartych w oznaczonych przez Wykonawcę fragmentach Wyjaśnień RNC;
- 4) Załączników do Wyjaśnień RNC:
 - a) Załącznik nr 1 - Zestawienie kosztów i kalkulacja ceny oferty w zakresie poszczególnych Zadań Rozwoju Zdefiniowanego – tajemnica przedsiębiorstwa;
 - b) Załącznik nr 2 - Kalkulacja średniego miesięcznego kosztu jednego specjalisty z uwzględnieniem narzutów oraz stawki za 1 osobodzień – tajemnica przedsiębiorstwa;
 - c) Załącznik nr 3a - Kalkulacja średniego miesięcznego wynagrodzenia stałego dla specjalistów na podstawie umów o pracę i współpracy B2B – tajemnica przedsiębiorstwa;
 - d) Załącznik nr 3b - Zanonimizowane wyciągi z umów o pracę oraz umów o współpracy B2B – tajemnica przedsiębiorstwa;
 - e) Załącznik nr 4a - Informacja dotycząca składników kosztowych (narzutów) dla UoP – tajemnica przedsiębiorstwa;
 - f) Załącznik nr 4b - Informacja dotycząca składników kosztowych (narzutów) dla B2B – tajemnica przedsiębiorstwa;
 - g) Załącznik nr 7 - Wyciąg z Zakładowej Umowy Emerytalnej wraz z Aneks nr 1 (PPE) – tajemnica przedsiębiorstwa;
 - h) Załącznik nr 8 - Wyciąg z umowy z bankiem oraz potwierdzenia transakcji zapłaty – tajemnica przedsiębiorstwa;
 - i) Załącznik nr 9b - Uzasadnienie zastrzeżenia części informacji zawartych w wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa - tajemnica przedsiębiorstwa.

W szerokim uzasadnieniu zarzutu odwołania podał odwołujący między innymi,

że zamawiający przedstawił swoją analizę obu uzasadnień zastrzeżenia informacji złożonych przez Odwołującego. Co bardzo istotne – analiza ta obejmowała wyłącznie zakres dołączonych do uzasadnień dowodów i ograniczyła się do rzekomych braków w tych dowodach. Odwołujący zaznaczył, że jest to kwestia bardzo ważna – gdyż wpływa na zakres niniejszego odwołania. Odwołujący wniósł bowiem odwołanie wyłącznie od czynności Zamawiającego w zakresie określonym w Piśmie o odtajnieniu – tj. wskazanych przez Zamawiającego rzekomych braków dowodowych. Odwołanie w szczególności nie dotyczy: Kwestii, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; Kwestii wartości gospodarczej zastrzeganych informacji; Kwestii, czy zastrzeżone informacje zostały uprzednio ujawnione, dlatego, że powyższe okoliczności nie zostały przez Zamawiającego wskazane jako uzasadnienie odtajnienia zastrzeżonych informacji. Tym samym Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie, ani w toku postępowania odwoławczego nie może skutecznie podnosić żadnej argumentacji w powyżej wskazanym.

Odwołujący, mając na uwadze treść pisma z 13 grudnia 2024 roku podał, że przedstawił dowody wraz z każdym uzasadnieniem – są to odpowiednio:

- a) Dla Wykazu osób - jako dowody na potwierdzenie przywołanych środków/działań zmierzających do zachowania w poufności i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawił poniższe dokumenty:
 1. Wyciąg z umowy o pracę z pracownikami i osobami współpracującymi – zawierający klauzulę poufności w umowach (Załącznik nr 1 – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA);
 2. Wzór oświadczenia o zachowaniu poufności - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA;
 3. Certyfikowany System Zarządzania ISO/IEC 27001:2013 (Załącznik nr 2),
 4. Certyfikowany System Zarządzania ISO 22301:2019 (Załącznik nr 3).

Wyjaśnił, że wskazał, że stosuje zasadę wiedzy uzasadnionej, która stanowi, że dostęp do informacji jest nadzorowany i udzielany tylko i wyłącznie na potrzeby realizacji obowiązków służbowych.

- b) Dla Wyjaśnień RNC - jako dowody na potwierdzenie przywołanych środków/działań zmierzających do zachowania w poufności i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie Wyjaśnień RNC przedstawił poniższe dokumenty:

1. Załącznik nr 3a – Zanonimizowane wyciągi z umów o pracę oraz umów o współpracy B2B, gdzie znajdują się w nich klauzule poufności ;

2. Certyfikat ISO/IEC 27001:2013 potwierdzający, że istnieje u Wykonawcy System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji.

Odwolujący podał, że zamawiający natomiast w treści Pisma o odtajnieniu wskazuje

na rzekomy brak dowodów, które to twierdzenie *de facto* wydaje się kluczowym argumentem Zamawiającego.

Odwolujący podniósł, że nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że nie wykazał, jakie podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności. Odwołujący przedłożył bowiem szereg dowodów, z których wynikały działania podjęte w celu zachowania poufności. Podstawą czynności Zamawiającego nie jest zatem rzekomy brak dowodów,

a jedynie – ocena przez Zamawiającego dowodów, które zostały przedłożone. Jest to zupełnie inna sytuacja.

Odwolujący wyjaśnia, że wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 24 stycznia 2024 roku, sygn. akt KIO 10/24 zapadł w całkowicie innym stanie faktycznym, a podstawą odtajnienia informacji przez Izbę było: Brak złożenia jakichkolwiek dowodów; Brak wykazania wartości gospodarczej; Brak zastrzeżenia części informacji (podmiotowe środki dowodowe).

Żadna

z powyższych okoliczności nie zachodzi w przypadku odwołującego i przedłożonych przez niego uzasadnień. A zatem powoływanie się przez zamawiającego na ten wyrok jest całkowicie niezasadne i bezprzedmiotowe. Taka sama sytuacja, jak z wyrokiem KIO 10/24 zachodzi w przypadku cytowanego przez Zamawiającego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2023 roku, sygn. akt XXIII Zs 24/23. Tak samo jak

w przypadku wyroku KIO 10/24 podstawą odtajnienia informacji przez Sąd było: Brak zastrzeżenia załączników; Brak złożenia dowodów; Brak wykazania wartości gospodarczej. Tym samym wyrok XXIII Zs 24/23 – choć słuszny, nie ma zastosowania do niniejszej sprawy.

Odwolujący podkreślił, że norma art. 18 ust. 3 Ustawy mówi o "wykazaniu" – zresztą, na to pojęcie powołał się zamawiający w Piśmie o odtajnieniu. Przedłożenie dowodów przez odwołującego było więc wykazaniem wyższej staranności niż wymagana. Potwierdza

to stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, który w wyroku z dnia 21.03.2023, sygn. akt XXIII Zs 19/23 wskazał: Na tle stanu faktycznego tej sprawy, nie ma wątpliwości, że trafny był zarzut skargi naruszenia prawa materialnego polegającego na przyjęciu przez (...) zawężającego" rozumienia przepisu art. 18 ust. 3 ustawy PZP do sytuacji, w której obowiązkiem (...) było w istocie udowodnienie, a nie jak stanowi ten przepis "wykazanie",

że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...). Rację ma skarżący, że uzasadnienie zastrzeżenia przekazywanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację, zaś złożenie dowodów należy ocenić pozytywnie, jako działanie mające na celu uwiarygodnienie informacji zawartych w złożonym oświadczeniu. Przedstawienie przez (...) dowodów potwierdzających argumentację (...) o zasadności dokonywanego zastrzeżenia,

tj. dowodów z Zarządzenia jak i zanonimizowanej umowy o pracę (Załączniki nr 2 i 3), świadczy o zachowaniu przez (...) szczególnej staranności, wyższej niż wymagana art. 18 ust. 3 ustawy PZP, która miała na celu wykazanie, że zastrzegane przez (...) informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...).

Tak więc twierdzenia zamawiającego o rzekomym niewykazaniu podjętych przez odwołującego czynności zmierzających do utrzymania informacji w poufności są nietrafione. Odwołujący nie tylko opisał te działania, ale także na ich potwierdzenie przedłożył dowody. Przesłanka ta została więc należycie wykazana – zgodnie z wykładnią przedstawioną przez Sąd Okręgowy w wyroku XXIII Zs 19/23.

Odwolujący podał, że fakt rzeczywistego stosowania klauzul o zachowaniu poufności przez pracowników i współpracowników odwołującego oraz stosowania środków zabezpieczeń został dowiedziony treścią dowodów załączonych do Wykazu osób i Wyjaśnień RNC,

tj.: Standardowej klauzuli poufności, stosowanej w umowach, zanonimizowanych wyciągów

z umów o pracę oraz umów o współpracy B2B, w których znajdują się klauzule poufności.

Dowody te potwierdzają nie tylko istnienie określonej polityki bezpieczeństwa, istnienie wzorców klauzul, ale rzeczywiste ich stosowanie. Tym samym, w ocenie odwołującego,

nie sposób pomijać tego typu dokumentów, które stanowią konkretny i realny dowód

na przedsięwzięcie i stosowanie środków w celu zapewnienia poufności informacji. A zatem twierdzenia zamawiającego, że brak jest więc jakichkolwiek materiałów źródłowych,

na podstawie których zamawiający mógłby uznać za wykazaną okoliczność, że Wykonawca przedsięwziął odpowiednie kroki ku temu, aby chronić informacje deklarowane w Wykazie osób jako tajemnicę przedsiębiorstwa (str. 6 Pisma o odtajnieniu) pozostają w oczywistej sprzeczności z dokumentacją postępowania.

Odwolujący podał, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 października 2000 roku Sąd Najwyższy wskazał, odwołując się

do poglądów literatury, że jednym z działań przedsiębiorcy zmierzających do zachowania poufności informacji może być powiadomienie pracownika o poufnym charakterze uzyskiwanej wiedzy (por. Wyrok SN, I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59, s. 60). Tymczasem Odwołujący nie tylko poinformował pracowników, ale też wymaga, aby każdy pracownik (niezależnie od tego, czy zatrudniony na podstawie umowy o pracę czy na podstawie umowy B2B) zobowiązał się do zachowania w poufności informacji.

W kontekście twierdzeń Zamawiającego (str. 9 Pisma o odtajnieniu) dotyczących Załącznika nr 3a – Odnosząc się do Dowodu nr 1, Zamawiający wskazuje, że Wykonawca załączając do Wyjaśnień RNC dowody w postaci Załącznika nr 3a – Zanonimizowane wyciągi z umów

o pracę oraz umów o współpracy B2B, nie był w stanie zweryfikować, których osób powyższe dokumenty dotyczyły, ponieważ imiona i nazwiska tych osób zostały zanonimizowane przez Wykonawcę. Nie sposób dowiedzieć, że osoby które były zobligowane do przygotowania oferty czy też inne mające dostęp do Wyjaśnień RNC, zawarły stosowane umowy o pracę/współpracę z klauzulami dotyczącymi poufności, ponieważ ww. dokumenty zostały zanonimizowane - ta argumentacja zdaniem odwołującego jest całkowicie chybiona.

Po pierwsze – nie ma znaczenia, że Zamawiający nie wie, czyje umowy zostały dołączone do Wyjaśnień RNC, tzn. nie zna imion i nazwisk pracowników. Nawet bowiem znajomość tych imion i nazwisk nie pozwoliłaby mu stwierdzić – według argumentacji zamawiającego – że to właśnie te osoby przygotowywały Wyjaśnienia RNC. Bo przecież Wyjaśnienia RNC nie mają podanych autorów, a jedynie są podpisane przez pełnomocnika. Oczywistym zaś jest, że Wyjaśnienia RNC sporządzało więcej osób niż tylko osoba je podpisująca. Z drugiej zaś strony oczywistym jest też, że osoby wskazane do realizacji umowy, których zanonimizowane umowy złożono jako dowody, przygotowywały najpierw ofertę a następnie Wyjaśnienia RNC, gdyż to one mają największą wiedzę odnośnie szacowania ceny oferty. Tym samym argumentacja zamawiającego w niniejszym stanie faktycznym jest oderwana

od rzeczywistości i jest wyrazem wyłącznie złej woli. Zamawiający nawet nie próbował się pochylić nad tym, kto właściwie przygotowuje ofertę i Wyjaśnienia RNC.

Po drugie – zamawiający pomija całkowicie kwestie związaną z zastrzeżeniem danych

w postaci danych osobowych w zestawieniu z wynagrodzeniami, które to dane należy uznać za dane wrażliwe w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku

z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE. Co więcej – zamawiający ignoruje też fakt,

że ujawnienie zastrzeganych informacji może prowadzić do nałożenia na Odwołującego kar wynikających z rozporządzenia, co z kolei oznaczać będzie dla Odwołującego konkretną stratę, w czym przejawia się dodatkowa wartość gospodarcza zastrzeganych informacji.

Odwołujący podał, że Certyfikat ISO, znany również jako certyfikat zgodności z normą ISO, jest dokumentem potwierdzającym, że przedsiębiorstwo spełnia określone standardy jakości ustalone przez Międzynarodową Organizację Normalizacyjną (ISO). Certyfikat ten jest więc dowodem na to, że firma działa zgodnie z międzynarodowymi standardami jakości. Oczywistym jest, że proces uzyskiwania certyfikatu ISO jest skomplikowany i wymaga spełnienia określonych warunków. Przedsiębiorstwo musi przede wszystkim opracować

i wdrożyć system zarządzania jakością zgodny z wymaganiami normy ISO, a następnie poddawać się audytom, aby potwierdzić, że jej procesy spełniają określone standardy.

Jednym z dowodów, jakie przedstawił odwołujący jest Certyfikowany System Zarządzania ISO/IEC 27001:2013 dotyczący zarządzania bezpieczeństwem informacji. Certyfikat ten potwierdza, że firma posiada skuteczne procedury i systemy zapewniające bezpieczeństwo informacji zwłaszcza w zakresie przetwarzania danych osobowych i informacji poufnych. Tym samym Certyfikat ten stanowi niezbite świadectwo, że odwołujący wdrożył i stosuje

w swoim przedsiębiorstwie adekwatne polityki bezpieczeństwa i procedury. Jasno widać więc bezzasadność argumentu Zamawiającego. Zamawiający stwierdza: *sam certyfikat wdrożenia danej normy ISO nie przesądza, że w stosunku do Wyjaśnień RNC zastosowano jakąkolwiek procedurę*. Jest to kolejne absurdalne stwierdzenie. Co więcej – nie wiadomo, jakiego właściwie dowodu w tym zakresie życzyłby sobie Zamawiający. Bo jedyne, co można by złożyć dodatkowo (choć nadmiarowo i niepotrzebnie), to oświadczenie odwołującego,

że nie tylko wdrożył normę ISO, ale także stosuje normę ISO, a w szczególności stosował

ją w trakcie opracowania Wyjaśnień RNC. Cóż jednak dodatkowego mogłoby wniesć takie oświadczenie? Przecież przedsiębiorcy po to wdrażają normy ISO, aby stosować procedury wynikające z tych norm.

Odwołujący wskazał też: *Wykonawca w tym zakresie nie przedstawił żadnej polityki bezpieczeństwa, regulaminu czy procedury*. Stosując jednak pokrętną logikę zamawiającego – przedstawienie takiej polityki też by nic nie dało – gdyż zamawiający stwierdziłby: Wykonawca nie udowodnił, że stosuje tę politykę.

Cała powyższa argumentacja Zamawiającego jest sprzeczna z logiką i zasadami doświadczenia życiowego. A zgodnie z

ciężarem dowodu – zamawiający, aby móc się na takie rozumowanie powołać, musiałby wcześniej udowodnić, że odwołujący co prawda wdrożył normy ISO, ale tych norm ISO nie stosuje. Takich dowodów zamawiający nie przedstawił. Z prostej przyczyny – Asseco Poland S.A. stosuje wdrożone normy ISO. Odwołujący podał, że zamawiający nie wskazał, które elementy uzasadnienia zastrzeżenia do Wyjaśnień RNC uznał za niewystarczające w kontekście odtajnienia wszystkich Załączników do Wyjaśnień RNC. Odwołujący nie może nawet przedstawić w obecnej chwili szerszej argumentacji bowiem argumentacja Zamawiającego w treści pisma o odtajnieniu w ogóle nie odnosi się do poszczególnych odtajnianych Załączników. Już sama ta okoliczność wskazuje, że odwołanie jest prawidłowe i zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający powinien bowiem dla każdej odtajnianej informacji wskazać podstawy odtajnienia i to w taki sposób, aby Odwołujący mógł powziąć wiedzę i podjąć polemikę. Zamawiający nie może na obecnym etapie postępowania rozszerzyć swojej argumentacji.

Sygn. akt KIO 4914/24

Odwołujący Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie działając na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „PZP”) wniósł odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) Zarzut 1 – naruszenie art. 18 ust 2 i 3 PZP oraz art. 16 pkt 1 PZP przez podjęcie decyzji o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w Wykazach osób złożonych w postępowaniu
tj. w Wykazie osób – pozacenowe kryteria oceny ofert (Formularz 2.3) oraz w Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (Formularz 3.7) (dalej „Wykazy osób”) w zakresie:
 - Imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia,
 - Doświadczenia w projektach niepublicznych
- 2) Zarzut 2 – naruszenie art. 18 ust 2 i 3 PZP oraz art. 16 pkt 1 PZP przez podjęcie decyzji o odtajnieniu szeregu informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień ceny złożonych przez odwołującego dnia 14.10.2024 (dalej „Wyjaśnienia RNC”), wymienionych w piśmie Zamawiającego o odtajnieniu z dnia 11 grudnia 2024r., tj:
 - informacji zawartych w oznaczonych przez Wykonawcę fragmentach Wyjaśnień RNC oraz w tabelach zawartych w Wyjaśnieniach RNC,
 - informacji zawartych w Załącznikach do wyjaśnień RNC (wymienionych w lit. a – n) pisma Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2024,

pomimo że Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich legalnych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem tych informacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odtajnienia imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia zawartych w Wykazach osób;
- 2) unieważnienie czynności odtajnienia doświadczenia osób w projektach niepublicznych zawartych w Wykazach osób;
- 3) unieważnienie czynności odtajnienia informacji zawartych w oznaczonych przez Wykonawcę fragmentach Wyjaśnień RNC oraz w tabelach zawartych w Wyjaśnieniach RNC;
- 4) unieważnienie czynności odtajnienia informacji zawartych w Załącznikach do wyjaśnień RNC (wymienionych w lit. a – n) pisma Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2024.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ważną ofertę w niniejszym postępowaniu. Ponadto utajnione przez Odwołującego informacje, wymienione w pkt I petitum odwołania - stanowią dla jego organizacji i Grupy Kapitałowej w której funkcjonuje krytyczną wartość. W rezultacie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i odtajnienia w/w informacji, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą nie tylko na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia, ale również na naruszeniu zobowiązań pracowniczych (w zakresie odtajnienia danych osobowych) z wynikającymi stąd konsekwencjami/ewentualnymi roszczeniami, jak i utrudnieniu w konkutowaniu na rynku publicznym i komercyjnym, wskutek ujawnienia

na zewnątrz istotnych danych kosztowych i kontrolingowych ujętych w Wyjaśnieniach ceny, charakteryzujących organizację Odwołującego i jego podwykonawcy które do tej pory nigdy nie zostały ujawnione.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie zarzutu odwołania wskazując między innymi:

Zarzut 1:

Odwołujący dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wykazach osób ograniczył się do utajnienia:

- w Wykazie osób na potrzeby punktacji – imion i nazwisk pracowników skierowanych do realizacji zamówienia oraz danych dotyczących 4 (słownie: czterech) projektów komercyjnych,
- w Wykazie osób na potwierdzenie warunku – wyłącznie imion i nazwisk pracowników skierowanych do realizacji zamówienia (inne dane nie zostały utajnione).

Do uzasadnienia Tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący załączył jako dowody następujące dokumenty:

- 1) Wyciąg z dokumentu Procedura BDS-O-01 Przygotowanie oferty (Wersja 1.2) – Dowód nr 1;
- 2) Wyciąg z dokumentu Polityka Bezpieczeństwa Grupy Comarch (Wersja 4.46, ważna od 13.05.2024 r.) – Dowód nr 2;
- 3) Wyciąg z Regulaminu pracy pracowników Comarch S.A.;
- 4) Wyciąg z umowy o świadczenie usług stosowanego przez Comarch S.A.;
- 5) Wyciąg ze wzoru umowy o pracę stosowanego przez Comarch S.A.

Zamawiający decyzją z 11.12.2024r. zdecydował o odtajnieniu WSZYSTKICH zastrzeżonych informacji zawartych w Wykazach osób złożonych, czyli: (i) wszystkich imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz (ii) informacji dotyczących ich doświadczenia

w projektach niepublicznych (dotyczy 4-ech projektów wskazanych w Wykazie osób na punkty w ramach kryterium oceny ofert).

Odwołujący podniósł, że motywem podjęcia przez zamawiającego przedmiotowej decyzji była negatywna ocena przez Zamawiającego wykazania przez Odwołującego ziszczenia się przesłanki Uznk tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej „**podjęcia przez Wykonawcę przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności**”. Spełnienia pozostałych przesłanek Zamawiający nie kwestionował.

Odwołujący wskazał na uzasadnienia czynności zamawiającego w zakresie oceny przedstawionych wraz z zastrzeżeniami tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający dokonał oceny błędnej i wyrywkowej, nie uwzględnił wszystkich będących w jego posiadaniu informacji, a ponadto że nie zapoznał się dokładnie

i w całości ze przedłożonymi dowodami. Gdyby to uczynił – jego decyzja byłaby inna.

Błędem pierwotnym ze strony zamawiającego było pochoopne, podjęte bez dostatecznego rozważenia odrzucenie dowodów składających się na podstawowe zobowiązania pracownicze, tj. wyciągów z umów pracę/współpracę i z Regulaminu pracy. Jedyną przyczyną takiej oceny był fakt, iż dotyczyły one Comarch S.A., a nie wykonawcy – Comarch Polska S.A. Tym sposobem Zamawiający wyeliminował z analizy podstawowy łącznik zobowiązaniowy i przerwał ciąg zobowiązań dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, jaki funkcjonuje u Odwołującego i spółek z jego Grupy Kapitałowej. Drugim błędem pierwotnym była pominiecie faktu, że Odwołujący funkcjonuje w ramach Grupy Kapitałowej Comarch, w której dominującą spółką jest Comarch S.A. (o czym poniżej) – a co za tym idzie analiza przedkładanych dokumentów musi uwzględniać ten fakt. Tymczasem nie dość że analiza Zamawiającego tego nie uwzględniała, to dodatkowo zamawiający pominął okoliczności złożenia oferty (in concreto: „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów” i podwykonawstwo Comarch S.A. czy fakt, że osoby wskazane w Wykazach to pracownicy właśnie Comarch S.A.).

Wspomniany wyżej ciąg zobowiązań dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, jaki funkcjonuje u Odwołującego i spółek z jego Grupy Kapitałowej oparty jest na istniejących jednolitych umowach o pracę/współpracę, politykach i regulaminach, które wiążą każdego pracownika z GK Comarch. Wszystkie umowy o pracę, jak i Regulaminy pracy – niezależnie której spółki jako pracodawcy one dotyczą – są zestandaryzowane i są zawierane na jednolitych wzorcach. Powyższy ciąg zobowiązań to właśnie szereg działań, podjętych przez odwołującego i przez Wszystkie spółki z GK Comarch - w granicach prawa i przy zachowaniu należytej staranności, w celu utrzymania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkich spółek w GK, w tym spółki Odwołującego.

Ciąg ten zakłada następujące więzi zobowiązaniowe w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa: pierwszym krokiem dla każdego pracownika, z którego wynika zobowiązanie go przez pracodawcę (dotyczy to każdej spółki z GK Comarch jako pracodawcy) jest zawarcie umowy o pracę, która zawiera stosowne zobowiązania do zachowania informacji w poufności, w tym wprost odniesienie się do tajemnicy przedsiębiorstwa pracodawcy oraz zobowiązanie

do przestrzegania przyjętych u pracodawcy regulaminów. Umowy o pracę odsyłają

do Regulaminu pracy. Co więcej – pracownik podpisując umowę potwierdza fakt zapoznania się z Regulaminem pracy.

Regulamin ten również zawiera stosowne zobowiązania, nie tylko odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa pracodawcy, ale

także do stosowania istniejących

u pracodawcy regulaminów. Do regulaminów takich należą wszelkie procedury, w tym Polityka Bezpieczeństwa GK Comarch (obowiązująca – jak sama nazwa wskazuje

dla spółek z GK Comarch) oraz Procedura przygotowania ofert (BDS-O-01) obowiązująca

w sektorze APUS – czyli tej części organizacji Grupy Kapitałowej Comarch, która składa –

za pośrednictwem różnych spółek – oferty w przetargach publicznych. Do spółek ofertujących w przetargach publicznych (choć nie wyłącznie) należy: Comarch S.A., Comarch Polska S.A, Comarch Healthcare S.A. (produkty dla sektora zdrowia) oraz CA Consulting S.A. (w zakresie usług doradztwa itd.). Tym sposobem z dwóch niezależnych źródeł, tj. własnej umowy o pracę oraz Regulaminu pracy każdy pracownik pracodawcy

jest zobowiązany do przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa oraz do stosowania procedur i regulaminów, w tym do stosowania Polityki Bezpieczeństwa GK Comarch oraz Procedury składania ofert. Polityka Bezpieczeństwa GK Comarch klasyfikuje wszelkie informacje wytwarzane, przetwarzane i przechowywane w GK Comarch, pod kątem ich newralgiczności i możliwości udostępnienia na zewnątrz. Daje od podstawę do tego, by w procedurze składania ofert handlowcy składający ofertę dokonywali stosownego zastrzeżenia tajemnicy. W ten sposób funkcjonuje u Odwołującego (oraz w całej GK Comarch) ciąg proceduralny, który stawowi wyraz dbałości o informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa, co obrazuje schemat:

Umowa o pracę i Regulamin pracy (jednolite wzorce dla każdej spółki z Grupy) ->zobowiązanie każdego pracownika do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa pracodawcy -> zobowiązanie każdego pracownika do przestrzegania Regulaminu pracy -> obowiązek każdego pracownika stosowania regulaminów -> regulamin Polityka Bezpieczeństwa GK Comarch -> obowiązek każdego pracownika przestrzegania kategoryzacji informacji i sposobów postępowania z daną informacją -> Procedura przygotowywania ofert -> osoby składające ofertę zgodnie z Procedurą składania ofert identyfikują informację Tajną lub Poufną / do użytku wewnętrznego -> zastrzeżenie takiej zidentyfikowanej informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w ofertach.

Odwołujący w zakresie oceny dokonanej przez zamawiającego:

(1)po pierwsze – głównym błędem zamawiającego, który przesądził o mylnej wykładni

i ocenie złożonych do Uzasadnienia tajemnicy dowodów (jako nieprzydatnych,

do pominięcia) jest zignorowanie, a właściwie mylna interpretacja podstawowego faktu, że odwołujący funkcjonuje w Grupie Kapitałowej (GK Comarch), w której spółka dominująca jest Comarch S.A. Jest to informacja będąca zarówno wiedzą powszechną na rynku, jak i wynika wprost z oferty złożonej przez Odwołującego, gdzie widnieje Zobowiązanie do udostępnienia zasobów podpisane przez Comarch S.A. jak i inne dotyczące tej spółki dokumenty (JEDZ, KRS itd.).

Zamawiający zapewne ma tego świadomość, jednak z wiedzy tej wyciągnął wnioski nieuzasadnione - przez dopuszczenie do dychotomicznego rozróżnienia w ocenie podejmowanych zabezpieczeń na spółek Comarch S.A. i Comarch Polska S.A. Tymczasem jest to ocena błędna, gdyż podejmowane w spółkach z Grupy Kapitałowej Comarch działania i procedury nie są powiązane wyłączenie z daną spółką, lecz przenikają się i dotyczą wszystkich spółek z Grupy.

Fakt funkcjonowania odwołującego w Grupie kapitałowej ma kluczowe przełożenie

na istniejące procedury i dokumenty kadrowe. Wszystkie one są zestandaryzowane, bowiem przy wielości spółek nie sposób byłoby zarządzać zasobami pracowniczymi i procedurami – gdyby były one odmienne. Zamawiający nie mógł bez naruszenia zasad logicznego rozumowania, a jednocześnie zasad z art. 16 Pzp zastosować do odwołującego funkcjonującego w Grupie Kapitałowej oceny, iż dokumentacja którą przedłożył dla spółki dominującej – w postaci wyciągu ze wzorca umowy o pracę/współpracę i wyciągu

z Regulaminu pracy - jest dla wykazania działań chroniących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego informacją nieprzydatną. Tym bardziej, że np. wszystkie osoby z Wykazu osób na potwierdzenie warunku są zasobem udostępnionym przez Comarch S.A.

Dlatego dychotomiczne podejście Zamawiającego do dowodów dotyczących Comarch S.A. jako nieistotnych dla sprawy i oczekiwanie, że właściwym dowodem na zakres zobowiązań pracowniczych byłby „wyciąg z umowy o pracę Comarch Polska S.A.” jest nieuzasadnione.

(2)Po drugie – Potwierdzeniem powyższego jest kluczowy § 13 wyciągu z umowy o pracę Comarch S.A. – który Zamawiający przeoczył (dowód do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa). Postanowienie to rozszerza na potrzeby umów o pracę definicję pracodawcy - na każdą ze spółek z GK Comarch. W rezultacie każdy pracownik podpisując umowę o pracę z dowolną spółką z GK Comarch – jest jednocześnie zobowiązany do przestrzegania zobowiązań w niej zawartych względem wszystkich innych spółek z GK Comarch. I tak przykładowo - pracownik mający umowę o pracę z pracodawcą Comarch S.A. ma obowiązek przestrzegać tajemnicy przedsiębiorstwa również innych spółek z

Grupy, w tym Comarch Polska S.A. (Odwołującego). Przeoczenie powyższej regulacji umownej przez Zamawiającego doprowadziło

do bezpodstawnej oceny, że relewantne w sprawie byłby wyłącznie umowy (wyciągi z umów) dla Comarch Polska S.A. podczas gdy tak nie jest. Z przedmiotowego dowodu wynika zobowiązanie pracownicze, w tym względem tajemnicy przedsiębiorstwa każdej ze spółek z Grupy, w tym Odwołującego. Nie mógł zatem Zamawiający uznać,

że przedmiotowy dowód nie dowodzi ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego – Comarch Polska S.A. nie mógł też go pominąć – gdyż jest to właśnie dowód

na podejmowane w sposób możliwie najszerszy działania chroniące tajemnicę przedsiębiorstwa – zarówno Odwołującego, jak i Comarch S.A. (oraz innych spółek z Grupy).

(3)Po trzecie – Zamawiający pominął oświadczenie Odwołującego dotyczące tego,

że wszystkie umowy o pracę zawierane są w GK Comarch na identycznych wzorcach (por: „Powyższe ma odzwierciedlenie w postanowieniach umów pracowniczych oraz

o współpracę zawieranych (na jednych wzorcach) z pracownikami/współpracownikami przez poszczególne spółki z GK Comarch” (zawarte w Wyjaśnieniach RNC).

Odwołujący podał, że z powyższych trzech argumentów, popartych oświadczeniami odwołującego i dokumentami (wszystkie w dyspozycji Zamawiającego) wynika niewątpliwie, że zobowiązania pracownicze, będące punktem wyjścia dla ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przenikają się w ramach Grupy Kapitałowej i są identyczne

dla pracownika każdej spółki w KG, w tym dla Odwołującego. Dowodząc zakresu zobowiązań w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa względem pracowników Comarch S.A. – dowiedziono tym samym zakres tych zobowiązań (identyczny) dla pracowników odwołującego. Zatem gdyby nawet do Uzasadnienia tajemnicy doręczono wyciąg ze wzorca umowy o pracę/Regulaminu odwołującego Comarch Polska S.A. – to byłby to identyczne wzorce, a nade wszystko nie wniosłoby to do wiedzy Zamawiającego o podejmowanych działaniach żadnej dodatkowej informacji, ponad tę, którą już ma i którą można wywieść

z dokumentów/oświadczeń odwołującego, jakimi dysponuje Zamawiający.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający błędnie pominął w/w dowody dla Comarch S.A.

dla oceny skuteczności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy w ofercie Odwołującego

(w zakresie odtajnionym w ramach Wykazów osób), co pozwoliło mu na odrzucenie § 13 tego wzorca umowy o pracę, a co całkowicie przekreśla podjętą przez zamawiającego ocenę, iż nie ma wiedzy odnośnie stosownych zobowiązań pracowniczych dla Comarch Polska S.A.

Stąd też odwołujący wywodzi, że myli się zamawiający oceniając, że „W żadnym miejscu dokumenty [dot. Comarch S.A. tj. wyciągi z umów o pracę i Regulaminu pracy] te nie odnoszą się do pracowników oraz współpracowników Wykonawcy”. Nieprawda. Odnoszą się, gdyż wynika to z ich treści (§ 13 wzorca umowy o pracę) oraz z oświadczenia odwołującego o jednolitych wzorcach umów w ramach Grupy (złożonego w ramach Wyjaśnień RNC), o czym przesądza również kontekst, czyli funkcjonowanie odwołującego

i Comarch S.A w jednej Grupie kapitałowej.

Zdaniem odwołującego zamawiający mógł - na podstawie przedłożonych dowodów – ocenić, czy Odwołujący stosuje - w stosunku do zastrzeżonych informacji - środki ochrony informacji, które przywołane w Uzasadnieniu TP dla Wykazu osób tj.:

a) „wiedzą na temat zastrzeżonych informacji dysponuje jedynie pewien ograniczony krąg osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy lub inne osoby, które zostały zobowiązane do zachowania poufności” – gdyż wynika to z obowiązującej dla całej GK Polityki Bezpieczeństwa (pkt. 4.3.1.), a wszyscy pracownicy tej Grupy mają obowiązek

jej przestrzegania, co wynika z jednolitych w całej GK wzorców umów o pracę (§ 4 ust. 1 pkt 7 w zw. z § 13);

b) „stosuje klauzule nakładające na drugą stronę umowy obowiązek zachowania takich informacji w poufności w zawieranych umowach cywilnoprawnych: umowie zlecenie, umowie o świadczenie usług oraz umowie o dzieło, a także w umowach o pracę” – gdyż wynika to z jednolitych w całej GK wzorców umów o pracę (§ 12 w zw. z § 13 wzoru umowy o pracę);

c) nakłada w regulaminie pracy obowiązek zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – gdyż wynika to z jednolitych w całej GK wzorców regulaminów pracy, którego znajomość pracownicy potwierdzając podpisując umowę o pracę (por. § 16 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy o pracę w zw. z § 13), a przede wszystkim z jednolitych w całej GK wzorców umów o pracę (§ 12 wzoru umowy o pracę w zw. z § 13).

(4)Po czwarte – w rezultacie zamawiający pominął jako wiążące dla pracowników zarówno odwołującego, jak i Comarch

S.A. zobowiązanie § 4 ust 1 pkt 7) jednolitych

co do wzorca w całej GK umów o pracę, zgodnie z którym każdy pracownik zobowiązany jest „wykonywać inne obowiązki wynikające z regulaminów obowiązujących

u pracodawcy”. Te regulaminy to m.in. Polityka Bezpieczeństwa w GK Comarch, jak

i Procedura przygotowywania ofert – z których wyciągi załączono do oferty. Zapis § 4 ust 1 pkt 7) umów o pracę jednoznacznie dowodzi, że pracownicy zarówno Odwołującego, jak i Comarch S.A. są zobowiązani do stosowania tych regulaminów i procedur.

Regulaminy, tj. Polityka Bezpieczeństwa w GK Comarch, jak i Procedura przygotowywania ofert ze swej istoty nie są „przywiązane” do żadnej konkretnej spółki. Polityka Bezpieczeństwa obowiązuje – co wynika z jej nazwy – dla wszystkich spółek z Grupy, podobnie jak Procedura przygotowywania ofert, co wynika z treści załączonego do Uzasadnienia TP wyciągu z tej procedury:

(a) procedura ta dotyczy Procesu „Procedura przygotowania oferty w postępowaniu publicznym”, bez powiązania z konkretną spółką, opis procesu jaki ona opisuje definiowany jest przez funkcję celu, a nie podmiotowo,

(b) procedura ta jest właściwa dla całej Grupy Kapitałowej Comarch (zob. „Niniejszy dokument jest własnością Grupy Kapitałowej Comarch i stanowi utwór chroniony (..)”,

(c) „Określa zasady współpracy pracowników poszczególnych działów sektora APUS

w trakcie przygotowywania oferty w ramach postępowania publicznego” – a zatem również nie jest przywiązana tylko do jednej spółki, lecz przekrojowo dotyczy Sektora Publicznego funkcjonującego w GK Comarch (APUS), który działa w poprzek spółek (cross-spółkowo) właśnie na potrzeby składania przez różne spółki z GK ofert dla zamówień publicznych.

(5) Po piąte – Zamawiający pominął § 6 (w zw. z § 13) wzorca umowy o pracę – regulujący obowiązek zachowania w poufności wysokości wynagrodzenia pracownika. Co za tym idzie – każdy pracownik w GK Comarch, zarówno odwołującego, jak i Comarch S.A.

i innych spółek z GK – nie może pozyskać wiedzy o zarobkach innych pracowników z GK Comarch, ani dzielić się wiedzą o swoich zarobkach z innymi pracownikami. Wyrazem tego, iż informacje te stanowią krytyczną wartość chronioną w całej GK jest fakt,

że informacje te są wprost wymienione za informacje o statusie „Tajne” w Polityce Bezpieczeństwa (por. pkt 4.3.4. lit.

c) wyciągu z Polityki Bezpieczeństwa), zaś sposób postępowania z nimi regulowany jest w pkt 4.3.5. tej Polityki. Postanowienia te wiążą zatem i Odwołującego.

Praktycznym tego przejawem jest fakt, że osoby sporządzające w postępowaniach przetargowych wycenę ofert, wskazując Działowi Kadr osoby przeznaczone do zespołu – otrzymują z Działu Kadr dla oszacowania ceny oferty wyłącznie zanonimizowane zestawienie (jak zestawienie ujęte w przypadku Wyjaśnień RNC złożonych w niniejszym postępowaniu) oraz otrzymują później, już na potrzeby tychże Wyjaśnień RNC, jeżeli ma

to miejsce - wszystkie umowy o pracę osób wziętych do kalkulacji, ale wyłącznie umowy zanonimizowane, tj. bez imion i nazwisk. Identyfikacja jest możliwa dla Działu Kadr za pomocą numeru pracowniczego. Nigdy nikt wewnątrz organizacji Odwołującego nie podjął wiedzy

na temat tego, ile zarabia konkretna osoba, koleżanka, czy kolega z pracy. Dlatego

że „właściciel” tej informacji, czyli Dział Kadr nie wyraża na to nigdy zgody – co z kolei realizuje podjęcie działań mających na celu ochronę takiej informacji, zgodnie z pkt. 4.3.4. lit. c) i 4.3.5. Polityki Bezpieczeństwa. Wymaga podkreślenia, że w GK Comarch funkcjonuje jeden Dział Kadr, nie ma osobnych Działów Kadr dla każdej spółki osobno. Owszem,

są w nim osoby zajmujące się danymi spółkami, lecz z poziomu struktury organizacyjnej

i obowiązków kadrowych/pracowniczych - Dział Kadr jest wyłącznie jeden.

Odtajnienie przez Zamawiającego imion i nazwisk osób z obydwu Wykazów osób – z uwagi na to, że mają to być osoby przeznaczone do realizacji zamówienia – doprowadzi

do pośredniego ujawnienia faktu ile zarabiają te konkretne osoby.

Odwołujący w ramach Wyjaśnień RNC przedłożył zestawienie kwot wynagrodzeń

dla wszystkich osób skierowanych do zespołu, jaki ma realizować umowę zespołu, ujętych

w cenie oferty wraz z kopiami umów o pracę – dowodzące tego zestawienia i przedmiotowych wynagrodzeń. Pomimo tego, że umowy te są anonimowe (nie ujawniają oczywiście imienia

i nazwiska) – to są to realne umowy, z unikalnym numerem pracowniczym, a co więcej – ujawniają jakiego stanowiska dotyczą. W rezultacie odtajnienie imion i nazwisk osób wskazanych w obydwu Wykazach osób w zestawieniu z umowami znajdującymi się przy wyjaśnieniach ceny, które ujawniają stanowisko – pozwoli pracownikom Odwołującego i Comarch S.A. uczestniczącym w procesie składania oferty w niniejszym postępowaniu,

jak i pozwoli Zamawiającemu (a w razie utrzymania decyzji o odwołaniu – również szeroko, każdemu na rynku, w tym konkurencji) przypasować konkretną osobę, identyfikowalną imieniem i nazwiskiem – do danej umowy, za pomocą

opisanego w umowach stanowiska

i doświadczenia/roli ujętej w Wykazach. Nigdy, przenigdy ani Odwołujący, ani żadna

ze spółek w Grupie nie ujawniła informacji, które pozwalałyby ustalić wysokość zarobków jego konkretnych pracowników.

Nigdy też nie uczynił tego żaden Zamawiający – poza CIRF-em. Pierwszy raz Zamawiający może do tego doprowadzić, przez zawężającą, wyrwykową

i nie uwzględniającą wszystkich posiadanych przez niego informacji i oświadczeń ocenę jednej z przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, opartą wyłącznie o błędna ocenę, że nie jest on w stanie zweryfikować zakresu zobowiązań pracowniczych odwołującego - Comarch Polska S.A. Powyżej wykazano, że była to ocena całkowicie błędna.

Informacja o tym ile zarabiają konkretni pracownicy Comarch S.A oraz Comarch Polska S.A., jak też i jakie wynagrodzenie Spółki te płacą na danym stanowisku - jest krytyczna z punktu widzenia zobowiązań Odwołującego oraz Comarch S.A. jako pracodawców oraz uczestnicy rynku. Będzie ona możliwa do ustalenia właśnie w wyniku planowanego odtajnienia imion

i nazwisk osób podanych w obydwu Wykazach. Należy zaznaczyć, że wszystkie osoby wskazane w Wykazach są pracownikami Comarch S.A. – co wynika wprost z treści Wykazu osób na potwierdzenie warunku, natomiast dla Wykazu osób na punkty – można to wyinterpretować na podstawie umów o pracę, jakie posiada zamawiający w ramach Wyjaśnień RNC (jest tam ujęty cały kilkudziesięcioro osobowy zespół i tylko 5 osób wziętych do zestawienia wynagrodzeń na potrzeby ceny pochodzi z Comarch Polska S.A.).

(6)Po szóste – Zamawiający dokonał błędnej analizy Procedury przygotowywania ofert,

w tym jej kroku z pkt 13 oraz błędnej analizy Polityki Bezpieczeństwa – zawężając ją

do jednego punktu 4.3.3., a pomijając wszystkie pozostałe punkty, regulujące główne zasady (zasada wiedzy uzasadnionej – pkt. 4.3.1) przez sposoby postępowania

z w/w informacjami oraz ich uszczegółowienie (zdefiniowanie – czego dotyczą) – określone w punktach 4.3.2., 4.3.4. do 4.3.10.

Całkowicie mylnie w ocenie odwołującego wywiódł zatem zamawiający, że „dowód nr 1 i nr 2 w żaden sposób nie potwierdzają działań jaki Wykonawcy przytoczył w Uzasadnieniu TP”. Jest to konstatacja zupełnie niezrozumiała. Wszak fakt, że utajniono w procesie składania oferty na budowę systemu SZPROT dla CIRF przedmiotowe informacje (które właśnie Zamawiający odtajnia) – dowodzi tego, że osoby przygotowujące ofertę właśnie zastosowały krok 13 procedury i dokonały stosownego zastrzeżenia. Gdyby nie zastosowały – nie byłoby zastrzeżenia informacji w ofercie odwołującego. Osoby te uprzednio zidentyfikowały informacje wrażliwe do podania o w ofercie z punktu widzenia Polityki Bezpieczeństwa,

w tym właśnie dane osobowe osób skierowanych w Wykazach do realizacji zamówienia. Zamawiający analizując rzecz wycinkowo pominął olbrzymie konsekwencje dla ochrony danych personalnych i zarobków pracowników GK.

Za całkowicie błędą należy też uznać konkluzję Zamawiającego, iż „ Wykonawca nie przedstawił także dokumentu potwierdzającego zapoznanie się z Polityką Bezpieczeństwa Grupy Comarch oraz odbycia szkoleń przez osoby, które zostały wskazane w Wykazie osób oraz brały udział w przygotowywaniu oferty po stronie Wykonawcy, np. w postaci oświadczeń takich osób o zapoznaniu się z treścią Polityki Bezpieczeństwa Grupy Comarch i odbycia niezbędnego szkolenia z zasad bezpieczeństwa, obowiązujących w spółkach grupy”.

Odwołujący nie musiał przedstawiać odrębnego dokumentu na przestrzeganie Polityki bezpieczeństwa, gdyż źródłem tego obowiązku są umowy o pracę pracowników w GK Comarch, nakazujące przestrzegać obowiązujących u pracodawcy regulaminów (§ 4 ust. 1 pkt 7 wzorców umów o pracę), a do takich należy przedmiotowa Polityka Bezpieczeństwa

i Procedura przygotowywania ofert, gdyż odesłanie z umów o pracę obejmuje najszerszą możliwą kategorię i pokrywa nie tylko te, ale też i inne regulaminy oraz procedury.

Odnosnie kwestii szkolenia – jest to co najwyżej informacja dodatkowa, która nie wpływa

na podstawowy obowiązek stosowania w/w regulaminów, wynikający z umowy o pracę

i sama w sobie nie może uzasadniać oceny o niewykazaniu ziszczenia się przesłanki TP dotyczącej podjętych kroków dla ochrony newralgicznych informacji. Te działania to właśnie 5 (pięć) dokumentów które składają się na ochronę takich informacji w całej GK Comarch.

Odwołujący zarzuca, że żądanie przez zamawiającego dodatkowo „oświadczeń pracowników o zapoznaniu się z treścią Polityki Bezpieczeństwa Grupy Comarch i odbycia niezbędnego szkolenia z zasad bezpieczeństwa, obowiązujących w spółkach grupy” jest myśleniem wyłącznie polemicznym i życzeniowym. Wymienione procedury mające służyć ochronie informacji nie mogą być stosowane w sposób przeciwnie skuteczny dla procesów, które regulują. Procesem tym jest złożenie oferty w przetargu publicznym. Zdobywanie każdorazowo dla każdej oferty objętej w jakiejś części tajemnicą indywidulanych oświadczeń kilkudziesięciu osób dla każdego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa byłoby często niemożliwe czasowo. Imiona i nazwiska pracowników z Wykazów osób składane

we wszystkich przetargach przez różne spółki z GK Comarch są ZAWSZE utajniane - niezależnie od spółki z GK która ofertuje i niezależnie od tego, która spółka z GK jest pracodawcą danego pracownika z Wykazu. Ponadto - Odwołujący składa przecież nie jedną ofertę w tygodniu, czy miesiącu, ale kilka – kilkanaście. Jego pracownicy oraz służby odpowiedzialne za proces przygotowania ofert nie robiliby nic innego, jak zbierali indywidualne oświadczenia dziesiątek pracowników.

Nade wszystko jednak oświadczenie (potwierdzenie indywidualne pracownika) takie uznać za nadmiarowe, gdyż obowiązek stosowania w/w regulaminów wynika wprost z jednolitych umów o pracę (§ 4 ust. 1 pkt 7 wzorców umów o pracę) i dotyczy każdej spółki z GK (§ 13 wzoru umowy).

Odwołujący podał, że za nietrafną należy też konstatację Zamawiającego, że Odwołujący przedłożył jedynie 3 strony Polityki Bezpieczeństwa. Były to strony kluczowe, które zresztą zostały przez Zamawiającego wybiórczo przeanalizowane (zauważył tylko jeden punkt). Tymczasem zasady postępowania z informacjami chronionymi w GK Comarch, ich kategoryzację i sposób postępowania z nimi są określone właśnie na tych 3 stronach. Każdy pracownik zna te zasady (podobnie jak musi znać i stosować Regulamin pracy – co jest obowiązkiem wynikającym wprost z przepisów prawa) i potrafi zatem informacje takie wyodrębnić (analiza) i postąpić z nimi we właściwy sposób. Czego dowodem jest właśnie wykonanie kroku 13 Procedury przygotowywania ofert w niniejszym postępowaniu i dokonanie stosownego zastrzeżenia. Zamawiający nie przeanalizował całości dokumentów przedłożonych do uzasadniania TP, nie wychwycił ciągu zobowiązań i procedur które zmierzają do utajenia w ofercie konkretnych informacji.

Zamawiający nie wychwycił kluczowego faktu, że zobowiązania pracownicze (umowy o pracę, regulaminy pracy), regulaminy i procedury nie są w GK Comarch przypisane do jednej spółki – są stosowane w sposób zunifikowany i jednolity dla wszystkich spółek z GK, i wszystkich pracowników z GK Comarch. Odwołujący przyznaje, że nie bardzo rozumie jak inaczej miałby zadbać o poszanowanie informacji chronionych w jego organizacji poza wdrożeniem w/w regulaminów i zobowiązaniem pracowników w umowach o pracę do ich stosowania

i zapewnienie, że będą one w całej GK stosowane jednolicie. Wydaje się, że Zamawiający oczekuje po prostu dodatkowych potwierdzeń, jak przykładowo wskazane oświadczenia pracowników. Odwołujący z całą mocą jednak podkreśla, że tego typu dodatkowe potwierdzenia byłyby nadmiarowe, ich zbieranie czasochłonne i nadto nic nie wnoszące: przecież każdy pracownik potwierdziłaby – zgodnie z prawdą – że stosuje obowiązujące w GK Comarch regulaminy, w tym Politykę Bezpieczeństwa, czy Procedurę przygotowywania ofert w APUS. Jaka byłaby dodatkowa wartość dowodowa takiego potwierdzenia, inna niż wnioski wynikające z wzorców umów o pracę – które taki obowiązek nakładają? Żadna. To wszak podstawowy obowiązek pracowniczy każdego pracownika GK Comarch.

W zakresie odtajnienia „**informacji o doświadczeniu [osób] w projektach niepublicznych**”.

Zamawiający przede wszystkim mylnie wskazał, że odtajnienie takie nastąpi w obydwu Wykazach. Tymczasem informacje takie zostały zastrzeżone – jak wyżej wskazano – tylko dla 4 projektów komercyjnych w Wykazie osób na potrzeby punktacji w kryterium pozacenowym (Formularz 2.3). W rezultacie w zakresie Wykazu osób na potwierdzenie warunku (Formularz 3.7) nie zachodzi podstawa do odtajnienia takich informacji, gdyż takie informacje nie zostały w nim zastrzeżone (zastrzeżono wyłącznie imiona i nazwiska).

Po drugie – Zamawiający nie przedstawił dla odtajnienia informacji o w/w projektach komercyjnych żadnego dodatkowego uzasadnienia, innego niż omówione wyżej, co każe przyjąć, że nie ma innego uzasadnienia dla odtajnienia tego zakresu informacji. Jest nim zatem zaobserwowany przez Zamawiającego (mylnie) brak przedłożenia dowodów

dla Comarch Polska S.A. (jedynie dla Comarch S.A.) oraz wyrównoważona ocena Procedury przygotowywania ofert w APUS oraz Polityki Bezpieczeństwa GK Comarch (załączonych

do Uzasadnienia TP wyciągów). Do powyższego Odwołujący odniósł się obszernie wyżej

i w tej sytuacji ponawia powyższe argumenty również dla zakresu informacji dotyczących doświadczenia w projektach niepublicznych.

Zarzut 2 – Odtajnienie informacji zawartych w Wykazach osób

Zamawiający zdecydował pismem z dnia 11 grudnia 2024r. o odtajnieniu WSZYTSKICH informacji zastrzeżonych w ramach złożonych przez Odwołującego Wyjaśnień RNC.

Odwołujący dokonując zastrzeżenia Wyjaśnień RNC nie zastrzegł ich w całości, nic takiego nie ma miejsca. Odwołujący ograniczył się do utajnienia wyodrębnionych fragmentów tych Wyjaśnień RNC. Z kolei odnośnie utajnionych tabel (pochodzących z plików Excel) oraz utajnionych Załączników do Wyjaśnień RNC – utajnił je jako całość z tego względu, że obrazują one w całości przyjęty sposób kalkulacji (szczegółowy) oraz prezentuje konkretne dane kosztowe, finansowe, prezentują posiadane zasoby oraz koszt ich zapewnienia. Innymi słowy – Odwołujący ograniczył zakres zastrzeżenia do minimum. Nie odstaje też w tym zakresie od praktyki innych wykonawców składających wyjaśnienia ceny, gdzie informacje takie pozostają tajne.

Zamawiający bazuje na tych samych ocenach, jak zaprezentowane dla decyzji o odtajnieniu w/w informacji w Wykazach osób, przy czym odnosi się do złożonych przy uzasadnieniu zastrzeżenia TP Wyjaśnień Ceny dokumentów w postaci:

- a) Wyciągu z dokumentu Procedura BDS-O-01 Przygotowanie oferty (Wersja 1.2) - Dowód nr 1,
b) Wyciągu z dokumentu Polityka Bezpieczeństwa Grupy Comarch (Wersja 4.36, ważna od 29.06.2020 r.) - Dowód nr 2.

Po pierwsze - Zamawiający – odnośnie Dowodu nr 1 (Procedury przygotowywania oferty) odnosi się jak wcześniej do Kroku 13 tej procedury

Odwołujący ponawia zatem powyższą argumentację dotyczącą oceny tego dowodu, podniesioną w ramach zarzutu 1 odwołania – na potrzeby Wykazania, że owa procedura właśnie została zastosowana – czego dowodzi dokonane zastrzeżenie jak i tego, że oczekiwane przez Zamawiającego dodatkowe potwierdzenia indywidualne pracowników – są w istocie nadmiarowe.

Odwołujący dodaje, że zarzucanie nieprzedstawienia jako załącznika do Uzasadnienia TP Wyjaśnień RNC *uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia, o którym mowa w ww. kroku nr 13*” sporządzonego przez pracownika stosującego krok 13 jest niezrozumiałe i nieuzasadnione: znikąd nie wynika, by uzasadnienie o jakim mowa wyżej miało być pisemne. Odwołujący jako podmiot komercyjny nie wytwarza „uzasadnień pisemnych dla samego siebie”, analizy i uzasadnienie dlaczego należy zastrzec daną informację w ramach kroku 13 Procedury są dokonywane ustnie, w obrębie zespołu identyfikującego dane informacje, odbywa się to na bieżąco, w oparciu o kategoryzację danych w świetle Polityki Bezpieczeństwa GK Comarch.

Po drugie – Zamawiający odnosząc się do Dowodu nr 2 zauważył, że Odwołujący załączył do tego Uzasadnienia TP wcześniejszą Politykę Bezpieczeństwa GK Comarch, tj. wyciąg

z wersji 4.36, ważnej od 29.06.2020r. wskazując, że nowszą wersję Polityki Bezpieczeństwa Grupy Comarch, tj. wersję 4.46 ważną od 13.05.2024 r. Wykonawca przedstawił

na wcześniejszym etapie przedmiotowego postępowania, tj. wraz z przekazaniem Uzasadnienia TP dla Wykazu osób.

To prawda, była to omyłka Odwołującego, nie mniej – jak zauważył sam Zamawiający, aktualna Polityka była już (i nadal jest) w dyspozycji Zamawiającego (otrzymał ją wcześniej). Odwołujący sprzeciwia się ocenie Zamawiającego, że powyższa omyłka, w tych konkretnych okolicznościach sprawy przesądza o odtajnieniu całości Wyjaśnień RNC, gdyż jakoby „*umożliwienia weryfikację przez Zamawiającego, czy Wykonawca przy zastrzeganiu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa podjął działania zgodne z obowiązującą u Wykonawcy Polityką Bezpieczeństwa Grupy Comarch*”.

Dlatego, że – co łatwo mógł Zamawiający zauważyć – zakres merytoryczny wybranych punktów procedury (Polityki Bezpieczeństwa GK Comarch) pozostał ten sam: dokumenty te, poza metryczkaniczym się nie różnią (zmiany w stosunku do wersji wcześniejszej

nie dotyczyły informacji prezentowanych w obydwu wyciągach). Ponadto Zamawiający był

w posiadaniu aktualnej procedury (Polityki Bezpieczeństwa) – stąd tym bardziej przedmiotowa omyłka nie miała i nie mogła mieć żadnego merytorycznego znaczenia. Wreszcie – to jak łatwo o omyłkę dowodzi lektura decyzji samego Zamawiającego, który popełnił dwie omyłki w jej treści:

(1) myląc spółki w części uzasadniającej Odtajnienie Wykazu osób, gdyż wskazał, że (str. 5) „W opisanym powyżej stanie faktycznym nie sposób uznać, że to Wykonawca w jakikolwiek sposób wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych w Wykazie osób informacji podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przedstawiając dowody w postaci dokumentów nie dotyczących Wykonawcy, lecz Comarch S.A., Wykonawca pozbawił Zamawiającego możliwości uwzględnienia w przeprowadzonej analizie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów dotyczących Comarch S.A”, podczas gdy winien podać „Comarch Polska S.A.”;

(2) mylnie odnosząc się do zakresu ocenianych i odtajnianych informacji: otóż analizując zastrzeżenie TP dla Wyjaśnień RNC Zamawiający skłonił, że nie pozwalają mu one na weryfikację dla „Wykazu osób”, podczas gdy winien uzasadnić taką konkluzję dla „Wyjaśnień RNC” – zob: str. 11 - „*Z uwagi na powyższe, Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować na podstawie przedstawionego Wyciągu Polityki Bezpieczeństwa czy w rzeczywistości dla Wykazu osób podjęte zostały jakiekolwiek działania mające na celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności*”.

Odwołujący podał, że wskazał na powyższe nie dlatego, by wytykać Zamawiającemu niezachowanie należytej staranności przy decyzji podejmowanej w postępowaniu i jej uzasadnieniu, ale by unaocznic po pierwsze, że omyłki mogą być udziałem każdego oraz to, że do tego rodzaju sytuacji należy podejść w sposób racjonalny, logiczny oraz zgodnie

z obowiązującymi przepisami PZP oraz stosowanego w zakresie nieuregulowanym - KC – które nakazują przy interpretacji oświadczeń uwzględniać szerszy kontekst, w tym już posiadaną wiedzę, wynikająca z innych dokumentów, jak i nakazują Zamawiającemu równe i konkurencyjne prowadzenie postępowania. W sytuacji opisanej wyżej - decyzja o odtajnieniu Wyjaśnień RNC wywodzą z w/w błędu byłaby nieuzasadniona i nieproporcjonalna.

Odwołujący wskazał, że na bazie powyżej obserwacji, tj. o błędnej, nieaktualnej Polityce Bezpieczeństwa załączonej do Uzasadnienia TP – Zamawiający skłonił, że „*Mając jednak na uwadze ustalenia dokonane w zakresie Dowodu nr 2 na gruncie zastrzeżenia Wykazu osób oraz poniżej zaprezentowane argumenty, zaniechanie Wykonawcy w tym zakresie*

pozostaje bez wpływu na ocenę zaistniałego stanu faktycznego".

W tej sytuacji odnośnie pierwszej konkluzji i powołaniu oceny Dowodu nr 2 na potrzeby uzasadnienia tajemnicy Wykazu osób - Odwołujący odsyła do uzasadnienia odwołania zawartego w części dotyczącej Wykazu osób w jakim obnosi się ono do oceny Zamawiającego „Dowodu nr 2”, tj. Polityki Bezpieczeństwa –ponawiając na potrzeby niniejszego zarzutu w całości podaną tam argumentację.

Z kolei odnośnie drugiej konkluzji, tj. „poniżej zaprezentowanych argumentów” Odwołujący wskazał: Argumenty te są tożsame, z tymi, powoływanymi przez Zamawiającego dla odtajnienia informacji z Wykazu osób. Dlatego również i w tym zakresie -z uwagi na przyjętą metodykę uzasadnienia decyzji o odtajnieniu – Odwołujący, by nie powtarzać użytych dla uzasadnienia zarzutu nr 1 argumentów i wyводу – odsyła do nich w tym miejscu, wnosząc

o ich zastosowanie przez Izbę również na potrzeby rozpoznania zarzutu nr 2 odwołania.

Jedyna odmienna okoliczność, to taka, że Zamawiający odnotował, że przy zastrzeżeniu TP Wyjaśnień RNC – Odwołujący nie przedłożył wyciągu ze wzorca umowy o pracę/o współpracę ani wyciągu z Regulaminu pracy. Zamawiający zarzucił, że tym sposobem Odwołujący nie wykazał –faktu, że „*wiedzą na temat tych informacji dysponuje jedynie pewien ograniczony krąg osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie*”. Z takim uzasadnieniem Odwołujący nie zgadza. Powyższa konstatacja – dotyczy wyłącznie rzekomego braku wykazania na potrzeby utajnienia informacji zawartych w Wyjaśnieniach RNC niczego innego – jak „zasady wiedzy uzasadnionej”, czyli ograniczenia dostępu do informacji ściśle ograniczonej grupie osoby i w ściśle określonym celu, tj. wykonywania ich obowiązków służbowych. Zasada ta wynika z pkt 4.3.1. Polityki Bezpieczeństwa GK Comarch – która jest w dyspozycji Zamawiającego i obejmuje wszystkie spółki z GK Comarch (Odwołującego, podmiot trzeci itd.), ponadto punkt ten w obydwu wersjach tej procedury jest identyczny. Już tylko z tego jednego powodu konkluzja zamawiającego jest nieuzasadniona, gdyż akurat ta okoliczność, iż *wiedzą na temat tych informacji dysponuje jedynie pewien ograniczony krąg osób* – została na potrzeby Wyjaśnień RNC wykazana właśnie w/w Polityką. Polityka ta jest również źródłem zobowiązania o nieudostępnianiu informacji skategoryzowanych jako Tajne/Poufne – do Użytku wewnętrznego, gdyż określa ona sposób postępowania z nimi, wprost wskazując, że nie mogą one być udostępnione na zewnątrz (pkt 4.3.5. Polityki – dla Informacji tajnych) i punkt 4.3.8. dla Informacji dla użytku wewnętrznego. Co istotne – Polityka Bezpieczeństwa GK Comarch wprost klasyfikuje dane finansowe jako informacje z kategorii Tajne (zob. pkt 4.3.4. lit a)) – a dokładnie takie informacje zostały utajnione (jako TAJNE) w Wyjaśnieniach RNC, co uzasadnia utajnienie wszelkich danych finansowych zawartych w Wyjaśnieniach RNC, użytych w Tabelach oraz załączonych dowodach do Wyjaśnień RNC. Z kolei pozostały zakres utajnienia (w tym dowody obrazujące wysokość przyjętych rezerw (lit a), informacje dot. płacy zasadniczej brutto członków zespołu (w rozbiciu na elementy) (b), realne umowy o pracę członków zespołu (zanonimizowane) (c), kalkulacje kosztowe w oparciu o realne dane kontrolingowe dla całej GK Comarch (d), sposoby szacowania kosztów (e) oraz sposoby kalkulacji ceny (f oraz h), zasady wyceny IPR (g), jak i realne źródła szacowania pracochłonności oraz ich dobór (i – m), wreszcie dobór i koszt zapewnienia infrastruktury (n) – znajduje oparcie w pkt 4.3.6. i 4.3.7. Polityki bezpieczeństwa – który dotyczy kategorii Informacji Poufnych/do użytku – gdyż są one używane bieżącej działalności organizacji Odwołującego i nie powinny być udostępniane na zewnątrz, do informacji tych żadna osoba spoza organizacji po prostu nie ma dostępu, i bynajmniej nie są to informacje udostępniane, czy też znane ogółowi (kategoria Informacji publicznych – pkt 4.3.9. Polityki). Z tych względów Zamawiający bezpodstawnie odtajnił WSZYTSKIE zastrzeżone informacje, bowiem nie jest prawdą, że Odwołujący nie wykazał w Uzasadnieniu TP Wyjaśnień RNC, iż informacje te są dostępne tylko wąskiej grupie pracowników zobowiązanych do zachowania ich w poufności. Wobec Polityki Bezpieczeństwa, którą dysponuje zamawiający na potrzeby oceny tego Uzasadnienia TP – wnioskowane wyżej przez zamawiającego dodatkowe dokumenty, takie jak „NDA” – byłby nadmiarowe. Zamawiający przecież jest w posiadaniu złożonych

w niniejszym postępowaniu wzorcowych dokumentów pracowniczych, takich jak wzory umów o pracę, wzory umów o współpracę oraz Regulaminu pracy (złożone uprzednio, przy utajnieniu Wykazów osób wyciągi złożone dla Comarch S.A.). Fakt, że obowiązują one jednakowo każdą spółkę z GK Comarch Odwołujący wykazał w pierwszej części odwołania (dla Zarzutu nr 1). Wreszcie – na potrzeby analizy tajemnicy Wyjaśnień RNC:zamawiający jest wszak w posiadaniu umów o pracę, które przedłożono w całości, nie tylko w postaci wyciągu i które (każda z nich) zawierają identyczne zapisy zobowiązujące do przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa pracowników w całej GK Comarch – jak to omówione wcześniej w ramach zarzutu 1 odwołania. Dla Odwołującego wręcz kuriozalne jest twierdzenie, że zamawiający decydując się o odtajnieniu kilkudziesięciu umów o pracę załączonych do Wyjaśnień RNC – nie zapoznał się z ich treścią, czyli z tym co odtajnia.

Zamawiający nie zauważył, że załączone do Wyjaśnień RNC realne umowy o pracę

(nie wyciąg ze wzorca) zawierają zobowiązania każdego pracownika GK Comarch

do zachowania w poufności tajemnicy przedsiębiorstwa pracodawcy i wszystkich spółek z GK oraz do stosowania obowiązujących regulaminów (por. odnośnie § 4 – stosowanie regulaminów, § 6 – tajemnica odnośnie wysokości

wynagrodzenia pracownika, § 12 – ochrona informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa pracodawcy, czy § 13 – rozszerzenie pojęcia pracodawcy na wszystkie spółki z GK Comarch). Jest niezrozumiałe, dlaczego Zamawiający mając je niejako „w ręce” realne dokumenty potwierdzające stosowanie powszechnie w GK Comarch działań zabezpieczających przed wypłynięciem informacji chronionej na zewnątrz - twierdzi, że nie może „zweryfikować”, czy Odwołujący podjął stosowne działania w celu zachowania informacji zastrzeżonych w poufności i utrzymuje, że przedmiotowe umowy o pracę są mu niedostępne.

Odwołujący stoi na stanowisku, że w obliczu dysponowania przez Zamawiającego w ramach Wyjaśnień RNC i Uzasadnienia zastrzeżenia ich tajemnicy: pełnymi umowami o pracę, które stanowią element działań, o jakich mowa w definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dysponując w/w regulaminami (Polityką Bezpieczeństwa oraz Procedurą przygotowywania ofert w APUS) – Zamawiający błędnie ocenił, iż Odwołujący przedmiotowej przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał.

Reasumując - z tych względów nie można uznać za opartego na prawdzie twierdzenia Zamawiającego, iż „Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować na podstawie przedstawionego Wyciągu Polityki Bezpieczeństwa czy w rzeczywistości dla Wykazu osób [powinno być: dla Wyjaśnień RNC – przyp. Odwołującego] podjęte zostały jakiekolwiek działania mające na celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności”. Jak najbardziej jest w stanie zweryfikować. Te działania na potrzeby uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC to: wdrożenie w GK Comarch Polityki Bezpieczeństwa, której aktualną treść zna Zamawiający i która potwierdza zobowiązanie każdego pracownika do zachowania w poufności zastrzeżonych w Wyjaśnieniach RNC informacji. Kolejne działanie to wdrożenie Procedury składania ofert – którą również zna zamawiający – która zobowiązuje pracowników sektora APUS składających oferty do zastrzegania

w ofertach/dokumentach składanych w przetargach informacji podlegających utajnieniu – zgodnie z Polityką Bezpieczeństwa, a fakt że tego dokonano (krok 13 Procedury) wynika właśnie z dokonanego zastrzeżenia. Kolejne działania to umowy o pracę których treść zna Zamawiający (zarówno w postaci wyciągów, jak i w całości) – jednolicie stosowane na identycznych wzorcach w całej GK Comarch, w tym u Odwołującego – które nakładają na każdego pracownika stosowne obowiązki (przestrzegania regulaminów pracodawcy i spółek z GK Comarch oraz zachowania informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa pracodawcy i innych spółek GK Comarch w poufności.

Odwołujący wskazał również:

- Zamawiający odtajniasz umowy o pracę złożone przy Wyjaśnieniach RNC (kilkadziesiąt umów) doprowadzi do ujawnienia bezpośrednio stawek, jakie Comarch płaci dla specjalistów na danym stanowisku, co nie może być informacją udostępnioną na rynku, gdyż każdy

z pracowników indywidualnie negocjuje swoje wynagrodzenia, a wiedza o tym mogłaby negatywnie wpłynąć na zasób kadrowy Wykonawcy Odwołującego i jego podwykonawcy (Comarch S.A.), w tym zaburzać lub utrudniać rekrutację. Co więcej – poznanie stawek obowiązujących dla danego stanowiska w GK Comarch może przyczynić się do decyzji konkurencji o próbie przejęcia pracowników, co w sytuacji braku wiedzy o tych stawkach jest utrudnione.

- uzasadnienie jakie przedstawił zamawiający dla odtajnienia Wyjaśnień RNC stanowi kompilację uzasadnienia (sposprzeżeń i ocen) jaką zawarł dla odtajnienia imion i nazwisk

z Wykazu osób. Zamawiający nie zaprezentował innych podstaw swej decyzji – w związku

z czym Odwołujący wnosi jak w petitum odwołania i uzasadnia jak wyżej – powołując argumentację zawartą dla Zarzutu 1 odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że w odniesieniu do obu odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań..

Izba ustaliła, że zostały wypełnione – przez każdego w odwołujących - łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z

załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu każdego z odwołań pism jakie zostały złożone w sprawie:

- pismo Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2025 roku do sprawy sygn. akt KIO 4878/24 „Odpowiedź na odwołanie” – zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości,
- pismo Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2025 roku do sprawy sygn. akt KIO 4914/24 „Odpowiedź na odwołanie” – zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości,
- pismo Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 4914/24, z dnia 21 stycznia 2025 roku.

II. W zakresie podnoszonych przez Odwołujących naruszeń:

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
- art. 18 ust. 2 ustawy - Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
- art. 18 ust. 3 ustawy - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w .

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 13 maja 2022 r. :

- art. 11 ust. 2 - 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.

III. W zakresie rozpoznania obu odwołań tj. sygn. akt 4878/24 oraz sygn. akt KIO 4914/24 Izba stwierdziła:

Izba na wstępie wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez zamawiającego w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące zamawiającego oraz odwołujących. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają

te czynności zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika

z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzą strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania. Po stronie odwołującego pozostaje określany ustawą obowiązek dowodowy. Podkreślenia wymaga, że w zakresie zarzutów odnoszących się

do naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy ustawodawca nie wprowadza, jak to ma miejsce w przypadku zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, odwróconego ciężaru dowodu na etapie postępowania odwoławczego.

W zakresie rozpoznania zarzutów Izba podaje, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania. Ustawodawca dopuścił jednakże prawo wykonawcy do nie ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca

nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Izba wskazuje,

że w piśmiennictwie podnosi się, że „tajemnica przedsiębiorstwa nie stanowi wyłomu

w zasadzie jawności, gdyż nie jest częścią procedury o udzielenie zamówienia publicznego, ale uprawnieniem uczestników postępowania, wynikającym z konstytucyjnych zasad, w tym prawa do własności (art. 64 Konstytucji RP) i

zasady społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji RP)." (W. Chwastyk, *Z problematyki tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie Prawa zamówień publicznych*, Kwartalnik PZP, nr 3(78)/2023, str. 132 i nast.)

Wymaga podkreślenia, że walor informacji jakie są zastrzegane z uwagi na ich charakter ma lub może mieć dla danego podmiotu wartość, której czasami nawet nie sposób określić kwotowo.

Niemniej jeżeli wykonawca decyduje się na objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinien poczynić wszystko czego wymagają regulacje prawne, aby

ta ochrona była skuteczna. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy.

Wymaga w tym miejscu podkreślenia, że na podstawie powyższego przepisu kształtowany jest pierwotny obowiązek wykonawcy, stanowiący przesłankę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tj. wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – co stanowi osobną przesłankę udzielenia ochrony prawnej wykonawcy, a która to przesłanka nie jest określona przez art. 11 ust. 2 ustawy uznk. Dodatkowo również na wykonawcy ciąży określony art. 18 ust. 3 ustawy obowiązek zastrzeżenia, że informacje te nie mogą być udostępniane.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym zostaje zakreślony krąg informacji jakie skutecznie wykonawca może objąć zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wymaga wskazania, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru bezwzględnego. Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa, określona w ww. przepisie, wskazuje, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione

do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa bądź też inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Izba podkreśla, że w wyroku TSUE C-54/21 z dnia 17 listopada 2022 roku Trybunał zwrócił uwagę, kolejny raz, że cel przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych polega

na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz, że aby możliwe było zrealizowanie powyższego celu ważne jest aby zamawiający nie ujawniali informacji związanych

z postępowaniem, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji w tym postępowaniu, bądź w późniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

(punkt 49 wyroku - *Trybunał wielokrotnie orzekł, że podstawowy cel przepisów Unii*

w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz że aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź

to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ze względu na to, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierają się na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, ci ostatni powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach takiego postępowania bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym wykonawcom szkodę (wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34-36; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 115)).

Trybunał wskazywał również na znaczenie zasady stosunku zaufania wykonawca – zamawiający, co ma gwarantować zamawiającym przekazywanie informacji, a jednocześnie ochronę wykonawcy. Trybunał wskazał na art. 18 dyrektywy 20014/24 oraz podał,

że niezależnie od obowiązku działania w sposób przejrzysty, zgodnie z art. 21 ust. 1 dyrektywy zamawiający nie może ujawniać informacji przekazanych przez wykonawcę

i oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Trybunał podał, że zamawiający

nie przekazuje informacji oznaczonych jako poufne przez wykonawcę; w szczególności tajemnic handlowych lub technicznych oraz poufnych aspektów oferty. Wymaga zaznaczenia, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2024 roku sygn. akt KIO 4173/24, że zgodnie ze stanowiskiem Trybunału regulacja art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 referuje do informacji określonych w art. 50 i 55 dyrektywy 2014/24 mających skutek bezpośredni. Jednocześnie zaznacza, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odpowiada co do istoty definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (ue)2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego

know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem z dnia 8 czerwca 2016 r.). Podaje również, że z celu dyrektywy 2014/24 oraz jej brzmienia nie wynika, aby państwa członkowskie nie mogły posłużyć się takim pojęciem w celu wyznaczenia zakresu art. 21 ust. 1 dyrektywy. Jednakże pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” z art. 2 ust. 1 dyrektywy 2016/943 – tym samym polskiej ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – jedynie częściowo pokrywa z się z określeniem „informacji przekazanych (...) jako poufne” z art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24, gdzie podano „między innymi tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert”. Rzecznik Generalny w opinii z dnia 12 maja 2022 roku podał, że ochrona nie jest ograniczona do tajemnic technicznych i handlowych, lecz obejmuje również poufne aspekty ofert.

Trybunał wyjaśnił już, że przepisy dotyczące bezprawnego pozyskiwania, wykorzystywania

i ujawniania tajemnic przedsiębiorstwa w rozumieniu dyrektywy 2016/943 nie zwalniają organów publicznych z obowiązku zachowania poufności, jaki może wynikać z dyrektywy 2014/24 (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaiḗdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 97, 99).

Z orzeczenia Trybunału płyną następujące wnioski, a mianowicie podkreślenie przez Trybunał celu przepisów europejskich w zamówieniach publicznych tj. niezakłócania konkurencji. Bardzo istotnym natomiast jest wskazanie przez Trybunał na „zasadę ochrony informacji poufnych” – co oznacza, że ochrona informacji nie stanowi wyjątku od zasady jawności postępowania lecz stanowi osobną samoistną zasadę, która stanowi element samoistny dla oceny dokumentów w postępowaniu o zamówienie. Trybunał również uznał, że choć możliwe jest określenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez zastosowanie definicji

z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odpowiadającej co do istoty definicji z art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 czemu nie sprzeciwi się art. 21 dyrektywy 2014/24 oraz jej treść i cel, to takie określenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” jedynie częściowo pokrywa się z pojęciem „informacje poufne” z art. 21 dyrektywy 2014/24. Wynika z tego, że art. 18 ust. 3 ustawy nie obejmuje pełnym zakresem informacji jakie zgodnie z art. 21 dyrektywy 2014/24 w ramach prawa europejskiego podlegają ochronie co do „informacji poufnych”, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, a co za tym idzie w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze treść obowiązującego art. 18 ust. 3 ustawy wskazać należy, że ukształtowany jest po stronie wykonawcy, w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych dokumentów, obowiązek polegający na wykazaniu przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym zakresie istotnym jest wskazanie zawarte w treści przepisu tj. „wykazanie” przez wykonawcę, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby nie sposób utożsamiać pojęcia „wykazanie” z pojęciem „udowodnienie”. Izba zaznacza, że w obrębie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych znajdują się przepisy, w których jednoznacznie ustawodawca nakłada obowiązek „udowodnienia” (tak: art. 85 ust. 2 ustawy, art. 101 ust.6 ustawy, art. 104 ust. 5 ustawy, art. 105 ust. 4 ustawy, art. 114 ustawy, art. 400 ust. 4 i 5 ustawy). Tym samym nie sposób nadawać różnym zwrotom użytym przez ustawodawcę w jednej ustawie tego samego znaczenia (wykładnia synonimiczna),

w konsekwencji nie można różnym zwrotom nadawać tego samego znaczenia (wykładnia homonimiczna). Dlatego też, w przypadkach, gdy ustawodawca nie wprowadza obowiązku udowodnienia w danym przepisie (tu w art. 18 ust. 3 ustawy), a jednocześnie w innym przepisie wymaga udowodnienia, to jednoznacznie zostają te stany prawne rozdzielone. Tym samym nie może być mowy o „udowodnieniu” w zakresie art. 18 ust. 3 ustawy, bowiem gdybyśmy przyjęli takie rozumienie pojęcia „wykazanie”, to byłoby ono sprzeczne z zasadami wykładni w zakresie pojęć ustawy Prawo zamówień publicznych. Wprowadzona reguła związana z obowiązkiem ujawnienia przez zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa – również w przypadkach, gdy faktycznie jest to tajemnica przedsiębiorstwa, a gdy ta nie została wykazana przez wykonawcę – ma w zasadzie charakter techniczny.

Tym samym niezbędnym jest ustalenie jak rozumieć pojęcie „wykazanie” użyte przez ustawodawcę, a stanowiące podstawę oceny poczynionego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z brakiem definicji legalnej (dyrektywa języka prawnego) oraz brakiem jednoznacznej wykładni tego pojęcia na kanwie orzeczniczej i doktrynalnej, gdzie prezentowane są różne stanowiska (definicji języka prawniczego) odnieść należy się do wykładni językowej pojęcia „wykazanie”. W ocenie Izby uzasadnia

to również zasada wyartykułowana ww. orzeczeniu Trybunału tj. zasada stosunku zaufania wykonawca – zamawiający, co ma gwarantować zamawiającym przekazywanie informacji,

a jednocześnie ochronę wykonawcy, wzmocniona celem przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych polegających na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji. Podkreśla również przyjęcie językowego znaczenia pojęcia „wykazanie” z art. 18 ust. 3 ustawy wskazana przez Trybunał „zasada ochrony informacji poufnych” oznaczająca, że ochrona informacji nie stanowi wyjątku od zasady jawności postępowania lecz stanowi osobną samoistną zasadę,

która stanowi element samoistny dla oceny dokumentów

w postępowaniu o zamówienie. W ocenie Izby wzmacnia powyższe również to, że w ramach regulacji ustawowej nie zostały w żaden sposób, choćby przykładowo, podane jakiekolwiek sposoby „wykazania” przez odniesienie się np.: do składanych dokumentów, które by pozwalały i uzasadniały wykładnie tego pojęcie przez odniesienie się do „uprawdopodobnienia”. Takich wymagań co do sposobu wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa nie przedstawia również art. 11 ust. 2 uznk i nie sposób wywieść je na podstawie tego przepisu. Tym samym wszelkie działania podejmowane przez dany podmiot zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa polegające na przedstawianiu określonych dokumentów stanowią dopełnienie jego oświadczenia zawartego w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwoływanie się do „rygoryzmu dowodowego” jako elementu wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach ustawy. Wymaga podkreślenia, że w ramach postępowania o zamówienia oraz postępowania odwoławczego utrwalona jest wynikająca z orzecznictwa i mająca oparcie w doktrynie zasada, że w przypadkach niejasnych rozwiązuje się problem na korzyść wykonawcy, w ocenie Izby pomocniczo i dopełniającą można stosować ją również w przypadku braku zdefiniowanych pojęć i oceny dokonywanej na ich podstawie. Mając powyższe na uwadze, nie sposób uznać, że „wykazanie” należy tłumaczyć przez pryzmat „uprawdopodobnienia”. Podkreślić należy, że ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych posługuje się „uprawdopodobnieniem” (tak: 491 ust. 3 ustawy, 526 ust. 2 ustawy, 539 ust. 7 ustawy, 585 ust. 2 ustawy oraz art. 578 ust. 2 ustawy), tym samym skoro w ramach jednego aktu prawnego posłużono się tym określeniem, to nie sposób nadawać tego samego znaczenia różny zwrotom użytym w ramach jednej ustawy (wykładnia synonimiczna). Nie sposób w tym przypadku nadawać „wykazaniu” takiego samego znaczenia jak należy nadać „uprawdopodobnieniu”. Racjonalny ustawowa w ramach jednego aktu prawnego posłużyłby się w art. 18 ust. 3 ustawy pojęciem „uprawdopodobnienie”, gdyby faktycznie chciał zastosować to pojęcie w ramach tej regulacji - tego nie uczynił.

W wyroku TSUE C-54/21 zwrócono uwagę na konieczność wykazania, że informacje jakie zastrzega wykonawca mają charakter poufny, a instytucja (zamawiający) nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy o poufności przekazanych informacji.

Co w obliczu treści art. 18 ust. 3 ustawy znajduje również odzwierciedlenie. Zgodnie

ze Słownikiem Języka Polskiego „wykazać” to «uzewnętrznic coś», «ujawnić istnienie czegoś», «przedstawić coś w sposób przekonujący». W ramach „wykazania” na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy wydaje się za zasadne przyjęcie każdego z tych znaczeń łącznie.

W efekcie po stronie wykonawcy kształtowany jest szeroki obowiązek czynności jakie musi podjąć, aby zadość uczynić obowiązkowi „wykazania”, przy czym sam sposób realizacji tego obowiązku pozostaje po stronie wykonawcy oraz nie należy go utożsamiać z udowodnieniem lub uprawdopodobnieniem.

Mając powyższe na uwadze nie sposób zgodzić się z twierdzeniami o obowiązku udowodnienia lub uprawdopodobnienia przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek wykazania, a sposób realizacji tego wykazania pozostaje po stronie wykonawcy. Wymaga jednakże podkreślenia, że w żadnej mierze w tym zakresie nie ma odwołania do prowadzenia postępowania dowodowego. Nie ma również ustalonych w ramach przepisów granic wykazywania danych informacji składanymi dokumentami, ustawodawca nie określa w jakim zakresie muszą one być składane, w jakich niezbędnych zakresach i dla katalogu jakich danych. Ta kwestia nie została w żaden sposób uregulowana, dlatego też nie sposób twierdzić, że w ramach „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca musi posługiwać się określonymi dokumentami, grupą dokumentów czy też dodatkowymi nieprzedstawionymi dokumentacją wraz z zastrzeżeniem dlatego tylko, że tak uważa zamawiający.

Zamawiający w prezentowanych stanowiskach uzasadniających odtajnienie informacji przedstawionych przez obu wykonawców odwoływał się do orzecznictwa, zgodnie z którym w zakresie podjętych niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.) wymaga przedstawiania dowodów przez wykonawcę. Jednocześnie w sposób bardzo liberalny, a wręcz uzasadniający podstawy nieprzedstawiania dowodów, podchodzi się

w orzecznictwie do kwestii związanych z nieujawnieniem informacji do publicznej wiadomości czy też w zakresie specjalistycznych informacji wynikających z przesłanek art. 11 ust. 2 uznk. Wręcz uzasadnia się w tych orzeczeniach brak przedstawiania takich dokumentów (dowodów) trudnością w ich pozyskaniu czy też przeprowadzeniu dowodu. Izba podkreśla w tym miejscu, że ustawodawca nie przewidział dla wykazania z art. 18 ust. 3 ustawy żadnych obowiązków dowodowych, bowiem ani nie nakazuje wykonawcy udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ani uprawdopodobnienia tego faktu.

Wartym jest odnotowania w tym miejscu również to, że zgodnie z ustawą Kodeks postępowania cywilnego istnieje rozróżnienie pomiędzy dowodem a uprawdopodobnieniem (art. 243 KPC), a wynika to z tego, że ilekroć ustawa

przewiduje uprawdopodobnienie

nie jest konieczne zachowywanie przepisów o postępowaniu dowodowym. Ma to takie znaczenie, że regulacja ta w sposób jednoznaczny unaocznia, że w przypadku dowiedzenia

i uprawdopodobnienia mamy do czynienia z rozróżnieniem prowadzenia postępowania dowodowego, gdzie w przypadku uprawdopodobnienia dochodzi do „złagodzenia formalnych środków dowodowych”. W przypadku przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych –

co wykazano powyżej – ustawodawca posługuje się zarówno obowiązkiem udowodnienia jak

i uprawdopodobnienia, jednakże nie czyni tego w zakresie regulacji art. 18 ust. 3 ustawy. Tym samym w zakresie „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie ma mowy, w sposób analogiczny do przepisów KPC, o prowadzeniu postępowania dowodowego czy też posłużenia się złagodzonymi środkami dowodowymi uwiarygadniającymi, że dany stan faktyczny istnieje. W ocenie Izby na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy nie można stwierdzić istnienia obowiązku dowodowego w zakresie dowiedzenia czy uprawdopodobnienia. Wymaganie od wykonawców przedstawiania dowodów jest działaniem nadmiarowym, nie wynikającym z przepisów tym bardziej, że na podstawie orzeczeń do jakich referował zamawiający obowiązek ten wydaje się być akcentowany

w odniesieniu do tych elementów wyjaśnień, w zakresie których orzekający uznaje

za możliwe do pozyskania określone dokumenty, w pozostałych zakresach „zwalnia się” wykonawcę z tego obowiązku. Zatem w konsekwencji nasuwa się pytanie o granice wymagalności takich dokumentów; w jakim zakresie przedmiotowym i w jakiej „ilości”

te dokumenty powinny być składane, aby zadowolili zamawiającego, a następnie orzekających. Można by postawić pytanie dlaczego uznaje się, że dane zakresy informacji czy w odniesieniu do danych przesłanek wynikający z art. 11 ust. 2 uznk powinny być dowodzone, a inne nie, albo nie muszą być dowodzone, bo pozyskanie dokumentów jest trudne, a przeprowadzenie dowodu, nawet o słabszym charakterze, może być utrudnione (dowód przeciwny). W ocenie Izby wszelkie te działania nie znajdują uzasadnienia

w obowiązujących regulacjach prawnych, a ustawodawca nie określił żadnego obowiązku dowodowego. Izba również dostrzega, że w szeregu orzeczeń podnosi się,

że nie ma obowiązku dowodowego, ale jednocześnie prowadzi się ocenę wykazania,

że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa właśnie w pryzmacie składanych dowodów.

Wymaga zaznaczenia również, że co do zasady uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa winno być jawne, aby możliwa było zapoznanie się w tym dokumentem przez szerszy krąg podmiotów niż tylko zamawiający. Potwierdza to stanowisko wyrażone

w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

i Zamówień Publicznych z dnia 15 lutego 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 129/22.

IV. W sprawie sygn. akt KIO 4878/24

Izba ustaliła, że dniu 13 grudnia 2024 roku znamawiający przesłał odwołującemu informację o odtajnieniu złożonych przez odwołującego wraz z ofertą:

– „Wykaz osób – pozacenowe kryteria oceny ofert” (Formularz 2.3) (zwany dalej: Wykazem osób), tj. informacji o imionach i nazwiskach osób skierowanych

do realizacji zamówienia publicznego,

– „Uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych we wskazanych częściach oferty” (zwane dalej: Uzasadnienie TP) złożone wraz

z Wykazem osób, tj. informacji zawartych w oznaczonych przez Wykonawcę fragmentach Uzasadnienia TP dla Wykazu osób;

(dokumenty przedstawione przy zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wskazane przez odwołującego w odwołaniu:

a) Wyciąg z umowy o pracę z pracownikami i osobami współpracującymi – zawierający klauzulę poufności w umowach (Załącznik nr 1 – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA);

b) Wzór oświadczenia o zachowaniu poufności - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA;

c) Certyfikowany System Zarządzania ISO/IEC 27001:2013 (Załącznik nr 2),

d) Certyfikowany System Zarządzania ISO 22301:2019 (Załącznik nr 3)).

oraz złożonych w dniu 22 października 2024 w ramach odpowiedzi na Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny:

– Wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych

w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 22.10.2024 (zwanymi dalej: *Wyjaśnieniami RNQ*), które zostały złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.10.2024, znak: CIRF.DZ1.272.27.2024.IATS.49, tj. informacji zawartych

w oznaczonych przez Wykonawcę fragmentach Wyjaśnień RNC,

–Załączników do Wyjaśnień RNC:

- a) Załącznik nr 1 - Zestawienie kosztów i kalkulacja ceny oferty w zakresie poszczególnych Zadań Rozwoju Zdefiniowanego – tajemnica przedsiębiorstwa;
- b) Załącznik nr 2 - Kalkulacja średniego miesięcznego kosztu jednego specjalisty z uwzględnieniem narzutów oraz stawki za 1 osobodzień – tajemnica przedsiębiorstwa;
- c) Załącznik nr 3a - Kalkulacja średniego miesięcznego wynagrodzenia stałego dla specjalistów na podstawie umów o pracę i współpracy B2B – tajemnica przedsiębiorstwa;
- d) Załącznik nr 3b - Zanonimizowane wyciągi z umów o pracę oraz umów o współpracy B2B – tajemnica przedsiębiorstwa;
- e) Załącznik nr 4a - Informacja dotycząca składników kosztowych (narzutów) dla UoP – tajemnica przedsiębiorstwa;
- f) Załącznik nr 4b - Informacja dotycząca składników kosztowych (narzutów) dla B2B – tajemnica przedsiębiorstwa;
- g) Załącznik nr 7 - Wyciąg z Zakładowej Umowy Emerytalnej wraz z Aneks nr 1 (PPE) – tajemnica przedsiębiorstwa;
- h) Załącznik nr 8 - Wyciąg z umowy z bankiem oraz potwierdzenia transakcji zapłaty – tajemnica przedsiębiorstwa;
- i) Załącznik nr 9b - Uzasadnienie zastrzeżenia części informacji zawartych w wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa - tajemnica przedsiębiorstwa.

(dokumenty przedstawione przy zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedstawione przez odwołującego w odwołaniu:

- a) Załącznik nr 3a – Zanonimizowane wyciągi z umów o pracę oraz umów o współpracy B2B, gdzie znajdują się w nich klauzule poufności – Dowód nr 1;*
- b) Certyfikat ISO/IEC 27001:2013 potwierdzający, że istnieje u Wykonawcy System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji – Dowód nr 2.)*

Izba, mając na uwadze całą argumentację prawną poczynioną powyżej (punkt III uzasadnienia wyroku), którą w tym miejscu przywołuje uznała, że działanie zamawiającego polegające na odtajnieniu informacji i dokumentów, o których mowa w piśmie z dnia 13 grudnia 2024 roku jest niezasadne.

Izba stwierdza, że podnoszona argumentacja przez zamawiającego - a odnosząca się do braku możliwości weryfikacji skuteczności działań, których zaistnienie wykonawca jedynie deklaruje w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z powodu braku jakichkolwiek materiałów źródłowych, na podstawie których zamawiający mógłby uznać za wykazaną okoliczność, że wykonawca przedsięwziął odpowiednie kroki ku temu, aby chronić informacje deklarowane w Wykazie osób jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również, w stosunku do zastrzeżonych w Wyjaśnieniach RNC i Załącznikach do nich - nie znajduje uzasadnienia.

Izba podnosi w pierwszej kolejności i podkreśla, że zamawiający nie odnosi się do samego oświadczenia wykonawcy złożonego zamawiającemu, w każdym przypadku tj. w odniesieniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w Wykazie osób oraz Wyjaśnieniach RNC. Tym samym, treść przedstawionego oświadczenia wykonawcy nie jest dla zamawiającego problematyczna, a co za tym idzie zamawiający przyjął poczynione przez wykonawcę wykazanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ww. zakresie informacji na poziomie złożonego oświadczenia. Izba w tym miejscu zwraca uwagę na wyrok Sądu Okręgowego

w Warszawie z dnia 21 marca 2023 roku sygn. akt XXIII Zs 19/23, który wskazuje w swoim stanowisku, że uzasadnienie zastrzeżenia przekazanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację. Tym samym, przedstawione dokumenty wraz

z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa (oświadczenie wykonawcy), można oceniać pozytywnie jako przejaw uwiarygodnienia informacji, stanowiący działanie wykonawcy

o podwyższonej staranności. Jednocześnie, nie ma żadnej podstawy, aby w przypadku, gdy zamawiający ocenia dokument jako nieprzydatny lub w przypadku braku, w ocenie zamawiającego, złożenia jakiegoś (nieokreślonego) dokumentu, wyciągać

w stosunku do wykonawcy tak dalece idące w skutkach czynności, tym bardziej,

że jak wskazała Izba powyżej nie ma żadnej podstawy do żądania od wykonawców składania jakichkolwiek dokumentów wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli nie ma podstawy do składania jakichkolwiek dokumentów, to również, w przypadku ich złożenia i oceny zamawiającego nie mogą one być jedyną podstawą negatywnej oceny działania wykonawcy. Przy tej konstrukcji przepisów ustawy ocena dokumentów załączonych do złożonego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zmienia oceny samego przedstawionego zastrzeżenia - oświadczenia wykonawcy. Izba podkreśla, że zamawiający odnosił się do braku materiałów źródłowych, które pozwoliłyby mu uznać za wykazaną okoliczność, że odwołujący poczynił kroki aby chronić informacje wskazane w Wykazie osób jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednoznacznie odnosi się zamawiający do załączonych dokumentów i wyjaśnia, że ocena tych „dowodów” doprowadziła do oceny, że nie została spełniona przesłanka, że informacje chronione nie zostały ujawnione

do wiadomości publicznej. Zamawiający natomiast w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego twierdzi, że nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy i nie wyjaśnia, dlaczego jedynie w oparciu o oświadczenie wykonawcy, jak wskazywał Sąd Okręgowy, nie dokonał oceny. Jednocześnie, na poziomie postępowania odwoławczego, w żaden sposób zamawiający nie dowodzi, że te informacje zostały w jakikolwiek sposób ujawnione albo, że nie zostały prawidłowo zabezpieczone. Wymaga podkreślenia, że zamawiający nie jest zwolniony z obowiązku dowodowego na poziomie odwoławczym, natomiast ustawa nie przewiduje w tym zakresie odwróconego dowodu (jak ma to miejsce przy ocenie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny).

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że to zamawiający przesądza, czy dane informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. To nie zamawiający przesądza czy dane informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający jedynie weryfikuje wykazanie tej tajemnicy. Utrwalone jest w doktrynie i orzecznictwie, że nie charakter danej informacji przesądza o jej ochronie, ale wykazanie przez wykonawcę, że przesłanki ochrony poufności jaką objął daną informację są spełnione. Wydaje się, że jest to podstawowe niezrozumienie problematyki przez zamawiającego, a które właśnie może być przyczynkiem do tak dokonywanej oceny złożonych wyjaśnień przez wykonawcę.

Załączenie przez wykonawcę dokumentów do przedstawionego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (oświadczenia wykonawcy) należy oceniać jak działanie o podwyższonej staranności. Izba zaznacza, że nie ma żadnych wytycznych jaki zakres dokumentów mógłby składać wykonawca, jak również nie ma żadnego ustawowego uzasadnienia, że „wykazanie” oznacza, że takowe dokumenty muszą zostać złożone.

Należy wskazać, że dobór dokumentów na poparcie swoich twierdzeń to domena wykonawcy, który zastrzega dane informacje tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że ani przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ani przepisu ustawy o zwalczaniu konkurencji i konsumentów, nie dość, że nie zawierają wskazania na przedstawianie dokumentów (dowiedzenie czy uprawdopodobnienie), nie zawierają żadnego wskazania w jaki sposób owo wykazanie ma nastąpić. Nie ma więc mowy o istnieniu żadnego katalogu dokumentów, czy też zakresu informacji w nich ujętych (udostępnionych) jakie wykonawca miałby składać wraz z zastrzeżeniami tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do dokumentów przedstawionych przez odwołującego Izba wskazuje, że wykonawca złożył dokumenty i dochował podwyższonej staranności, choć co należy podkreślić przepisy w żaden sposób nie nakładają na wykonawcę obowiązku dowodzenia czy uprawdopodobniania. W odniesieniu do przedstawionej zanonimizowanej umowy o pracę zawierającej klauzulę stosowaną w umowach o pracę i o współpracy B2B oraz Wzór oświadczenia o zachowaniu poufności, a także zanonimizowanych umów o pracę oraz o współpracę B2B przy zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień RNC Izba wskazuje, że zamawiający uzyskał informację w zakresie obowiązków pracowniczych i zakresie klauzul poufności. Fakt zanonimizowania umów nie zmienia tego, że miał możliwość zapoznania się z tymi klauzulami, co istotne w faktycznie stosowanych umowach. Słusznie wskazał odwołujący, że znajomość nazwisk z umów w żaden sposób nie przyczyniłaby się do stwierdzenia przez zamawiającego, kto przygotował ofertę albo wyjaśnienia RNC, bowiem żaden z dokumentów nie posiada autora, a podpisany jest przez osobę upoważnioną do reprezentacji. Takie działanie zamawiającego raczej prowadzi do kontroli realizacji danych zasad przyjętych u wykonawcy, a nie oceny stosowanych rozwiązań mających zapobiegać ujawnieniu informacji jakim nadało się charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie stwierdza nielogicznego działania wykonawcy tym bardziej, że klauzula poufności o jakiej mowa została zamawiającemu przedstawiona. Zamawiający chciałaby chyba weryfikować krąg osób realizujących czynności przygotowania oferty i dlatego też chciałby poznać te nazwiska, ale w ocenie Izby wykracza to znacznie poza zakres wykazania się wykonawcy, że podejmuje czynności mające na celu ochronę informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do Certyfikatu ISO przedstawionego przez odwołującego – Certyfikowany System Zarządzania ISO/IEC 27001:2013 dotyczący zarządzania bezpieczeństwem informacji. Zgodzić się należy z zamawiającym, że sam certyfikat nie „udowadnia” jakie odwołujący podjął działania w celu utrzymania konkretnych informacji w poufności, ale tylko dlatego w ocenie Izby, że wykonawca nie ma obowiązku niczego udowadniać zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej ocena czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym odnosi się do tej czynności jaka była podjęta przez zamawiającego, natomiast stanowisko z pisma procesowe zamawiającego, w odniesieniu do Certyfikatu ISO jest znacząco szersze w swej argumentacji, niż informacja z pisma z dnia 13 grudnia 2024 roku. Izba podziela stanowisko odwołującego zwarte w odwołaniu, a

odnoszące się do tego, że nie wiadomo jakiego dokumentu w zasadzie oczekiwałby zamawiający, skoro w ocenie zamawiającego wdrożenie normy ISO nie przesądza, że w stosunku do wyjaśnień RNC zastosowano jakąkolwiek procedurę. Zamawiający dezawuuje znaczenie posiadanego przez odwołującego Certyfikatu, przy czym w żaden sposób nie wskazuje jakimi działaniami powinien być się wykazać wykonawca. W ocenie Izby zamawiający tego nie wskazuje, bo w zasadzie nie ma pomysłu na to co by to mogło być obok Certyfikatu ISO, a po drugie w ocenie Izby zamawiający ma świadomość tego, że w zasadzie wykonawca nie ma obowiązku przedstawiać żadnych dokumentów, bowiem wykazanie działań do zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa może ograniczyć się do złożonego oświadczenia wykonawcy. Izba zaznacza w tym miejscu, że w piśmie z dnia 13 grudnia 2024 roku nie był kwestionowany zakres Certyfikatu.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała unieważnienie czynności zamawiającego polegające na odtajnieniu informacji i dokumentów, o których mowa w piśmie z dnia 13 grudnia 2024 roku.

V. W sprawie sygn. akt KIO 4914/24

W zakresie zarzutów odwołania (zarzutu 1 i zarzutu 2) Izba ustaliła:

Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- „WYKAZ OSÓB – POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERT” (Formularz 2.3.), tj. informacje o imionach i nazwiskach osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego oraz ich doświadczeniu w projektach niepublicznych oraz
- „OŚWIADCZENIE O ZASTRZEŻENIU TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA” złożone wraz z Wykazem osi informacji zawartych w oznaczonych przez Wykonawcę fragmentach Uzasadnienia TP dla Wykazu osób oraz załączniki.

Zgodnie z jawną treścią odwołania odwołujący wskazał następujące załączniki:

- 1) Wyciąg z dokumentu *Procedura BDS-O-01 Przygotowanie oferty (Wersja 1.2)* – Dowód nr 1;
- 2) Wyciąg z dokumentu *Polityka Bezpieczeństwa Grupy Comarch (Wersja 4.46, ważna od 13.05.2024 r.)* – Dowód nr 2;
- 3) Wyciąg z *Regulaminu pracy pracowników Comarch S.A.*;
- 4) Wyciąg z umowy o świadczenie usług stosowanego przez Comarch S.A.;
- 5) Wyciąg ze wzoru umowy o pracę stosowanego przez Comarch S.A.)

- WYKAZ OSÓB SKIEROWANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ DO REALIZACJI ZAMÓWIENIA” (Formularz tajemnica przedsiębiorstwa - informacje o imionach i nazwiskach osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego (18 stycznia 2024 roku) wraz z Wykazem przekazane uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dowody,
- Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (14 października 2024 roku) wraz z zastrzeżeniem i uzasadnieniem zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa do tych wyjaśnień RNC.

Wykonawca podła, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje zawarte w:

- 1) *Fragmentach pisma („Wyjaśnienia RNC”) zaznaczone kolorem czerwonym*
- 2) *Tabele zawarte w Wyjaśnieniach RNC – w całości*
- 3) *załączniki do Wyjaśnień RNC będące dowodami (w całości) – za wyjątkiem tych opisanych jako JAWNE*

Załączył do zastrzeżenia i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

- Wyciąg z dokumentu *Procedura BDS-O-01 Przygotowanie oferty, Wersja 1.2*
- Wyciąg z dokumentu *Polityka Bezpieczeństwa Grupy Comarch (Wersja 4.36, ważna od 29.06.2020)*

przedstawiano również dokumenty przy wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w części stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym wskazane informacje o załączonych do Wyjaśnień RNC dokumentach przez zamawiającego w Odpowiedzi na odwołanie (jawny dokument).

Odwołujący w odwołaniu (jawny dokument) podał, jak również podał tą informację w Odpowiedzi na odwołanie (jawny dokument) zamawiający, że w ramach załączonych do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień zostały złożone:

- Wyciąg z *Regulaminu pracy pracowników Comarch S.A.*;
- Wyciąg z umowy o świadczenie usług stosowanego przez Comarch S.A.;
- Wyciąg ze wzoru umowy o pracę stosowanego przez Comarch S.A.)

Zamawiający czynnością z dnia 11 grudnia 2024r. zdecydował o odtajnieniu tychże ww. informacji. Zamawiający uznał, że Wykonawca w żaden sposób nie udowodnił,

że zastrzeżone informacje podlegają ochronie, w konsekwencji, Zamawiający nie uznał spełnienia jednej z przesłanek ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 poz. 1233, ze zm.), tj. że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania

w celu utrzymania ich w poufności.

Izba, mając na uwadze całą argumentację prawną poczynioną powyżej (punkt III uzasadnienia wyroku), którą w tym miejscu przywołuje, uznała że działanie zamawiającego polegające na odtajnieniu informacji i dokumentów, o których mowa w piśmie z dnia 11 grudnia 2024 roku jest niezasadne.

W odniesieniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do Wykazu osób: Wykaz osób na potrzeby punktacji w kryterium pozacenowym (Formularz 2.3) , Wykaz osób na potwierdzenie warunku (Formularz 3.7) - **zarzut 1** - Izba wskazuje w pierwszej kolejności,

w odniesieniu do przedstawionych dokumentów dotyczących spółki Comarch S.A. (odwołujący Comarch Polska S.A.) tj.

a) Wyciąg z Regulaminu pracy pracowników Comarch S.A.; b) Wyciąg z umowy o świadczenie usług stosowanego przez Comarch S.A.; c) Wyciąg ze wzoru umowy o pracę stosowanego przez Comarch S.A. – że nie zostały one

uwzględnione przy ocenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez zamawiającego, co jednoznacznie wynika z pisma z dnia 11 grudnia 2024 roku. Co do oceny zamawiającego w zakresie nieuwzględniania tych dokumentów w ramach oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba podziela stanowisko zamawiającego, ale tylko w tym zakresie. Stwierdzić należy, że nie jest rolą zamawiającego wyinterpretowanie informacji

i poszukiwanie uzasadnienia dla przyjęcia danego dokumentu, który nie stanowi dokumentu pochodzącego od odwołującego. Argumentacja odwołującego z odwołania, może nie tyle jest spóźniona, jak twierdzi zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie, ale zwyczajnie nie została przedstawiona przez odwołującego na etapie składania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co oznacza, że nie można brać jej pod uwagę na żadnym innym etapie, czyli na etapie oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Brak jest jakiegokolwiek odniesienia przez wykonawcę w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, w odniesieniu

do Wykazów osób do ustandaryzowania dokumentów w całej grupie kapitałowej Comarch,

a w efekcie nie było żadnego odniesienia do tego, że treści umów są tożsame w każdej

ze spółek. Izba stwierdza, że zasadnie pominął zamawiający te dokumenty przy ocenie wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże w ocenie Izby wnioski jakie wyciągnął są niezasadne. W ocenie Izby wymaga podkreślenia, że zamawiający nie odnosi się do samego oświadczenia wykonawcy złożonego zamawiającemu w ramach oświadczenia składanego zamawiającemu w dokumentach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw dla Wykazów osób. Tym samym, treść przedstawionego oświadczenia wykonawcy nie jest dla zamawiającego problematyczna, a co za tym idzie zamawiający przyjął wykazanie przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie złożonego oświadczenia. Izba podkreśla w tym miejscu, że dokonuje oceny czynności zamawiającego z dnia 11 grudnia 2024 roku. Izba w tym miejscu zwraca uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 marca 2023 roku sygn. akt XXIII Zs 19/23, który wskazuje w swoim stanowisku, że uzasadnienie zastrzeżenia przekazanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację. Tym samym przedstawione dokumenty wraz

z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa (oświadczenie wykonawcy), można oceniać pozytywnie jako działanie o podwyższonej staranności wykonawcy. Jednocześnie, nie ma żadnej podstawy, aby w przypadku, gdy zamawiający ocenia dokument jako nieprzydatny lub w przypadku braku, w ocenie zamawiającego, złożenia jakiegoś (nieokreślonego) dokumentu, wyciągać w stosunku do wykonawcy tak dalece idące w skutkach czynności, tym bardziej, że jak wskazała Izba powyżej, nie ma żadnej podstawy do żądania od wykonawców składania jakichkolwiek dokumentów wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli nie ma podstawy do żądania jakichkolwiek dokumentów,

to również, w przypadku ich złożenia i oceny zamawiającego nie mogą one być jedyną podstawą negatywnej oceny działania wykonawcy w odniesieniu do wykazania przesłanek jakie warunkują utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa. Przy tej konstrukcji przepisów ustawy ocena dokumentów załączonych do złożonego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zmienia oceny samego przedstawionego zastrzeżenia - oświadczenia wykonawcy. Zamawiający w piśmie z dnia 11 grudnia 2024 roku podał, że nie może zidentyfikować, wobec braku tych dokumentów pochodzących od odwołującego,

czy odwołujący stosuje w stosunku do zastrzeżonych informacji środki ochrony informacji, które przywołuje w Uzasadnieniu TP dla Wykazu osób, tj.: (str. 6 – oznaczanie od a do c - pisma z dnia 11 grudnia 2024 roku). Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny,

że środki o jakich mowa, a które stosuje odwołujący, zamawiający uznaje za poprawne

i spełniające wymagania określonej przesłanki utrzymania informacji w poufności. Problem jaki zaznacza, to ich identyfikacja w dokumentach, które nie zostały załączone

do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw. Jednocześnie zamawiający w żaden sposób nie uzasadnia dlaczego nie może polegać jedynie na oświadczeniu wykonawcy w celu wykazania przesłanki z uznk, do której referuje w swoim stanowisku. Wymaga podkreślenia, że przytoczony powyżej wyrok Sądu Okręgowego jednoznacznie przesądza, że

składane dokumenty stanowią jedynie przejaw uwiarygodnienia w odniesieniu do oświadczenia jakie przedstawia wykonawca. Wymaga podkreślenia, o czym szeroko mowa w punkcie III uzasadnienia wyroku, że wykazanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do przesłanek jakie muszą zostać ujęte nie ma mowy, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy,

o udowodnieniu czy też uprawdopodobnieniu. Dlatego też niewątpliwie Sąd Okręgowy ww. orzeczeniu uznał za prawidłowe wykazanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o oświadczenie wykonawcy.

W odniesieniu do przedstawionych dokumentów: 1) Wyciągu z dokumentu Procedura BDS-O-01 Przygotowanie oferty (Wersja 1.2), b) Wyciągu z dokumentu Polityka Bezpieczeństwa Grupy Comarch (Wersja 4.46, ważna od 13.05.2024 r.) zamawiający poddał je badaniu

i stwierdził, że z dokumentów tych nie wynikają działania jakie wykonawca artykułuje

w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Potwierdza to jednoznacznie, że ponownie zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje oświadczenia wykonawcy

co do podejmowanych działań w celu utrzymania i zachowania poufności informacji, które

to w odniesieniu do utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności podał również

w piśmie z dnia 11 grudnia 2024 roku (str. 6 – oznaczanie od 1) do 3) - pisma

z dnia 11 grudnia 2024 roku).

Jednocześnie zaznacza zamawiający, że w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy Wykazu osób odwołujący przedstawił sposób funkcjonowania Polityki bezpieczeństwa

(str. 6 – oznaczanie a - pisma z dnia 11 grudnia 2024 roku), jak również, wskazał

na Procedurę przygotowania oferty (str. 7 – pierwszy akapit pisma z dnia 11 grudnia 2024 roku). W żaden sposób natomiast nie wyjaśnia zamawiający dlaczego wykonawca miałby przedstawiać oświadczenia o zapoznaniu się z ww. dokumentem oraz o odbytych szkoleniach. Nie jest rolą zamawiającego kontrolowanie realizacji czynności wynikających z danych polityk przez kontrolę oświadczeń w zakresie zapoznania się z dokumentami czy też odbyciu szkoleń.

W ocenie Izby takie wskazanie zamawiającego w sposób jednoznaczny obrazuje,

że szerokie, w żaden sposób nieuprawnione na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy odwoływanie się do obowiązku dowodzenia prowadzi do wypaczenia sytuacji wykazania spełnienia przesłanek warunkujących skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wydaje się, że zamawiający bezrefleksyjnie oczekuje przedstawiania dokumentów, które

w zasadzie mają w takim rozumieniu wymiar nieskończony, bowiem zawsze może się okazać, że zamawiający uzna, że jeszcze „coś” w jego ocenie powinno być udowodnione

i w zakresie czego wymagany jest określony dokument. Przy czym należy podkreślić,

że na podstawie obowiązujących przepisów wykonawca nie musi ani udowodnić, ani uprawdopodobnić podejmowanych czynności w celu utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Ma wykazać, że takie działania przewidział w ramach swojej firmy, a sposób tego wykazania pozostaje po stronie wykonawcy.

Za niezasadne Izba uznała również stanowisko zamawiającego odnoszące się do braku przedstawienia „dowodów” na potwierdzenie zaistnienia okoliczności wskazanych na stronie 6 pisma z dnia 11 grudnia 2024 roku (litera c). Izba ponownie wskazuje, że co do samego przedstawionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wskazania podjętych działań przez wykonawcę w celu ochrony informacji, zamawiający nie neguje tych czynności. Brak możliwości zweryfikowania w oparciu o ten dokument oświadczonej przez wykonawcę czynności nie stanowi w ocenie Izby podstawy do negatywnej oceny samych podejmowanych działań, jakie wykonawca oświadczył, czego też nie zanegował zamawiający. Podkreślić ponownie należy, tak jak miało to miejsce w zakresie powyżej omówionych dokumentów, jak również wskazane w części III uzasadnienia wyroku, oraz co wynika

z wyroku Sądu Okręgowego przytoczonego powyżej, że przedstawienie dokumentu nie jest konieczne dla oceny zastosowanych rozwiązań w celu utrzymania poufności informacji.

Tym samym brak przedstawienia dokumentu, lub dokumentu, który nie zawiera odniesienia do informacji jakie zawiera wykonawca w złożonym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa (oświadczeniu) nie uzasadnia w żadnym stopniu negatywnej oceny złożonych zastrzeżeń

w ramach wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba zaznacza w tym miejscu,

że zamawiający nie kwestionuje przedstawionych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podejmowanych czynności w celu zachowania poufności informacji,

a jedynie podnosi brak możliwości ich weryfikacji na podstawie dokumentów oraz wskazuje na wymagania złożenia dokumentów jakie nie płyną z obowiązujących przepisów.

W zakresie wyodrębnionym przez odwołującego w odwołaniu, a odnoszącym się

do „informacji o doświadczeniu osób w projektach niepublicznych” należy zaznaczyć istotną informację, a mianowicie, odniesienie to zgodnie z twierdzeniami odwołującego dotyczy jedynie Wykazu osób na potrzeby punktacji w kryterium pozacenowym (Formularz 2.3). Mając na uwadze, że nie przedstawił zamawiający żadnej dodatkowej informacji w powyższym zakresie (co podnosił również odwołujący), a jaka miałaby uzasadniać stwierdzenie braku wykazania przesłanki odnoszącej się do wykazania działań utrzymania poufności tych informacji, Izba stwierdza, że i w tym zakresie nie stwierdzono braku wykazania tejże przesłanki. W tym zakresie w całości pozostaje argumentacja wyrażona powyżej.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut 1 odwołania w zakresie naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy za zasadny.

Izba stwierdza, że w żaden sposób odwołujący nie wykazał naruszenia podnoszonej zasady z art. 16 pkt 1 ustawy, zgodnie z którą, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nie wyjaśnił, w ocenie Izby, na czym miałyby polegać naruszenie tych zasad w kontekście podnoszonego naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy.

W odniesieniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu

do wszystkich informacji zastrzeżonych w ramach złożonych przez wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny (RNC) -

zarzut 2 – Izba zaznacza i podkreśla, że podobnie jak miło

to miejsce w przypadku dokonywanej przez zamawiającego oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie Wykazu usług nie kwestionuje on samego oświadczenia wykonawcy dotyczącego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw zawartego

w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wskazuje treści w odniesieniu

do działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności (str. 9 pisma z dnia 11 grudnia 2024 roku).

Załączone zostały przez odwołującego (wskazane również w odwołaniu) dokumenty: Wyciąg z dokumentu Procedura BDS-O-01 Przygotowanie oferty (Wersja 1.2) oraz Wyciągu

z dokumentu Polityka Bezpieczeństwa Grupy Comarch (Wersja 4.36, ważna od 29.06.2020 r.). Izba w odniesieniu do stanowiska zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 11 grudnia 2024 roku, mając na uwadze przytoczone treści z tego pisma w treści odwołania wskazuje, że w odniesieniu do Procedury przygotowania oferty zamawiający nie kwestionuje samej procedury w Kroku 13 i jej skuteczności w zakresie utrzymywania w tajemnicy informacji poufnych, a przedstawia uzasadnienie, który ponownie – jak powyżej w zarzucie 1 – zmierza do żądania od wykonawcy kolejnych dokumentów – dowodów potwierdzających udział chociażby jednego członka zespołu upoważnionych pracowników Comarch, który dokonywał analizy dokumentów oraz sporządzał uzasadnienie zastrzeżenia, o którym mowa w Kroku 13 procedury. Zamawiający dalej mnoży ilość wymaganych dokumentów - dowodów, oświadczeń osób, wymagając od wykonawcy, że ten miał złożyć oświadczenie zobowiązujące do stosowania ww. procedur chociażby jednej osoby, która brała udział w przygotowaniu oferty. Izba podnosi, że przewrotnie można by powiedzieć, że dla czego jednej osoby, a nie wszystkich? Dlaczego złożenie oświadczenia jednej osoby miałyby dowodzić stosowania określonych procedur przez wykonawcę, a nie wykazuje tego

w sposób wystarczający oświadczenie wykonawcy, osoby uprawnionej do występowania

w imieniu całej spółki, złożone w oświadczeniu o wykazaniu zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odniesieniu do sporządzenia uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia z Kroku 13 procedury, ponownie zamawiający wymaga złożenia dokumentu - dowodu, ale słusznie w ocenie Izby podniósł odwołujący w odwołaniu, że z przedstawionych dokumentów nie wynika, że to uzasadnienie ma być pisemne. W zasadzie zamawiający oczekuje przygotowania określonych dokumentów i złożenia określonych dowodów, których wykonawca w ramach własnych procedur nie wytwarza i co należy podkreślić, nie ma żadnego obowiązku ich wytwarzania. Powyższe ponownie obrazuje w sposób bardzo jaskrawy absurdalność dokonanych ocen przez zamawiającego oraz artykułowanych wymagań. W zasadzie zamawiający swoimi niczym nieuzasadnionymi oczekiwaniami chciałaby, po pierwsze, nakazać wykonawcy jak ma prowadzić własną firmę, a pod drugie wyciąga wnioski w skutkach dla wykonawcy drastycznych, a które to wnioski nie znajdują żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach. Izba podziela stanowisko odwołującego, że właśnie fragmentaryczne przedstawianie procedur oraz zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w Kroku 13 potwierdzają faktycznie ochronę swoich informacji oraz faktyczne zastosowanie procedury w ramach przedmiotowego postępowania.

Podkreślić należy, że przy takim sposobie rozumienia przepisów jak prezentuje zamawiający zawsze wykonawca może czegoś nie złożyć, zawsze zamawiający będzie oczekiwał dodatkowych dowodów i zawsze może twierdzić, że wykonawca nie udowodnił czegoś

co oświadczył w złożonym uzasadnieniu – przy czym taki obowiązek udowodnienia jak również uprawdopodobnienia nie wynika z obowiązujących przepisów. Wykonawca

nie ma obowiązku ani udowodnić ani uprawdopodobnić stanowiska zaprezentowanego

w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca ma wykazać, że podjął działania w celu

utrzymania poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa,

a samo wykazanie może stanowić oświadczenie tego wykonawcy, które podlega ocenie. Podkreślić ponownie należy, o czym mowa powyżej przy rozpoznaniu zarzutu 1 oraz jak zostało również wskazane w części III uzasadnienia wyroku, a także co wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 marca 2023 roku sygn. akt XXIII Zs 19/23, że uzasadnienie zastrzeżenia przekazanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację,

to w konsekwencji prowadzi do wniosku, że przedstawienie dokumentu nie jest konieczne dla oceny zastosowanych rozwiązań w celu utrzymania poufności informacji.

W odniesieniu do dokumentu Polityka Bezpieczeństwa Grupy Comarch (Wersja 4.36, ważna od 29.06.2020 r.). Izba stwierdza, że ocena dokonana przez zamawiającego, a wskazująca na nieaktualność tego dokumentu była prawidłowa. Skoro sam wykonawca składa nieaktualny dokument, takim się posługuje, to nie sposób w ogóle uwzględnić ten dokument w ramach prowadzonej oceny. Przy czym za niezasadną Izba uznaje stanowisko zamawiającego odnoszące się do oceny Polityka Bezpieczeństwa Grupy Comarch (Wersja 4.46, ważna od 13.05.2024 r.) – czyli złożonej wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionym dla Wykazów osób! Jest to działanie nader zaskakujące, że tak dowolnie i swobodnie zamawiający uznaje, że dany dokument bez wiedzy wykonawcy można „przesunąć”, a co ważniejsze na jego podstawie dokonać oceny w skutkach tak negatywnej dla wykonawcy. To nie rolą zamawiającego jest ustalanie jakie dokumenty przy jakich oświadczeniach należy ująć, o tym decyduje wykonawca. Zamawiający nie ma natomiast żadnego prawa do uwzględniania jakichkolwiek samodzielnych przesunięć. Mając to na uwadze w całości za bezzasadną ocenia Izba argumentację odwołującego opartą

na przyjętym samodzielnie przez zamawiającego dokumencie. W tym miejscu pozostaje niezmiennie aktualne stanowisko Izby wyrażone powyżej, a odnoszące się do tego,

że w ramach oceny wykazania spełnienia przesłanek utrzymania w tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie chronionych informacji kluczowym dla oceny jest oświadczenie wykonawcy wyrażone w zastrzeżeniu (Uzasadnieniu) tajemnicy przedsiębiorstwa, którego

w ramach tej oceny zamawiający nie kwestionuje. Tym samym wtórnym dla oceny jest brak przedstawienia aktualnej Polityka Bezpieczeństwa Grupy Comarch.

Izba zaznacza również w tym miejscu, że w ramach wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC wykonawca przedstawił również inne dokumenty, co wynika z akt postępowania o zamówienie.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut 1 odwołania w zakresie naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy za zasadny.

Izba stwierdza, że w żaden sposób odwołujący nie wykazał naruszenia podnoszonej zasady z art. 16 pkt 1 ustawy, zgodnie z którą, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nie wyjaśnił, w ocenie Izby, na czym miałyby polegać naruszenie tych zasad w kontekście podnoszonego naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy.

W odniesieniu do rozpoznania zarzutu 1 i 2 odwołania Izba uznała za zasadne uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia

11 grudnia 2024 roku, tj. czynności zamawiającego polegające na odtajnieniu informacji

i dokumentów, o których mowa w piśmie z dnia 11 grudnia 2024 roku.

V.

Izba podkreśla, w tym miejscu w odniesieniu do obu odwołań, przywołując argumentację przedstawioną w części III uzasadnienia odwołania, że w żaden sposób nie jest uprawnione zrównywanie „wykazania” z udowodnieniem czy też uprawdopodobnieniem. Wskazać należy w tym miejscu, że zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie przedmiotu nie ma jednolitości w zakresie prowadzonych wykładni w odniesieniu do art. 18 ust. 3 ustawy. Począwszy od tego, że nie ma jednolitości co do tego, czy „wykazanie” należy rozumieć jako udowodnienie, gdzie wykonawca ma dowieść określonych okoliczności, czy też wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie danych okoliczności. W doktrynie podnosi się zazwyczaj,

że oczekiwanym byłoby chociażby wymaganie od wykonawcy uprawdopodobnienia zaistnienia przesłanek utrzymania w tajemnicy przedsiębiorstwa informacji jakie wykonawca chroni, ale to wymaga bezwzględnej zmiany obowiązującego przepisu art. 18 ust. 3 ustawy. Tym samym wymaganie od wykonawcy udowodnienia czy też uprawdopodobnienia jest w żaden sposób niezasadne, bowiem wykonawca obowiązany jest tylko i aż do wykazania spełnienia przesłanek. Nie sposób zgodzić się z orzeczeniami, które nakładają na wykonawcę obowiązek udowodnienia zasinienia określonych przesłanek (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XXIII Zs 24/23), bowiem przy braku wymagania ustawowego w zakresie udowodnienia – gdzie jednoznacznie i innych przepisach ustawodawca posługuje się w ramach jednego aktu prawnego wymaganiem udowodnienia – takie działanie jest zwyczajnie nadmiarowe. Jednocześnie należy postawić pytanie, czy dopuszczalnym jest w ramach interpretacji przepisu dokonanej na etapie orzekania poczynienie tak szerokiej wykładni, która zmusza wykonawców do udawadniania czy też uprawdopodobniania określonych informacji,

gdyż przepis wymaga jedynie „wykazania”. Przecież gdyby ustawodawca zakładał obowiązek udowodnienia czy też uprawdopodobnienia, to niewątpliwie posłużyłby się takim określeniem w ramach art. 18 ust. 3 ustawy, tak jak to uczynił w innych przepisach ustawy. W orzecznictwie dość często używa się określenia, że obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie

i oświadczenie w zakresie podjętych działań – ale nie sposób odnaleźć jakkolwiek analizę uzasadniającą następcze przyjęcie, że wyjaśnienie to co najmniej uprawdopodobnienie albo i dowiedzenie. Natomiast przyjmowanie *a priori* stanowiska w zakresie rozumienia „wykazania” jako udowodnienia lub uprawdopodobnienia należy uznać za co najmniej niezasadne. Pomijane jest w orzecznictwie stanowisko płynące z wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które podkreślają cel przepisów europejskich

w zamówieniach publicznych tj. niezakłócania konkurencji. Jak również odniesienie

do zasady stosunku zaufania wykonawcy – zamawiający oraz zasady ochrony informacji poufnych. Wydaje się również pomijane są przepisy prawa karnego, które niewątpliwie

i w zakresie składanego przez wykonawcę oświadczenia w publicznym zamówieniu znajduje uzasadnienie ich stosowanie w okolicznościach tego wymagających.

VI. Koszty:

Izba uwzględniła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 4878/24 oraz uwzględniła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 4914/24.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 oraz § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca:
