

WYROK

z dnia 17 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Komendę Główną Ochotniczych Hufców Pracy z siedzibą w Warszawie,**

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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Komendzie Głównej Ochotniczych Hufców Pracy z siedzibą w Warszawie:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
- b) ujawnienie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zastrzeżonych przez wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie w zakresie:**
 - treści zastrzeżonej części Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie - z wyłączeniem zawartych w nim informacji, dotyczących nazw i wszelkich danych personalnych, odnoszących się do podwykonawców, w tym również w zakresie oferowanego personelu, który ma uczestniczyć w wykonaniu zamówienia;**
 - treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia podwykonawcy - z wyłączeniem zawartych w nim informacji, dotyczących nazwy i wszelkich danych personalnych, odnoszących się do podwykonawcy, w tym również**

w zakresie oferowanego personelu, który ma uczestniczyć w wykonaniu zamówienia;

- „zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia” z dnia 30 listopada 2017 r. – z wyłączeniem zawartych w nim informacji, dotyczących nazwy i wszelkich danych personalnych, odnoszących się do podwykonawcy;
- „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” (załącznik nr 5 do SIWZ) z wyłączeniem informacji personalnych konkretnych osoby, mających pełnić określone funkcje oraz podstawy do dysponowania konkretnymi osobami (kolumna V wykazu „Podstawa do dysponowania osobą”), w tym również pozostałych informacji na podstawie, których można zidentyfikować określone osoby (nazwy konkretnych, zrealizowanych projektów lub doświadczenie wskazujące na konkretny podmiot);
- dokumentu w postaci „opinii bankowej” - z wyłączeniem informacji odnoszących się do podmiotu na rzecz którego wystawiana jest gwarancja, jak również informacji o zgromadzonych na określonych rachunkach środkach pieniężnych jak również środkach pieniężnych, przyznanych w ramach linii kredytowej, a także środkach zgromadzonych na rachunku bieżącym;
- dokumentów, związanych z ubezpieczeniem w zakresie odpowiedzialności cywilnej (tj. oświadczenie z dnia 15 maja 2017 r. wraz potwierdzeniem przelewu oraz Certyfikatem nr 1 do polisy OC) - z wyłączeniem informacji odnoszących się do ubezpieczającego oraz ubezpieczonych oraz informacji o wartości składki jak również podmiotu ją opłacającego.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Komendę Główną Ochotniczych Hufców Pracy z siedzibą w Warszawie i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego - **Komendy Głównej Ochotniczych Hufców Pracy z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie** kwotę **18 598 zł 98 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komenda Główna Ochotniczych Hufców Pracy z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zapewnienia działania i dostępności Systemu Zielona Linia oraz Elektronicznego Centrum Aktywizacji Młodzieży. Numer postępowania: 4/OHP/2017/BRP/AG

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 27 października 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano ogłoszenie o zamówieniu pod numerem 2017/S 207-428038.

W dniu 19 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców, w tym wykonawcę Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Sprint” lub „Odwołujący”), o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Comarch” lub „Przystępujący”).

W dniu 29 grudnia 2017 r. wykonawca Sprint wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- zaniechaniu ujawnienia informacji znajdujących się na stronach 36-100 oferty wykonawcy Comarch,
- zaniechaniu ujawnienia informacji złożonych przez wykonawcę Comarch w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 13 grudnia 2017 r. w zakresie: wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (załącznik nr 5 do SIWZ), dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną ustaloną przez Zamawiającego, informacji banku kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 8 ust. 1-3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – zwanej dalej: „u.z.n.k.” - przez zaniechanie ujawnienia informacji znajdujących się na stronach 36-100 oferty wykonawcy Comarch i informacji złożonych przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 13 grudnia 2017 r. w zakresie: wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (załącznik nr 5 do SIWZ), dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną ustaloną przez Zamawiającego, informacji banku kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, pomimo iż wykonawca Comarch nie wykazał, że ww. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wnosił o:

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
- ujawnienie informacji znajdujących się na stronach 36-100 oferty wykonawcy Comarch,
- ujawnienie informacji złożonych przez wykonawcę Comarch w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 13 grudnia 2017 r. w zakresie: wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (załącznik nr 5 do SIWZ), dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną ustaloną przez Zamawiającego, informacji banku kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podnosił, że w postępowanie było prowadzone przez Zamawiającego w ramach procedury odwróconej na podstawie art. 24aa Pzp, W ocenie wykonawcy Sprint Zamawiający bezpodstawnie zaniechał ujawnienia powyżej opisanych informacji, złożonych przez wykonawcę Comarch. Zdaniem Odwołującego wykonawca Comarch w żaden sposób nie wykazał, że informacje zawarte na stronach 36-100 oferty, jak również dokumentacja złożona w odpowiedzi na punkty 1.3. - 1.5. wezwania z dnia 13 grudnia 2017 r. stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był przedmiotowe informacje ujawnić i umożliwić tym samym innym wykonawcom weryfikację oferty wykonawcy Comarch.

Odwołujący wyjaśniał, iż wykonawca Comarch nie załączył do swej oferty żadnego wyjaśnienia, a tym bardziej dowodów, które potwierdzałyby fakt, że opisana część oferty nosi znamiona tajemnicy jej przedsiębiorstwa. Poprzestano na lakonicznym oświadczeniu, że strony 36-100 oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Następnie, Zamawiający wezwał Comarch na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do przedłożenia dokumentów. W opinii Odwołującego należy domniemywać - wobec faktu nieodrżucenia jego oferty - że wykonawca zrealizował to zobowiązanie, niemniej jednak Odwołującemu udostępniono ze złożonych wówczas dokumentów jedynie KRS wykonawcy Comarch, zaświadczenia o niekaralności członków jej organów oraz zaświadczenia o braku zaległości wobec US i ZUS. Zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego, stanowi to całość dokumentacji nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy Comarch.

W ocenie wykonawcy Sprint z przedstawionych powyżej okoliczności wynika jednoznacznie, że wykonawca Comarch nie zastrzegł skutecznie przedmiotowych informacji jako tajemnicy swego przedsiębiorstwa, a w konsekwencji Zamawiający miał obowiązek traktować je jako jawne dane.

Odwołujący wskazywał, iż Izba w swym orzecznictwie wielokrotnie opowiadała się za wyjątkowością instytucji zastrzeżenia części oferty w trybie art. 8 ust. 3 Pzp, podkreślając spoczywający na wykonawcy obowiązek wykazania, iż dane informacje spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Przywołać należy w tym miejscu wyrok z dnia 28.02.2017 r. (sygn. akt: KIO 256/17), zgodnie z którym *standardowe, ogólne stwierdzenia mające służyć chronieniu opisu technicznego nie uzasadniają zastrzeżenia informacji chociażby z tej racji, że przeciwstawia się temu dobro publiczne, którym jest umożliwienie Zamawiającemu rozwój produktu jego unowocześnianie przez dostęp do jego rozwiązań. Tak pojęty interes Zamawiającego wpisuje się w treści art. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), który definiuje cel ustawy jako regulacji zapobiegającej i zwalczającej nieuczciwą konkurencję w działalności gospodarczej przy czym nie tylko w interesie przedsiębiorców oraz klientów ale również w interesie publicznym mającym na względzie rozwój gospodarki.*

Zdaniem Odwołującego wobec opisanej powyżej lakoniczności oświadczenia wykonawcy Comarch w niniejszej sprawie nie można mówić choćby o ogólnikowym stwierdzeniu, lecz o braku jakiegokolwiek wyjaśnienia, że dane zawarte na nieujawnionych stronach oferty są poufne. Zgodnie zaś ze stanowiskiem KIO zaprezentowanym w wyroku z dnia 11.01.2017 r. (sygn. akt: KIO 2475/16) *Istotą zastrzeżenia informacji jest jej poufność, tj. nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Analogiczne stanowisko KIO zajęła w sprawie KIO 1370/16 (wyrok z dnia 0908.2016 r.): Uwzględniając wynikający z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy z dnia*

29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) obowiązek wykazania przez wykonawcę zastrzegającego informacje w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że stanowią one tajemnicą przedsiębiorstwa oraz uwzględniając definicję tajemnicy przedsiębiorstwa uznać należy, że wykonawca jest zobowiązany wykazać zamawiającemu, że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. W niniejszej sprawie odwołujący nie ma możliwości weryfikacji tej przestanki.

Odwołujący twierdził, że powyższe spostrzeżenia odnoszą się tym bardziej do treści złożonych - przez wykonawcę Comarch w ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 grudnia 2017 r. - dokumentów, w stosunku do których nie przedstawiono żadnego wyjaśnienia ich niejawności (a przynajmniej żadne tego rodzaju pismo nie zostało Odwołującemu udostępnione). Zdaniem wykonawcy Sprint Zamawiający naruszył obowiązki wynikające z art. 8 ust. 3 Pzp, albowiem *badanie skuteczności zastrzeżenia, dotyczącego zakazu udostępnienia informacji, potwierdzających spełnienie warunków, wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy do obowiązków Zamawiającego. Ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów badania i oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej czynności. Wadliwa ocena tej czynności dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym skuteczne skorzystanie ze środków ochrony. W konsekwencji, oznacza to, że bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wywołuje konieczność unieważnienia czynności oceny ofert.*

Odwołujący wyjaśniał, że przepisy Pzp nie formułują pod adresem wykonawców obowiązku każdorazowego przedstawienia dowodów na potwierdzenie faktu, iż dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można jednak poprzestać, jak to uczynił wykonawca Comarch jedynie na lakonicznej informacji w tym zakresie. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp stanowi bowiem nie o obowiązku złożenia informacji Zamawiającemu w tym zakresie w ogóle, ale o obowiązku wykazania że zastrzeżone dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić, a więc nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Wykazanie winno nastąpić przez sprecyzowanie i szczegółowe opisanie konkretnych faktów czy okoliczności uzasadniających w tym postępowaniu objęcie wskazanych załączników tajemnicą przedsiębiorstwa (por. wyrok KIO z dnia 13.06.2016 r., sygn. akt: KIO 859/16). Każdorazowo kwestia wykazania tych okoliczności winna być indywidualnie badana przez Zamawiającego i niejednokrotnie może pojawić się konieczność poparcia wyjaśnień

wykonawcy dowodami (wyrok KIO z dnia 29.03.2017 r., sygn. akt: KIO 512/17). W obowiązującym stanie prawnym brak jednak podstaw, aby odstąpić od wymogu wykazania, czy też traktować w tych kategoriach każde oświadczenie wykonawcy (wyrok KIO z dnia 23.03.2017 r. *Nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia, por. również wyrok KIO z dnia 25.07.2016 r., sygn. akt KIO 1268/16*).

Niezależnie od formalnej wadliwości wyłączenia przez Zamawiającego jawności opisanych danych, zdaniem wykonawcy Sprint należy zakwestionować tą decyzję co do meritum. W ocenie Odwołującego nie sposób bowiem przyjąć, aby informacja odnośnie do dysponowania przez wykonawcę konkretną kwotą pieniężną lub zdolnością kredytową (wymaganą przez Zamawiającego) stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa. Trudno ponadto przypisać takim charakter potwierdzeniu posiadania stosownego ubezpieczenia. Jeżeli nawet przedmiotowe dane byłyby traktowane przez wykonawcę jako informacje poufne, nie umożliwia to automatycznie uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołać należy się w tym miejscu do stanowiska KIO zaprezentowanego w wyroku z dnia 13.06.2016 r. (KIO 859/16). *Każda tajemnica firmy stanowi informację poufną, każda informacja traktowana przez przedsiębiorcę jako poufna stanowi jego tajemnicę. Chodzi o to, aby w sposób niebudzący wątpliwości można było stwierdzić, że konkretny dokument w danym postępowaniu przeprowadzonym w konkretnym okresie czasu zawiera informację o szczególnym znaczeniu dla przedsiębiorcy. Tajemnicę przedsiębiorstwa należy także odróżniać od specjalistycznej wiedzy, chociaż granica między tą wiedzą dostępną określonej grupie osób, a tajemnicą jest nieostra. Aby daną informację zakwalifikować jako tajemnicę firmy, musi ona zawierać treści o szczególnym znaczeniu dla przedsiębiorcy.*

W ocenie Odwołującego samo zastrzeżenie przez wykonawcę w całościowy sposób dokumentów, które zawierają rzekome informacje niejawne, jest wadliwe. Strony 36-100 oferty Comarch obejmują m.in. JEDZ podwykonawcy. O ile można dyskutować na temat skuteczności zastrzeżenia jego tożsamości, o tyle nie sposób przyjąć, że niejawne są informacje o tym, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 20.10.2016 r. *Nie jest zasadne i dopuszczalne obejmowanie zastrzeżeniem całego dokumentu w sytuacji kiedy tylko pewna jego treść odpowiada wymogom ustawowym. Z treści przepisu art. 8 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) jednoznacznie wynika, że nie ujawnia się informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Tak więc możliwe jest zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa tylko informacji stanowiących tajemnicę, a nie dokumentu w którym takie informacje mogą być częściowo zawarte. A contrario, jeśli w dokumencie zastrzeżono informacje, które przymiotu*

tajemnicy nie spełniają w myśl przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), taki dokument jako całość nie może być zasadnie zastrzeżony. Podobne stanowisko KIO zaprezentowała w wyroku z dnia 24.02.2017 r. Wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane.

Z zachowaniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Comarch.

W toku niejawnego posiedzenia Izby z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawiono następujące informacje i złożono następujące oświadczenia:

Przystępujący poinformował, że z treści odwołania powziął informację, iż Odwołujący nie otrzymał ze strony Zamawiającego informacji, odnoszących się do zachowania w poufności dokumentów od str. 37-45 jego oferty. W związku z tym przekazał Zamawiającemu informację, że dokumenty te mają charakter jawnych.

Zamawiający potwierdził otrzymanie takiej informacji ze strony Przystępującego i wskazał, że w ślad za tym przesłał Odwołującemu dokumenty od str. 37-45 oferty wykonawcy Comarch. Odwołujący potwierdził otrzymanie od Zamawiającego stron 37-45 oferty Przystępującego.

Odwołujący oświadczył, że dopiero w dniu dzisiejszym, tj. 11 stycznia 2018 r. otrzymał ujawnioną część oferty Przystępującego, dlatego też na tym etapie nie jest w stanie szczegółowo ustosunkować się do tych informacji.

Zamawiający natomiast oświadczył, że informacje ze strony wykonawcy Comarch otrzymał dopiero w dniu 9 stycznia 2018 r.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

Z ustaleń Izby wynika, że wykonawca Comarch zastrzegł informacje zawarte na stronach od 36-100 złożonej oferty jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy u.z.n.k. W omawianym zakresie zostały zastrzeżone:

- wyjaśnienia z dnia 5 grudnia 2017 r. odnoszące się do zachowania w poufności określonej grupy dokumentów (str. 37-45 oferty),
- część JEDZ Comarch (str. 46-47 oferty),
- JEDZ podwykonawcy wraz z dokumentami podwykonawcy (str. 48-81 oferty),
- zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia (str. 82-83 oferty),
- Koncepcja Przyszłego Rozwoju Narzędzi i Procesów w działalności ECAM i Zielona Linia (str. 84-100 oferty).

Również część dokumentów złożonych przez Comarch na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp została przez Przystępującego zastrzeżona z uwagi na charakter informacji znajdujących się w tych dokumentach. W tym zakresie wykonawca Comarch zastrzegł jako poufne:

- wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (załącznik nr 5 do SIWZ),
- dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną ustaloną przez Zamawiającego,
- informacje banku kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową,
- inne dokumenty dotyczące podmiotów trzecich.

Treść ww. dokumentów została opatrzona zastrzeżeniem o ich poufności i klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Wraz z dokumentami zostało złożone pismo z dnia 14 grudnia 2017 r. zawierające informację, że wykonawca Comarch na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp składa żądane dokumenty, których część została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba zważyła co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., przez zaniechanie odtajnienia niektórych elementów oferty złożonej przez wykonawcę Comarch - **w części potwierdziły się.**

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak jej ograniczenie, wynikające m.in. z przysługującego wykonawcom prawa do ochrony informacji stanowiących tajemnicę ich przedsiębiorstwa, znajdują wyraz w przepisach Pzp od początku ich obowiązywania.

Nie ulega wątpliwości, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania, aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. W doktrynie uznaje się, że jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego wykonawcy gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu, natomiast z drugiej jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. Zatem bez wątpienia zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a jej wyłączenie ma jedynie charakter wyjątku i jest możliwe tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090) (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115).

Wyjątek od powyższej zasady wprowadza art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, 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. 86 ust. 3, co oznacza, że wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy), adresu oraz informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie. Ustawodawca tym samym, a contrario dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k., jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślić należy, że ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w przepisach u.z.n.k.

W świetle art. 11 ust. 4 u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wobec tego aby określoną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione kumulatywnie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że w sytuacji, gdy okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

Szczegółowa analiza poszczególnych przesłanek, wypełniających pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, opisanych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. prowadzi do wniosku, że kwestią niezwykle istotną jest jej zakres przedmiotowy. Z treści zacytowanego powyżej przepisu wprost wynika, że katalog informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, został ujęty bardzo szeroko i ma on charakter otwarty. Opisany zasób praktycznie wyczerpuje

zakres informacji, które mogą zostać wykorzystane przez przedsiębiorcę w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59, który stwierdził, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

W związku z tym, na podstawie orzecznictwa oraz poglądów doktryny, można pokusić się o wskazanie przykładowego zbioru informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Otóż w doktrynie za tajemnicę przedsiębiorstwa uważa się m.in.: plany techniczne, listy klientów, metody kontroli jakości towarów i usług, sposoby marketingu, organizacji pracy, korespondencję handlową, treść zawartych umów i porozumień, nieopatentowane jeszcze wynalazki. Ponadto, tajemnicę przedsiębiorstwa będą stanowić również informacje potrzebne w pracach naukowo-badawczych lub rozwojowych (*S. Sołtysiński, S. Gogulski Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, pod red. J. Szwej, Warszawa 2013, s. 452; M. Mozgawa, Zwalczenie nieuczciwej konkurencji środkami prawa karnego, Gdańsk 1997, s. 35*).

Natomiast w literaturze powszechnie przyjmuje się, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić mogą również wyniki prób i badań, których nie można zastosować w praktyce, np. informacje o skutkach ubocznych zażywania leku czy wstępne projekty i analizy wymagające dalszych prac rozwojowych. Posiadanie takich informacji może zaoszczędzić przedsiębiorcy wysokich nakładów finansowych oraz nakładów pracy przy samodzielnym prowadzeniu prac rozwojowych w danej dziedzinie. Dysponowanie takimi informacjami może niewątpliwie stanowić przewagę konkurencyjną przedsiębiorcy na rynku (*S. Sołtysiński, S. Gogulski Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, pod red. J. Szwej, Warszawa 2013, s. 453*). Zdaniem S. Sołtysińskiego i S. Gogulskiego „linię demarkacyjną między innowacjami, które podlegają ochronie jako tajemnice przedsiębiorstwa a informacjami niekorzystającymi z ochrony prawnej, wyznaczają przepisy ustawowe i dobre obyczaje. Informacje, które nie zasługują na ochronę z uwagi na interes publiczny, nie mogą być uznawane za tajemnice przedsiębiorstwa np. sposoby poszukiwania klientów lub wytwarzania urządzeń, których zasadnicze przeznaczenie polega na prowadzeniu działalności niezgodnej z prawem lub zasadami współżycia społecznego (<http://czasopisma.beck.pl/monitor-prawniczy/arttykul/tajemnica-przedsiębiorstwa-wybrane-zagadnienia>).

W orzecznictwie za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się m. in.: dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (*postanowienie Sądu Antymonopolowego z 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55*), informacje dotyczące planów wydawniczych przedsiębiorstwa (*wyrok SA w Krakowie z 11 czerwca 2003 r., sygn. akt I ACa 469/03, TPP 2004/1-2/157*), wyszczególnienie kosztów działania, w szczególności kosztów badań i logistyki oraz marży stosowanej przez przedsiębiorstwo, dane zawarte w PIT-5 i F-01 – sprawozdaniu finansowym, obrazujące zarówno aktywa, jak i pasywa oferentów, dochód, zyski, koszty działalności, straty, zobowiązania finansowe (*wyrok Sądu Antymonopolowego z 10 lipca 2002 r., sygn. akt XVII Ama 78/01, Legalis nr 220520*).

Ostatecznie jednak stwierdzić należy, że niemożliwym jest enumeratywne wyspecyfikowanie wszystkich informacji lub dokumentów, zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W zakresie ustalenia tego, czy mamy do czynienia z informacjami, posiadającymi znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa każdorazowo przydatne będzie odwołanie się do orzecznictwa KIO oraz sądów powszechnych, które służy m.in. wyjaśnieniu przepisów prawnych budzących wątpliwości w praktyce.

Kolejną przesłanką zawartą w treści art. 11 ust. 4 u.z.n.k., wymaganą dla uznania skuteczności zastrzeżenia określonej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest konieczność jej nie ujawnienia do wiadomości publicznej. Tylko taka informacja korzysta z ochrony i tak długo, jak długo pozostaje informacją nieujawnioną. Pod podanym powyżej pojęciem rozumie się informację nieznaną ogółowi czy osobom, które ze względu na pole swego działania zawodowego, są żywo zainteresowane posiadaniem takiej informacji. Jeżeli przedsiębiorca jasno i wyraźnie wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla określonych odbiorców, stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyroku z 7 marca 2003 r. sygn. akt I CKN 89/01, LEX nr 583717) Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że przepis art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wyklucza uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Natomiast w wyroku z 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59 Sąd Najwyższy stwierdził, że informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (czy też potencjalny konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np., gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano.

Ostatnią ważną kwestią w aspekcie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, aby zachować poufność danych informacji. W

omawianym zakresie kluczowym jest wyrażenie przez przedsiębiorcę woli objęcia danych informacji poufnością. Zaznaczenia wymaga, że samo wyrażenie woli przez przedsiębiorcę nie jest wystarczające, ponieważ powinny temu towarzyszyć niezbędne działania, konieczne do zminimalizowania ryzyka ujawnienia określonych informacji. Nadrzędną rolę w tym zakresie odgrywa stosowanie przez przedsiębiorcę odpowiednich procedur i mechanizmów, takich jak zawieranie klauzul poufności w umowach, odpowiednie oznaczanie informacji poufnych, ograniczenie kręgu osób mających do nich fizycznie dostęp.

W zakresie pojęcia „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, sposób jego rozumienia zawarto w wyroku Izby z dnia 12 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 542/17, w którym podano: *„pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie przez wykonawcę oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji Zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.)”*.

W każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa rolą Zamawiającego jest przeprowadzenie indywidualnego badania, odnoszącego się do każdego z dokumentów zastrzeżonych. Celem weryfikacji powinno być rozstrzygnięcie kwestii, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki konieczne do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przekładając niniejsze rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że wykonawca Comarch prawidłowo wykazał spełnienie wszystkich przesłanek, wymaganych do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k., jedynie w odniesieniu do określonych informacji, zawartych w złożonych dokumentach opatrzonych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Badając spełnienie przesłanki odnoszącej się do tego, czy zastrzeżone przez wykonawcę Comarch informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą Izba doszła do przekonania, że jej ziszczenie się można stwierdzić jedynie w odniesieniu do wybranego katalogu informacji zastrzeżonych przez Przystępującego.

Izba stanęła na stanowisku, że wyjaśnienia z dnia 5 grudnia 2017 r. złożone przez wykonawcę Comarch co prawda w znacznym stopniu odbiegają od wzorcowych, niemniej jednak zawierają niezbędne informacje, odnoszące się do kwestii, związanej z zastrzeżeniem określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W treści wyjaśnień wykonawca wskazał jakie dokumenty w części oferty zastrzega, w związku z zawartą w nich informacją, stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba dostrzega pewne nieścisłości, czy też uchybienia w treści wyjaśnień, np. w Ad. 5 „Dokumenty dotyczące podmiotów trzecich” (błędne wskazano korzystania przez wykonawcę Comarch z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich), jednak z treść dokumentów źródłowych jednoznacznie wynika zobowiązanie Przystępującego do pozostawienia w poufności faktu współpracy pomiędzy Comarch a podmiotem trzecim (str. 83 oferty Comarch).

Izba wskazuje, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca nie tylko jasno wyspecyfikował katalog dokumentów, które objął zastrzeżeniem „tajemnica przedsiębiorstwa” ale przede wszystkim złożył wiążące oświadczenie, że zastrzeżone przez niego określone informacje posiadają dla walor informacji, zawierających konkretne rozwiązania techniczne i technologiczne a także takich, które mają dla wykonawcy Comarch konkretną wartość gospodarczą.

Izba wskazuje na konkretne fragmenty wyjaśnień Przystępującego, które należy uznać za istotne w zakresie rozpoznawanych zarzutów. I tak: W zakresie „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” wykonawca podał m. in.: *„W załączonym wykazie osób/dokumentach dotyczących osób skierowanych do realizacji zamówienia, zastrzeżone zostały informacje o imionach i nazwiskach osób, przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, a także inne informacje umożliwiające identyfikację tych osób. Mając na uwadze specyfikę rynku usług informatycznych, charakteryzującą się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym wykonawcy, mają dla niego istotne znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Dlatego też informacje, dotyczące kluczowych specjalistów, podlegają ochronie przed ich ujawnieniem dla*

konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać Ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Uprzedzając ewentualne argumenty, które pojawiają się czasem przy okazji rozpoznawania przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa - że informacje dotyczące doświadczenia, czy też kwalifikacji poszczególnych osób przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, są informacjami, które dotyczą tych osób, a nie wykonawcy, należy podkreślić, że wartością chronioną przez wykonawcę jest informacja o podmiotach, z którymi współpracuje, w tym o pracownikach, których zatrudnia. Jak wskazano wyżej, jest to podyktowane zamiarem ochrony przed nieuczciwymi praktykami konkurencji, mogącymi w szczególności prowadzić do przejęcia współpracowników lub pracowników przez firmy konkurencyjne. Oczywistym jest zatem, że takie dane jak imię, nazwisko, wykształcenie, doświadczenie danej osoby czy jej kwalifikacje, są danymi dotyczącymi tej konkretnej osoby. Ochronie nie podlega jednak informacja, że dana osoba nazywa się w określony sposób, czy też — że ma ona takie bądź inne doświadczenie, lecz informacja, że wykonawca dysponuje taką właśnie, doświadczoną bądź wykwalifikowaną osobą. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca ma prawo chronić dostępu do wartościowych zasobów. Ponieważ w tym przypadku zasobem takim są poszczególni pracownicy/współpracownicy, do których dostęp można uzyskać posiadając wiedzę o ich imieniu i nazwisku, dane te winny być z pewnością objęte ochroną jako informacja posiadająca dla wykonawcy wartość gospodarczą. Ochroną winny być objęte również wszelkie inne informacje, które w jakikolwiek sposób umożliwiają identyfikację takiej osoby (w szczególności konkretne dane dotyczące projektów, w których ta osoba brała udział)”.

Odnosząc się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia Izba uznała, że co do zasady informacje w zakresie potencjału osobowego, którym posługuje się określony wykonawca mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż mogą zawierać dane na temat organizacji przedsiębiorstwa, wskazywać na jego specyfikę i charakter, co powoduje, że tego rodzaju informacje mogą posiadać istotną wartość gospodarczą. Z reguły tego typu dokumenty zawierają dane sensytywne w postaci imion i nazwisk określony osób oraz informacje na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia poszczególnych osób. W rozpoznawanej sprawie oprócz podania ww. informacji na temat personelu osobowego, który będzie posługiwał się wykonawca, Zamawiający żądał również wskazania podstawy dysponowania osobami podanymi w wykazie.

Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 13 maja 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 667/10, w którym Izba stwierdziła, że: „(...) Wykaz ten daje wiedzę, co

struktury personelu, jakim posługuje się inny przedsiębiorca. Na jego podstawie można bowiem ustalić, czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot)”.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że w przypadku dokumentu w postaci „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” wybrane informacje, w nim zawarte, mogą stanowić wartość gospodarczą dla Przystępującego. Do takich należy zaliczyć informacje personalizujące konkretne osoby, mające pełnić określone funkcje w ramach realizacji zamówienia oraz informacje związane z podstawą do dysponowania daną osobą (kolumna V wykazu „Podstawa do dysponowania osobą”), w tym również informacje na podstawie, których można zidentyfikować określoną osobę. Za takie można uznać np. konkretne nazwy projektów, realizowanych przez daną osobę, ponieważ na ich podstawie w prosty sposób można ustalić jaki podmiot realizował ten projekt, co w oczywisty sposób ujawnia z zasobów jakiego podmiotu korzysta wykonawca. Podobnie rzecz ma się z kwalifikacjami zawodowymi. Jeśli są one na tyle unikalne, że personalizują daną osobę, która stanowi zasób określonego podmiotu - który udostępnia zasób wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, a który oczekuje zachowania w poufności faktu współpracy z tym wykonawcą - to wówczas informacje na temat kwalifikacji danej osoby również nie powinny zostać ujawnione, ponieważ mogą wprost wskazywać na fakt współpracy pomiędzy określonym podmiotem a wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Natomiast w zakresie treści „Informacji z banku” Przystępujący m. in. twierdził: *„Zwracamy uwagę, że informacja z banku zawiera szczegółowe dane (nie tylko proste potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej). Dane zawarte w informacji z banku mają wartość gospodarczą, gdyż świadczą o potencjale finansowym przedsiębiorcy i jego kondycji finansowej”.*

Zestawienie powyższego z treścią opinii bankowej w ocenie Izby potwierdza zasadność składanych wyjaśnień, gdyż powyższy dokument zawiera szczegółowe, konkretne dane obrazujące poziom środków finansowych, posiadanych na określonych rachunkach walutowych, jak również przyznanych w ramach Linii Kredytowej a także w ramach rachunku bieżącego dla danego podmiotu. Analogiczna argumentacja legła u podstaw uznania za poufne poszczególnych informacji związanych z dokumentami potwierdzającymi posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia OC.

W kwestii zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu pod nazwą: „Koncepcja Przyszłego Rozwoju Narzędzi i Procesów w działalności ECAM i Zielona Linia” Izba uznała za przekonującą treść wyjaśnień wykonawcy Comarch, w których wykonawca twierdził, że: *„w załączonym dokumencie zawarty jest unikalny z punktu widzenia wymagań Zamawiającego dobór rozwiązań technicznych i technologicznych. Dokument ten zawiera zatem informacje techniczne i technologiczne, a także obrazuje posiadane przez Wykonawcę doświadczenie i wiedzę, decydujące o jego przewadze konkurencyjnej na rynku. Rozwiązanie to — jako know-how Wykonawcy — posiada zatem dla wykonawcy wartość gospodarczą, a tym samym podlega ochronie przed powszechnym ujawnianiem jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z informacji zawartych we wskazanym opisie inni wykonawcy, będący konkurentami, są w stanie dowiedzieć się, jakie rozwiązanie, i na jakich warunkach, w tym handlowych, jest oferowane przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu. Dotyczy to również pojedynczych informacji nt. oferowanego rozwiązania, ponieważ nie jest wykluczone, że również bazując na podstawie pojedynczych informacji konkurenci wykonawcy będą w stanie określić, jakie rozwiązanie i na jakich warunkach, w tym handlowych, jest oferowane przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu. W dokumencie opisującym oferowane rozwiązania wykonawca jasno wskazuje, w oparciu o jakie produkty i rozwiązania zrealizuje zamówienie. Udostępnienie tych informacji osobom niepowołanym może narazić wykonawcę na straty i znacznie zmniejszyć przewagę konkurencyjną, jaką na ten moment posiada w przypadku zamówienia, którego gospodarzem jest Zamawiający, jak i przyszłych przetargów oraz zamówień”.*

Powyższe wyjaśnienia wykonawcy Comarch wydają się wiarygodne chociażby z uwagi na podobieństwo sytuacji obu wykonawców, składających oferty w ramach tego postępowania, tj. Przystępującego i Odwołującego, który ten zakres informacji również zastrzegł z uwagi na znajdującą się w dokumencie informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym należy uznać, że informacje zawarte w koncepcji mają charakter informacji technicznych, technologicznych, które mają dla wykonawcy Comarch wymierną wartość gospodarczą,

Zaś co do zastrzeżenia przez Przystępującego informacji odnoszących się do podmiotów trzecich (podwykonawców) to Izba stwierdziła, że z treści wyjaśnień (pomimo pewnych błędów) i dokumentów źródłowych jednoznacznie wynika zobowiązanie Przystępującego do pozostawienia w poufności faktu współpracy pomiędzy wykonawcą Comarch a podmiotem trzecim. Wobec tego Izba stwierdziła, że fakt współpracy pomiędzy podmiotami posiada dla wykonawcy Comarch określoną wartość gospodarczą.

Kolejno Izba zbadała kwestię związaną z tym, czy informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej. W omawianym zakresie Izba uznała za wystarczające oświadczenie Przystępującego złożone w wyjaśnieniach z dnia 5 grudnia 2017 r., że żadna z informacji nie była uprzednio powszechnie dostępna, ani nie ma podjęcia o niej wiedzy tzw. „zwykłą” drogą. Izba zwraca uwagę, że w toku rozprawy Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu potwierdzającego, że którakolwiek z zastrzeżonych informacji została ujawniona do wiadomości publicznej.

Ostatnią z przesłanek podlegających weryfikacji jest konieczność oceny wyjaśnień pod kątem wykazania przez wykonawcę Comarch podjętych, w stosunku do zastrzeżonych informacji, niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Izba co do zasady stoi na stanowisku, że wykonawca w celu wykazania wypełnienia się omawianej przesłanki nie powinien ograniczać się jedynie do samego oświadczenia ale złożyć szczegółowe wyjaśnienia, które warto w miarę możliwości poprzeć dowodami w postaci różnorodnych dokumentów. Katalog tego rodzaju dokumentów ma charakter otwartego, dlatego też jedynie dla przykładu należy wskazać między innymi na takie dokumenty jak: polityka bezpieczeństwa informacji, wszelakie procedury i instrukcje regulujące podstawowe zasady bezpieczeństwa czy też zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy itp.

W omawianym stanie faktycznym Izba uznała wyjaśnienia Przystępującego złożone w piśmie z dnia 5 grudnia 2017 r. za wiarygodne i wystarczające do wykazania przez wykonawcę Comarch podjętych, w stosunku do zastrzeżonych informacji, niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Po pierwsze Izba wskazuje, że w treści złożonych wyjaśnień Przystępujący szczegółowo opisał, jakie działania podjął w celu zachowania poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. *„Podkreślić należy, iż w grupie kapitałowej Wykonawcy obowiązują zasady określone w Polityce Bezpieczeństwa Grupy Comarch, która formułuje podstawowe zasady bezpieczeństwa fizycznego, informatycznego i kadrowego w Grupie Comarch (obecny dokument w wersji 4.26B, obowiązuje od 18 maja 2015 r.). Polityka Bezpieczeństwa, opracowana przez Dział Bezpieczeństwa Wewnętrznego, to zasady, z którymi ma obowiązek zapoznać się każdy pracownik i współpracownik spółki z grupy kapitałowej Comarch przed przystąpieniem do pracy/współpracy z tą spółką, i w tym celu odbyć niezbędne szkolenie z zasad bezpieczeństwa, obowiązujących w spółkach grupy.*

Celem Polityki Bezpieczeństwa jest zapobieganie incydentom naruszenia bezpieczeństwa. Polityka bezpieczeństwa bazuje na normach PN-ISO/IEC 27001:2014-12 (która jest polskim tłumaczeniem normy ISO/IEC 27001:2013) i ISO/IEC 27002:20132 uwzględnieniem wymagań prawa polskiego i specyfiki działalności spółek Grupy COMARCH. Do zabezpieczeń uważanych za najważniejsze dla organizacji z prawnego punktu widzenia należą: ochrona danych osobowych i prywatności osób, ochrona dokumentów organizacji oraz prawa własności intelektualnej. Szczegółowe opisy konkretnych realizacji poszczególnych elementów bezpieczeństwa znajdują się w dedykowanych procedurach, zaleceniach, instrukcjach i formularzach Polityki Bezpieczeństwa. Polityka Bezpieczeństwa jest aktualizowana cyklicznie zgodnie z potrzebami, a zmiany są zatwierdzane przez Zarząd COMARCH S.A. Zgodnie z jedną z podstawowych zasad Polityki Bezpieczeństwa, dostęp do informacji jest nadawany tylko tym osobom, którym jest on niezbędny do pracy, tj. wykonywania powierzonych mu obowiązków (tzw. zasada wiedzy uzasadnionej). Każda informacja (przez informację rozumiane są wszelkie dane, niezależnie od formy ich pochodzenia i sposobu utrwalenia bądź pozyskania) jest klasyfikowana zgodnie z przyjętą w Polityce zasadą klasyfikacji, ma też przypisaną osobę odpowiedzialną za stosowanie wobec tej informacji zasad określonych w Polityce. Polityka określa sposoby zabezpieczenia sprzętu, infrastruktury, przestrzeni w biurach spółek, których celem jest zapobieżenie utracie, uszkodzeniu lub innym naruszeniom bezpieczeństwa urządzeń i systemów komputerowych, w tym bezpieczeństwo poczty elektronicznej. Każda informacja jest zatem w spółkach grupy kapitałowej Comarch odpowiednio klasyfikowana i chroniona — zarówno przed nieuprawnionym dostępem wewnętrznym, jak i niebezpieczeństwami dostępu do tej informacji z zewnątrz”.

Po drugie, Izba stwierdziła, że złożenie konkretnych dokumentów, opisywanych wyjaśnieniach nie było w tej sytuacji konieczne, gdyż biorąc pod uwagę, że wykonawca Comarch należy do grupy kapitałowej, która ma charakter międzynarodowej korporacji, wysoce prawdopodobnym, a wręcz graniczącym z pewnością jest, że tego rodzaju organizacja nie może właściwie funkcjonować bez dokumentów regulujących podstawowe zasady bezpieczeństwa przepływu informacji. Podkreślenia wymaga, że w treści wyjaśnień wykonawca Comarch posłużył się konkretną nazwą dokumentu (Polityka Bezpieczeństwa), jednocześnie zakreślając moment jego obowiązywania, a także oznaczenia norm o które jest on oparty. Tym samym nie występuje po stronie Izby obawa, że ww. wyjaśnienia mają charakter jedynie fikcyjny. Nie mniej jednak nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca w przyszłości wraz z wyjaśnieniami składał konkretne dokumenty, potwierdzające prawdziwość jego twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach.

Badanie i analiza oraz argumentacja przedstawiona powyżej doprowadziła Izbę do przekonania, że wykonawca Comarch skutecznie zastrzegł informacje w zakresie:

- określonych danych, dotyczących podmiotów trzecich (podwykonawców),
- odnoszące się do Koncepcji Przyszłego Rozwoju Narzędzi i Procesów w działalności ECAM i Zielonej Linii.
- osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” (załącznik nr 5 do siwz) w odniesieniu do informacji personalizujących konkretne osoby, mające pełnić określone funkcje oraz podstawy do dysponowania daną osobą (kolumna V wykazu „Podstawa do dysponowania osobą”);
- zgromadzonych na określonych rachunkach środkach pieniężnych jak również środkach pieniężnych, przyznanych w ramach linii kredytowej, a także środkach zgromadzonych na rachunku bieżącym;
- związanym z ubezpieczeniem w zakresie odpowiedzialności cywilnej (tj. oświadczenie z dnia 15 maja 2017 r. wraz potwierdzeniem przelewu oraz Certyfikatem nr 1 do polisy OC), odnoszące się do ubezpieczającego oraz ubezpieczonych oraz informacje o wartości składki jak również podmiotu ją opłacającego.

Jednakże w zakresie badania zasadności zastrzeżenia przez danego wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób pominąć zagadnienia związanego z koniecznością ustalenia tego, czy cała treść zastrzeżonego dokumentu uzasadnia objęcia go tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba zwraca uwagę, że nie jest zasadne i dopuszczalne obejmowanie zastrzeżeniem całego dokumentu w sytuacji kiedy tylko pewna jego treść odpowiada wymogom ustawowym. Z treści przepisu art. 8 ust. 3 Pzp jednoznacznie wynika, że nie ujawnia się wyłącznie informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Tak więc możliwe jest zastrzeżenie tylko informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie dokumentu w którym takie informacje mogą być jedynie częściowo zawarte. A contrario, jeśli w dokumencie zastrzeżono informacje, które w myśl ww. przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. przynależą do tajemnicy nie posiadają to, taki dokument jako całość nie może być skutecznie zastrzeżony.

Przeprowadzona przez Izbę weryfikacja dokumentów, zastrzeżonych przez Przystępującego, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w treści tych dokumentów oprócz informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa znajdują się również informacje, które nie zasługują na ochronę.

Tym samym podniesiony zarzut w części należy uznać za uzasadniony, gdyż niedopuszczalne jest przyjmowanie przez Zamawiającego - jako prawidłowego - takiego działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które nie mogą być chronione. W takiej sytuacji Zamawiający powinien ujawnić określoną treść dokumentów, która została w sposób nieuprawniony zastrzeżona przez wykonawcę Comarch z wyłączeniem tych informacji, które rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokonanie powyższej czynności nie wymaga skomplikowanych zabiegów ze strony Zamawiającego, który „informacje wrażliwe” może zwyczajnie „zasłonić” czy też wymazać.

Izba również zwraca uwagę na nieprawidłowe działanie Zamawiającego, który zaniechał weryfikacji dokumentów, złożonych przez wykonawcę Comarch pod kątem występowania w nich informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a oparł się jedynie o oświadczenie Przystępującego oraz fakt, że dokumenty zostały wyodrębnione, odpowiednio oznaczone i osobno zbindowane. Podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego, jako gospodarza prowadzonego postępowania, jest przeprowadzenie stosownego badania i oceny informacji, zawartych w dokumentach, złożonych przez wykonawców, również przez pryzmat obecności w nich informacji mogących mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Konsekwencją potwierdzenia się - nawet jeżeli jedynie w części - zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp jest stwierdzenie przez Izbę naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz
- b) ujawnienie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k., zastrzeżonych przez wykonawcę Comarch w zakresie:
 - treści zastrzeżonej części Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie - z wyłączeniem zawartych w nim informacji, dotyczących nazw i wszelkich danych personalnych, odnoszących się do podwykonawców, w tym również w zakresie oferowanego personelu, który ma uczestniczyć w wykonaniu zamówienia;

- treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia podwykonawcy - z wyłączeniem zawartych w nim informacji, dotyczących nazwy i wszelkich danych personalnych, odnoszących się do podwykonawcy, w tym również w zakresie oferowanego personelu, który ma uczestniczyć w wykonaniu zamówienia;
- „zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia” z dnia 30 listopada 2017 r. – z wyłączeniem zawartych w nim informacji, dotyczących nazwy i wszelkich danych personalnych, odnoszących się do podwykonawcy;
- „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” (załącznik nr 5 do SIWZ) z wyłączeniem informacji personalnych konkretnej osoby, mających pełnić określone funkcje oraz podstawy do dysponowania konkretnymi osobami (kolumna V wykazu „Podstawa do dysponowania osobą”), w tym również pozostałych informacji na podstawie, których można zidentyfikować określone osoby (nazwy konkretnych, zrealizowanych projektów lub doświadczenie wskazujące na konkretny podmiot);
- dokumentu w postaci „opinii bankowej” - z wyłączeniem informacji odnoszących się do podmiotu na rzecz którego wystawiana jest gwarancja, jak również informacji o zgromadzonych na określonych rachunkach środkach pieniężnych jak również środkach pieniężnych, przyznanych w ramach linii kredytowej, a także środkach zgromadzonych na rachunku bieżącym;
- dokumentów, związanych z ubezpieczeniem w zakresie odpowiedzialności cywilnej (tj. oświadczenie z dnia 15 maja 2017 r. wraz potwierdzeniem przelewu oraz Certyfikatem nr 1 do polisy OC) - z wyłączeniem informacji odnoszących się do ubezpieczającego oraz ubezpieczonych oraz informacji o wartości składki jak również podmiotu ją opłacającego.

W ocenie Izby ujawnienie informacji zawartych ww. dokumentach z zastosowaniem powyżej opisanych wyłączeń jest w pełni zgodne z przepisami obowiązującego prawa i nie może narażać Przystępującego na poniesienie szkody w wyniku ich ujawnienia.

Podsumowując, Izba uznała, że stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp – Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.598,98 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

.....