

Sygn. akt: KIO 7/25

WYROK

Warszawa, dnia 7 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy TAMESHI INVESTMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu w pkt II. ppkt 1) lit. a,
2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie cofniętego zarzutu odwołania w pkt II. ppkt 1) lit. c,
3. uwzględnia odwołanie w pkt II. ppkt 1) lit. b, i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, po uprzednim odtajnieniu: Załącznika nr 6 do SWZ - wykazu usług w zakresie doświadczenia i podmiotów co do których w odpowiednich oświadczeniach nie zawarto wprost klauzul poufności, i oświadczeń – dokumentów niezawierających wprost w swej treści klauzul poufności,
4. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawy (Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa) na rzecz wykonawcy Linux Polska sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 100, 00-807 Warszawa) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 7/25

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej „ustawy Pzp”, pn.: „Udostępnienie Zamawiającemu Systemu EZD-RP w chmurze publicznej w modelu Saas wraz z jego utrzymaniem”, numer referencyjny: ZP/EM/271/III 194/24.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 listopada 2024 r. za numerem Dz.U. S: 214/2024- 668742.

2 stycznia 2025 r. odwołanie (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wniósł odwołujący Linux Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 100, 00-807 Warszawa.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego:

1) czynności wyboru oferty wykonawcy TAMESHI INVESTMENT Sp. z o.o., ul. Henryka Sienkiewicza 59, 90-009 Łódź (dalej jako: „TAMESHI”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) zaniechania odtajnienia następujących dokumentów:

- a) Wykaz osób wraz z Wykazem dodatkowego doświadczenia,
- b) Zał. nr 6 do SWZ - wykaz usług (tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług BP(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług TMPL(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług PB(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług TUI(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług Stokrotka(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf,
- c) JEDZ – wersja niejawna

złożonych przez wykonawcę TAMESHI w postępowaniu oraz zaniechania udostępnienia ich odwołującemu, pomimo, że poufność tych dokumentów nie została zastrzeżona w sposób skuteczny przez tego wykonawcę. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie

art. 554 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane odwołaniem.

W związku z powyższym, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 18 ust. 1-3, art. 74 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK”)

w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez: zaniechanie odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego Odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę TAMESHI:

a) Wykaz osób wraz z Wykazem doświadczenia przeznaczonych do realizacji projektu („Wykaz dodatkowego doświadczenia”),

b) Zał. nr 6 do SWZ

- wykaz usług (tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług BP(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług TMPL(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług PB(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług TUI(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług Stokrotka(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf,

c) JEDZ – wersja niejawna,

podczas gdy z treści złożonych przez wykonawcę TAMESHI Uzasadnień zastrzeżenia poufności tych dokumentów wynika, że: wykonawca TAMESHI nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK, w związku z czym informacje zawarte w ww. dokumentach nie zostały zastrzeżone jako poufne w sposób skuteczny, co doprowadziło do naruszenia zasady jawności postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i bezzasadnie uniemożliwia odwołującemu dokonanie weryfikacji poprawności oceny oferty wykonawcy TAMESHI dokonanej przez zamawiającego pod kątem przyznania ilości punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert Doświadczenie osób wskazanych do realizacji zamówienia oraz pod kątem wykazania przez wykonawcę TAMESHI spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Stawiając powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy TAMESHI jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,

3) odtajnienia i udostępnienia odwołującemu następujących dokumentów złożonych przez wykonawcę TAMESHI:

a) Wykaz osób wraz z Wykazem doświadczenia przeznaczonych do realizacji projektu,

- b) Zał. nr 6 do SWZ - wykaz usług (tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług BP(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług TMPL(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług PB(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług TUI(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług Stokrotka(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf,

c) JEDZ – wersja niejawna.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie.

Zamawiający 7 stycznia 2025 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem strony postępowania) wezwał wraz kopią odwołania uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) 10 stycznia 2025 r. wykonawca TAMESHI INVESTMENT sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 59, 90-009 Łódź. W zgłoszeniu przystąpienia wykonawca wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu a i c ze względu na jego spóźniony charakter, oraz o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu b, przedstawiając stanowisko w sprawie.

13 stycznia 2025 r. pismo procesowe drogą elektroniczną złożył odwołujący, w którym przedstawił replikę w zakresie okoliczności, wniosków podniesionych przez przystępującego w piśmie z dnia 10 stycznia 2025 r. i podtrzymał wniosek o uwzględnienie odwołania w całości.

24 stycznia 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie drogą elektroniczną, w której wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu a oraz zarzutu c, ewentualnie oddalenie odwołania w zakresie zarzutu a oraz zarzutu c i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, przedstawiając stanowisko w sprawie.

5 lutego 2025 r. odpowiednio na posiedzeniu i rozprawie, w szczególności:

- 1) odwołujący wycofał w części odwołanie, to jest w zakresie zarzutu w pkt II. ppkt 1) lit. c co do naruszenia przez zamawiającego zarzucanych przepisów prawa poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia przez zamawiającego odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę TAMESHI: JEDZ – wersja niejawna, podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie niewycofanego zarzutu, złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i fakturę na kwotę 3 690 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika do kwoty zakreślonej odpowiednim rozporządzeniem;
- 2) zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie, złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i fakturę na kwotę 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) przystępujący poparł stanowisko zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, od odwołania uiszczono wpis, odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania w całości. Izba natomiast, biorąc pod uwagę, że zamawiający na wniosek odwołującego udostępnił mu 22 listopada 2024 r. część jawną oferty przystępującego wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do części oferty pn. „Informacje stanowiące tajemnicę”, postanowiła o odrzuceniu odwołania w części, to jest w zakresie zarzutu w pkt II. ppkt 1) lit. a) na podstawie art. 528 pkt 3 w związku z art. 515

ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Skoro zamawiający udostępnił odwołującemu 22 listopada 2024 r. część jawną oferty przystępującego wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i nie udostępnił części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa - Wykazu osób wraz z Wykazem doświadczenia przeznaczonych do realizacji projektu, załączonych do oferty przystępującego, to odwołujący od zaniechania odtajnienia spornych dokumentów winien był złożyć odwołanie w terminie, jak stanowi art. 515

ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp: „10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;”.

Tymczasem odwołujący odwołanie w zakresie zarzutu w pkt II. ppkt 1) lit. a) złożył dopiero

2 stycznia 2025 r., a zatem po upływie terminu określonego w ustawie. Izba stwierdzając wniesienie zarzutu w pkt II. ppkt 1) lit. a) odwołania po upływie terminu ustawowego, odrzuciła ten zarzut. Izba nie przyjęła za trafne twierdzenie odwołującego, że dopiero wraz z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący powziął bądź mógł powziąć informację

o utajeniu dokumentów Wykazu osób wraz z Wykazem doświadczenia przeznaczonych

do realizacji projektu. Powyższe nie wynika z samej wiadomości zamawiającego w odpowiedzi na kolejny wniosek odwołującego z 27 grudnia 2024 r. o udostępnienie dokumentów przystępującego, czemu także przeczył zamawiający.

Odwołujący nie zaprzeczył

na posiedzeniu w sprawie, że dokumenty Wykaz osób wraz z Wykazem doświadczenia przeznaczonych do realizacji

projektu stanowiły załączniki do oferty, a 22 listopada 2024 r. zamawiający udostępnił jawną część oferty i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na wniosek odwołującego z 21 listopada 2024 r. o udostępnienie oferty przystępującego. Następnie po wezwaniu przystępującego w procedurze odwróconej w późniejszym terminie przystępujący uzupełnił wykazy usług. Odwołujący chciał, aby termin odwołania biegł od odpowiedzi zamawiającego na wniosek z 27 grudnia 2024 r.

o udostępnienie dokumentów przystępującego. W ocenie izby, wobec powyżej przywołanych okoliczności stanu faktycznego, przedstawiony przez odwołującego sposób liczenia terminu odwołania i argumentacja odwołującego nie mogła zostać przez izbę zaaprobowana.

Do postępowania odwoławczego zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie, zgłosił skuteczne przystąpienie TAMESHI INVESTMENT sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 59, 90-009 Łódź.

Izba, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez zamawiającego, a także zawnioskowane w toku postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu sprawy izba wzięła pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego przystępującego (zgłoszenia przystąpienia) i odwołującego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

W pierwszej kolejności izba odnosi się do odpowiedzi zamawiającego w przedmiocie możliwości kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej przez odwołującego

po ewentualnym odtajnieniu dokumentów przystępującego z uwagi na niesformułowanie zarzutu odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty. Izba zauważa, jak także zauważył sam zamawiający na posiedzeniu w sprawie, że w treści odwołania odwołujący wprost wskazał,

że odwołanie jest wnoszone wobec czynności wyboru oferty przystępującego. Następnie zauważenia wymaga, że odwołujący w odwołaniu wniósł w szczególności o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy TAMESHI jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zdaniem izby samo nieuwzględnienie w części II. odwołania zarzutu w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje, że ewentualne uwzględnienie odwołania nie będzie miało istotnego wpływu na wynik postępowania. W ocenie izby uwzględnienie odwołania prowadzi do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert po uprzednim udostępnieniu odtajnionych dokumentów, a następnie do powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący będzie mógł sformułować ewentualne zarzuty co do spełniania warunków zamówienia przez ofertę przystępującego po ujawnieniu odtajnionych dokumentów, z którymi wówczas będzie mógł się zapoznać. Tak więc w ocenie izby, naruszenie zarzucanych zamawiającemu przepisów, ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba na skutek oświadczenia odwołującego, złożonego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w dniu 5 lutego 2025 r. o wycofaniu odwołania w części, to jest w zakresie zarzutu w pkt II. ppkt 1) lit. c (co do JEDZ – wersja niejawna), umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie, biorąc za podstawę art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania niewycofanego zarzutu w pkt II. ppkt 1) lit. b), stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:

W piśmie z 18 grudnia 2024 r. przystępujący oświadczył:

„Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako uznk), wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać zastrzeżone jako takie przez Wykonawcę. W niniejszym piśmie przedstawiamy uzasadnienie zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Na gruncie obecnie obowiązującego art. 11 ust. 2 uznk ochronie podlega każda informacja bez względu na jej charakter, a więc informacja handlowa, techniczna, technologiczna lub organizacyjna. Wszelkie dokumenty, które zebraliśmy, są jednocześnie celem potwierdzenia realizacji zleceń oraz środkiem do ich rozliczeń. Niniejszym zastrzegamy następujące dokumenty przesłane do Zamawiającego w dniu 18 grudnia 2024:

- Zał. nr 6 do SWZ - wykaz usług (tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług BP (tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług TMPL (tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług PB (tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług TUI (tajemnica przedsiębiorstwa).pdf
- Oświadczenie wykaz usług Stokrotka (tajemnica przedsiębiorstwa).pdf

Informacje, które zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, mają charakter techniczny, organizacyjny i posiadający wartość gospodarczą. Informacje te jako całość lub

w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Nie są one również łatwo dostępne dla takich osób. Jesteśmy uprawnieni do korzystania z tych informacji oraz rozporządzania nimi. W celu zachowania ich poufności, podejmujemy odpowiednie działania, zgodnie z najwyższymi standardami staranności. Wszelkie zebrane dokumenty są objęte klauzulą poufności, wynikającą z umów zawartych z naszymi kontrahentami, w tym umów NDA (Non-Disclosure Agreement). Poufność dokumentów zastrzeżona jest zarówno z naszej strony, jak i ze strony naszych kontrahentów. Otrzymując od nich informacje poufne zobowiązani jesteśmy

do zachowania ich w tajemnicy oraz do zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony.

W związku z powyższym dokumenty te są dostępne jedynie dla bardzo ograniczonej liczby osób, które są związane umowami NDA, również po zakończeniu współpracy. Po zakończeniu prac, dokumenty te są przechowywane w ściśle kontrolowanych warunkach, zapewniając dostęp tylko dla osób posiadających odpowiednie uprawnienia. Dokumenty nie są udostępniane powszechnie, w tym nie są udostępniane w obszarze danych wewnętrznej sieci komputerowej, do której dostęp mają wszyscy pracownicy. Zostało zapewnione, aby dostęp do dokumentów posiadały tylko wybrane osoby. Dokumenty przekazywane są jedynie pomiędzy tymi osobami. Poza faktem objęcia zastrzeżonych informacji obowiązkiem zachowania poufności, stanowią one o przewadze konkurencyjnej i stanowią o jej wartości gospodarczej. Udostępnienie tych informacji mogłoby wpłynąć na utratę tej przewagi, a tym samym na pogorszenie sytuacji rynkowej przedsiębiorstwa. Fakt współpracy z konkretnym kontrahentem oraz warunki tej współpracy, które zostały wypracowane przez wiele lat prowadzonej działalności, mogłyby zostać wykorzystane w celu przejęcia aktualnych naszych klientów, co stanowiłoby istotną szkodę finansową. Jak jednoznacznie podkreślił Trybunał

w sprawie C-450/06 „podstawowy cel przepisów wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich

na niezakłóconą konkurencję (...). Aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ponadto zarówno ze względu na swój charakter, jak i zgodnie z systemem regulacji wspólnotowych w omawianej dziedzinie postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych oparte są na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a uczestniczącymi w nich podmiotami gospodarczymi. Podmioty te powinny móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzecznym podmiotom szkody.”Zastrzeżone dokumenty obejmują informacje, które nie są powszechnie dostępne

i odzwierciedlają działalność wykonawcy od strony organizacyjnej. Organizacja sposobu realizacji usługi wpływa na osiąganie wysokiego poziomu efektywności, a przede wszystkim wysokich parametrów realizowanych na rzecz klientów zadań. Dzięki temu oferta nasza jest wybierana przez klientów, a firma może uzyskiwać odpowiedni poziom zysków. Ujawnienie tych danych mogłoby skutkować „skopiowaniem” sposobu realizacji przez inne podmioty,

a w kontekście oferowanych przez nas cen, zaoferować ceny niższe. Uwzględnić bowiem należy, że w toku prowadzonej działalności wypracowaliśmy sposób działania i ponieśliśmy koszty związane z jego wypracowaniem. Podmiot konkurencyjny uzyskując zastrzeżone przez nas dane, uzyskałby je w sposób bezkosztowy. Tym samym to Tameshi poniosłoby koszty wypracowania metod realizacji usługi, z których korzystaliby inni wykonawcy. Takie działanie byłoby sprzeczne z zasadami zachowania uczciwej konkurencji i promowało podmioty działające wbrew tej zasadzie. Podsumowując, zebrane i zastrzeżone przez nas informacje mają istotne znaczenie gospodarcze i są chronione zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz umowami poufności. Z tego względu, wnosimy o uznanie ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”.

Na podstawie ustawy Pzp:

1)art. 16 pkt 1:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;”;

2)art. 18 ust. 1-3:

„1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), 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.”;

3)art. 74 ust. 1:

„1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.”.

Na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233): „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.”.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), izba stwierdziła:

Sporne w sprawie było czy przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spełnił ustawowe przesłanki skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności jeśli chodzi o zachowanie ich w poufności. Zdaniem odwołującego brak dowodów do uzasadnienia świadczy o niespełnieniu wymogu wykazania zachowania informacji w poufności.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1-3, art. 74 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK”) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez: zaniechanie odtajnienia i udostępnienia przez zamawiającego odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę TAMESHI: b) Zał. nr 6 do SWZ - wykaz usług (tajemnica przedsiębiorstwa).pdf - Oświadczenie wykaz usług BP(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf - Oświadczenie wykaz usług TMPL(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf - Oświadczenie wykaz usług PB(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf - Oświadczenie wykaz usług TUI(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf - Oświadczenie wykaz usług Stokrotka(tajemnica przedsiębiorstwa).pdf,

- izba uznała ten zarzut za zasadny.

Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał:

„(...) 8. Analizując treść uzasadnień utajnienia przedstawionych przez wykonawcę TAMESHI nie sposób uznać, by wykonawca ten skutecznie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK.(...) ”

17. W uzasadnieniu utajnienia Usług wykonawca TAMESHI wskazuje zaś, że Fakt współpracy z konkretnym kontrahentem oraz warunki tej współpracy, które zostały wypracowane przez wiele lat prowadzonej działalności, mogłyby zostać wykorzystane w celu przejęcia aktualnych naszych klientów, co stanowiłoby istotną szkodę finansową.

18. Odwołujący pragnie zauważyć, że same nazwy plików nazwane „oświadczeniami” wskazują na rzecz jakiego podmiotu wykonawca TAMESHI realizował zamówienia (TUI, Stokrotka, TMPL – TMobile Polska, BP), nazwa kontrahent nie jest zatem żadną tajemnicą dla wykonawcy TAMESHI, skoro już w samym uzasadnieniu ją udostępniła. Ponadto, realizacje wskazane w Wykazie usług i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie dotyczą konkretnych informacji związanych z danym zamówieniem, a nie wbrew temu co wskazuje TAMESHI warunków współpracy wypracowanych przez wiele lat prowadzonej działalności wykonawcy.

19. Dalej, w przypadku Uzasadnienia utajnienia usług wykonawca TAMESHI wkleił treść uzasadnienia, która w ocenie Linux odnosi się do zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty,

a nie Wykazu usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Organizacja sposobu realizacji usługi wpływa na osiąganie wysokiego poziomu efektywności, a przede wszystkim wysokich parametrów realizowanych na rzecz klientów zadań. Dzięki temu oferta nasza jest wybierana przez klientów, a firma może uzyskiwać odpowiedni poziom zysków. Ujawnienie tych danych mogłoby skutkować „skopiowaniem” sposobu realizacji przez inne podmioty, a w kontekście oferowanych przez nas cen, zaoferować ceny niższe. Uwzględnić bowiem należy, że w toku prowadzonej działalności wypracowaliśmy sposób działania

i ponieśliśmy koszty związane z jego wypracowaniem. Podmiot konkurencyjny uzyskując zastrzeżone przez nas dane, uzyskałby je w sposób bezkosztowy. Tym samym to Tameshi poniosłoby koszty wypracowania metod realizacji usługi, z których korzystaliby inni wykonawcy. Takie działanie byłoby sprzeczne z zasadami zachowania uczciwej konkurencji i promowało podmioty działające wbrew tej zasadzie. Zdaniem Linux, informacje wskazane w Wykazie usług i referencjach nie wskazują na „sposób realizacji usługi”, czy „organizację sposobu realizacji usługi”, a

jedynie wskazują dane, które pozwalają Zamawiającemu stwierdzić, czy dany wykonawca spełnia jawne warunki udziału w Postępowaniu.

20. Co więcej w Uzasadnieniu utajnienia usług wykonawca TAMESHI dodał, że zastrzeżone informacje oprócz tego, że posiadają wartość gospodarczą mają charakter techniczny, organizacyjny, co nie znalazło się już w Uzasadnieniu utajnienia osób, jednakże w żaden sposób nie rozwinął na czy polega ów charakter techniczny, organizacyjny tych informacji. (...)

21. (...) Wykonawca TAMESHI oprócz głoślowych zapewnień nie wykazał ani konkretnej wysokości zysków, które generuje informacja, ani konkretnej wysokości szkody, jaką poniesie poprzez jej ujawnienie.

22. Na gruncie przepisów PZP dla skuteczności zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest "wykazanie" wartości gospodarczej. Dlatego samo subiektywne przekonanie danego wykonawcy, że dana informacja posiada walor tajemnicy przedsiębiorstwa to za mało, aby uznać, że wykonawca wykazał wartość gospodarczą. (...)

33. Wykonawca TAMESHI w obu uzasadnieniach nie przedstawił żadnych dowodów na podjęcie działań, które świadczyłyby o tym, że wolą wykonawcy TAMESHI INVESTMENT

Sp. z o.o. jest zachowanie informacji wskazanych w wykazach, czy referencjach/oświadczeniach w poufności. Samo powołanie się na ograniczanie dostępu do informacji oraz stosowanie umów o zachowaniu poufności (NDA) bez przedstawienia np. treści odpowiednich klauzul, wyciągu z dokumentów, odpowiednich procedur, nie jest w świetle orzecznictwa Izby, czy sądów powszechnych wystarczające, ponieważ nie dowodzi zachowania należytej staranności w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności.

34. Co więcej, odnośnie wykazania tej przesłanki, w treści Uzasadnienia utajnienia usług wykonawca TAMESHI powołuje się dodatkowo na umowy o zachowaniu w poufności (NDA)

z kontrahentami. Jednakże, nie przedstawił on choćby ich fragmentu takiej umowy, co również ważne wykonawca TAMESHI w żaden sposób nie wskazał, że jakkolwiek przekazany mu przez kontrahenta dokument takie zobowiązanie do zachowania go w poufności zawiera. Niewątpliwie już same nazwy zastrzeganych plików – oświadczeń pozwalają na zidentyfikowanie kontrahenta.

35. Ograniczenie dostępu do informacji wyłącznie do osób upoważnionych czy stosowanie klauzul umownych w zakresie zachowania poufności są dziś powszechną praktyką stosowaną obrocie gospodarczym i powołania się na ich istnienie bez możliwości odniesienia się do sposobu ochrony jakie daje on danej informacji nie pozwala stwierdzić, że przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 UZNK, są spełnione. Często praktyką jest, że klauzule umowne o poufności zawierają szereg standardowych stwierdzeń dla tego typu umów i nie są one dostosowywane do konkretnych informacji i konkretnych okoliczności, które mogłyby stanowić tajemnice przedsiębiorstw. Odwołujący zwraca uwagę, że skuteczność zastrzeżenia konkretnych informacji powinna być rozstrzygana na tle okoliczności konkretnego stanu faktycznego, konkretnych zastrzeganych informacji ponieważ zgodnie

z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.01.2021r. (sygn. KIO 3223/20) na danym wykonawcy spoczywa obowiązek ukazania zastrzeżenia konkretnej informacji podanej w konkretnym dokumencie w indywidualnych okolicznościach sprawy.

36. Dodatkowo, w Uzasadnieniu utajnienia usług wykonawca TAMESHI wspomina,

że Po zakończeniu prac, dokumenty te są przechowywane w ściśle kontrolowanych warunkach, zapewniając dostęp tylko dla osób posiadających odpowiednie uprawnienia. Dokumenty nie są udostępniane powszechnie, w tym nie są udostępniane w obszarze danych wewnętrznej sieci komputerowej, do której dostęp mają wszyscy pracownicy. Zostało zapewnione, aby dostęp do dokumentów posiadały tylko wybrane osoby. Dokumenty przekazywane są jedynie pomiędzy tymi osobami. TAMESHI wskazuje na właściwym dla siebie poziomie ogólności, że poufność została zapewniona, nie wykazując, że tak faktycznie jest – na przykład, że w przedsiębiorstwie tego wykonawcy istnieje jakiś system zarządzania bezpieczeństwem informacji, wewnętrzne regulacje, które taki system ustanawiają i zobowiązują pracowników, czy współpracowników do jego stosowania, nie mówiąc już

o przedstawieniu choćby fragmentu dokumentu, który taki system bezpieczeństwa informacji by ustanawiał.

37. Niewątpliwie, oprócz zdawkowych zapewnień, wykonawca TAMESHI nie przedstawił wraz z Uzasadnieniem utajnienia osób oraz Uzasadnieniem utajnienia usług ani jednego dowodu na podjęcie działań w celu zachowania informacji w poufności, co dla Zamawiającego winno być wystarczającą podstawą do odtajnienia i udostępnienia dokumentów określonych przez tego wykonawcę jako niejawne.”.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał w szczególności:

„33. (...) 3) ocena zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Zamawiającego ma charakter obiektywno-subiektywny. Zamawiający ma prawo uwzględnić przy ocenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa otoczenie prawne i biznesowe,

do którego odnosi się to zastrzeżenie (co też Zamawiający uczynił);

4) Zamawiający, na podstawie własnych doświadczeń, może stwierdzić, że w branży IT powszechną praktyką jest

traktowanie dokumentów opisujących doświadczenie, w tym wykazów usług, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje o zrealizowanych projektach, szczegółach wdrożeń, czy specyfice klientów, mogą zawierać dane o strategicznym znaczeniu dla konkurencyjności firmy, a ujawnienie takich informacji mogłoby umożliwić konkurencji zdobycie przewagi rynkowej.”.

Izba zauważyła, że jak orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 6 kwietnia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 19/23, wymogu wykazania z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie należy utożsamiać z udowodnieniem.

Izba podziela pogląd Sądu Okręgowego na różnicę pojęciową pomiędzy wyrażeniem „wykazać” i „udowodnić”, jednak w niniejszej sprawie zauważenia wymaga, że przystępujący w uzasadnieniu co do części informacji przedstawił jedynie gołostowne twierdzenia o zachowaniu w poufności, niewykazane w ocenie izby.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że fakt współpracy w branży IT nie może przesądzać o automatycznym przyjęciu jako faktu poufności takiej współpracy. Nadto zgodzić się należało z odwołującym, że przystępujący mógł przykładowo w uzasadnieniu przywołać treść stosowanej klauzuli poufności, a także co do tego, że same klauzule w dokumentach mogą stanowić wykazanie zachowania informacji w poufności.

Izba dokonując analizy złożonych dokumentów, objętych zarzutem odwołania, ustaliła, że część z nich zawiera klauzule poufności, a zatem zdaniem izby w tym zakresie przystępujący wykazał zachowanie informacji w tych dokumentach w poufności. Nie można nie zauważyć tych klauzul poufności tylko z tego powodu, że przystępujący nie wyspecyfikował ich szczegółowo w uzasadnieniu jako dowody.

Izba zatem ustaliła, że zastrzeżenie poufności informacji w dokumentach koresponduje z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wobec zachowania ich w poufności. Z tego względu stwierdziła niezasadność zarzutu odwołania co do dokumentów – oświadczeń, zawierających w swej treści klauzule poufności, i wynikowo powielających zastrzeżone treści w Załączniku nr 6 do SWZ - Wykazie usług.

W pozostałym zakresie dokumentów – oświadczeń i wykazu usług izba stwierdziła zasadność zarzutu odwołania. Argumentacja na temat powszechności wiedzy w zakresie poufności informacji w IT nie jest wystarczająca. Zamawiający nie powołał się na podstawę prawną co do wyłączenia obowiązku wykazania przez dane podmioty czy w zakresie danego rodzaju spraw.

Samo ogólne powołanie się na klauzule poufności w treści uzasadnienia co do zasady nie daje wyobrażenia w jakim zakresie i czasie obowiązują one kontrahentów (w tym po zakończeniu współpracy).

Z powyższych względów izba przychyliła się do stanowiska odwołującego co do zasadności zarzutu odwołania w przedmiocie zaniechania odtajnienia i oświadczeń w tej części, w jakiej poufność nie wynika z opatrzenia dokumentu wprost klauzulą poufności i konsekwentnie w odpowiedniej części załącznika nr 6 do SWZ - Wykazu usług.

Izba związana jest przy orzekaniu zarzutami odwołania, przez co rozumie się także przytoczone fakty w odwołaniu, i nie orzeka w zakresie wykraczającym poza te zarzuty (art. 555 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, izba uznała, że zamawiający naruszył zarzucane mu w odwołaniu przepisy prawa.

W tym stanie rzeczy, izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu podlegającego rozpoznaniu na podstawie art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000,00 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł (łącznie 18 600,00 zł). Odwołanie zostało uwzględnione, dlatego też izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie faktury przedłożonej przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....