

Sygn. akt: KIO 3059/22

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Prowadzisz
Członkowie:	Michał Pawłowski Katarzyna Poprawa
Protokolant:	Adam Skowroński

po posiedzeniach w dniach 2 i 28 grudnia 2022 oraz 1 marca i 18 kwietnia 2023 roku, oraz po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2023 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 roku przez odwołującego wykonawcę DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie

przy udziale:

- wykonawcy Asseco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3059/22 po stronie Zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3059/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Asseco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie kwotę 3 600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacja i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus*”; numer referencyjny: DPiZP.2610.19.2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 listopada 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 232-61145.

W dniu 18 listopada 2022 roku wykonawca DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie działając na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. - dalej: „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

I. Odtajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa DXC, będącej wynikiem niewłaściwej oceny treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonej przez Wykonawcę w toku Postępowania, w tym:

1. Odtajnienie całości pisma z dnia 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” wraz z załącznikami (dowodami);

2. Odtajnienie całości pisma z dnia 26 września 2022 r. pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami (dowodami);

3. Odtajnienie wszystkich złożonych podmiotowych środków dowodowych podmiotów udostępniających zasoby, wykaz osób i wykaz usług wraz z referencjami na warunek udziału w postępowaniu;

4. Odtajnienie całości pisma z dnia 18 października 2022 r. wraz z załącznikami od nr 1 do nr 13 stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 października 2022 r., znak: ZP.280.DPiZP.2610.19.2021.BS;

5. Odtajnienie całości pisma z dnia 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny” wraz z dowodami od nr 1 do nr 156;

6. Odtajnienie całości pisma z dnia 26 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień” wraz z dowodem nr 1;

- zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 – dalej: „uznk”).

Odwołujący wnioś o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zastrzeżonych przez DXC w zakresie wskazanym szczegółowo w treści uzasadnienia odwołania, tj.:

Ad zarzutu I.1 - Odwołujący wnioś o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa i utrzymanie w poufności następujących informacji:

- 1) Treść wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2022 r. dotyczących wykazu osób;
- 2) Tabela przedstawiająca wartość gospodarczą wraz z dwoma akapitami pod nią;
- 3) Pkt 3) zastrzeżenia „Podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności” w pkt 9);
- 4) Lista oraz dowody na potwierdzenie podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności.

Ad zarzutu I.2 – Odwołujący wnioś o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa i utrzymanie w poufności następujących informacji:

- 1) Treści pisma z dnia 26 września 2022 r. pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami (dowodami) w części oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ad zarzutu I.3 – Odwołujący wnioś o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa i utrzymanie w poufności następujących informacji:

- 1) wykaz osób skierowanych przez DXC do realizacji zamówienia publicznego objętego Postępowaniem na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu;
- 2) wykaz usług przedstawianych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w Postępowaniu wraz z załącznikami;
- 3) podmiotowe środki dowodowe składane przez podmioty udostępniające zasoby DXC zawierające dane tych podmiotów w zakresie danych tych podmiotów oraz informacji mogących prowadzić do identyfikacji tych podmiotów.

Ad zarzutu I.4 – Odwołujący wnioś o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa i utrzymanie w poufności następujących informacji:

- 1) pismo z dnia 18 października 2022 r. wraz z załącznikami od nr 1 do nr 13 stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 października 2022 r. w zakresie jakim nie zostało wskazane jako jawne przez Odwołującego.

Ad zarzut I.5 – Odwołujący wnioś o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa i utrzymanie w poufności następujących informacji:

- 1) całości pisma z dnia 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny” wraz z dowodami od nr 1 do nr 156 w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa przez DXC.

Ad zarzut I.6 – Odwołujący wnioś o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa i utrzymanie w poufności następujących informacji:

1) całości pisma z dnia 26 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień” wraz z dowodem nr 1 w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa przez DXC.

Wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w Postępowaniu, w tym kosztów zastępstwa prawnego w Postępowaniu.

Odwołujący podał, że informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 8 listopada 2022 r., tj. w dniu przesłania przez Zamawiającego do Wykonawcy pisma zawierającego informacje o wyborze oferty DXC jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz decyzji o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa, które to pismo wraz z decyzją Zamawiającego jest podstawą wniesienia odwołania.

Odwołujący wyказаł interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie odtajnionych dokumentów złożonych w Postępowaniu, informacje stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa mogą zostać odtajnione i udostępnione podmiotom nieuprawnionym, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy. W następstwie ww. czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na ujawnieniu informacji mających dla DXC walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 8 listopada 2022 r. działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy dokonał wyboru oferty DXC jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Ponadto w treści pisma Zamawiający poinformował o zakończeniu badania i oceny spełnienia ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z treści pisma przekazanego DXC wynika, że Zamawiający odtajnił, uznając za jawne, następujące dokumenty:

- 1) pismo z dnia 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” wraz z załącznikami (dowodami);
- 2) pismo z dnia 26 września 2022 r. pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami (dowodami) oraz wszystkie złożone podmiotowe środki dowodowe podmiotów udostępniających zasoby, wykaz osób i wykaz usług wraz z referencjami na warunek udziału w postępowaniu;
- 3) pismo z dnia 18 października 2022 r. wraz z załącznikami od nr 1 do nr 13 stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 października 2022 r., znak: ZP.280.DPiZP.2610.19.2021.BS;

4) pismo z dnia 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny” wraz z dowodami od nr 1 do nr 156;

5) pismo z dnia 26 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień” wraz z dowodem nr 1;

Zdaniem Wykonawcy odtajnienie w całości powyższych dokumentów, w tym odtajnienie informacji zastrzeżonych przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa narusza przepisy ustawy oraz przepisy uznk. W ocenie Wykonawcy przedstawił on szczegółowe i konkretne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odnoszące się do każdej z zastrzeganych informacji, natomiast decyzja Zamawiającego została uzasadniona w sposób ogólnikowy. Zamawiający pominął istotne dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa argumenty, w sposób wybiórczy odnosząc się do treści zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podał, że w zakresie czynności Zamawiającego należy odnieść się szczegółowo do odtajnienia każdego z w/w dokumentów.

1. Ad zarzutu nr I.1 - Odtajnienie całości pisma z dnia 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” wraz z załącznikami (dowodami).

Odwołujący podał, że zastrzeżona w piśmie informacja jest związana bezpośrednio z zastrzeżonym przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazem osób składanym wraz z ofertą w ramach kryterium oceny ofert i zawiera dane personalne jednej z osób wskazanych w wykazie. Co prawda informacje dotyczące wykazu osób składanego w ramach kryterium oceny ofert były przedmiotem rozpoznania w ramach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, to jednak orzeczenie to nie jest prawomocne, w związku ze złożonymi do Sądu Okręgowego skargami na orzeczenie Izby, gdzie również Odwołujący broni swojego stanowiska, co do zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych m.in. w wykazie osób składanym w ramach kryterium oceny ofert w Postępowaniu.

Wskazać również należy, że sam Zamawiający uznaje swoje wcześniejsze decyzje w zakresie utrzymania określonych informacji w tajemnicy, tj. informacji zawartych również w wykazie osób, za prawidłowe, co potwierdza w toku wspomnianego wyżej postępowania skargowego. Zatem niezrozumiałym jest stwierdzenie, że Zamawiający nie uznaje skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w piśmie DXC z dnia 1 sierpnia 2022 r., powiązanych bezpośrednio z wykazem osób składanym wraz z ofertą w ramach kryterium oceny ofert w Postępowaniu.

DXC wskazał, że w zakresie treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i jego utajnienia, zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, potwierdzając, że czynność Zamawiającego z dnia 15 lipca 2022 r. nie była przedmiotem odwołania DXC i odtajnienie części informacji zawartych w treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest na obecnym etapie Postępowania jawne. Jednakże DXC podtrzymało swoje stanowisko wyrażone również

w skardze na orzeczenie Izby, że Zamawiający prawidłowo utrzymał w tajemnicy część informacji zawartych w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, określonych w piśmie z dnia 15 lipca 2022 r. Zdaniem Wykonawcy informacje te mają przymiot tajnych, również w odniesieniu do treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w piśmie z dnia 1 sierpnia 2022 r., a decyzja Zamawiającego o odtajnieniu całości pisma wraz z załącznikami narusza przepisy ustawy.

DXC podał, że uważa sposób zastrzeżenia wykazu osób złożonego wraz z ofertą za prawidłowy wskazujący na spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk. Twierdzenia Zamawiającego wskazane w piśmie z dnia 8 listopada 2022 r., są w części powieleniem argumentów podnoszonych przez Izby w wyroku z dnia 16 sierpnia 2022 r. Sygn. akt: KIO 1936/ 22, KIO 1962/22.

Odwołujący podał, że twierdzenie Zamawiającego jakoby samo ujawnienie informacji o zespole Wykonawcy skierowanym do realizacji przedmiotu zamówienia, nie miało wpływu na możliwość „podkupienia” tych osób jest chybione. Wystarczające jest wskazanie tych danych, które umożliwiają identyfikację zespołu i ewentualne próby jego przejęcia. Zamawiający całkowicie pomija kwestię rywalizacji rynkowej, która może przybrać różne formy, przykładowo niewykluczone jest zaproponowanie lepszych warunków/przejęcie całego zespołu specjalistów odpowiadających wymaganiom Zamawiającego, tylko po to, aby to Wykonawca miał problem z realizacją przedmiotu Umowy, czy też po to by konkurencja mogła podnieść argument o braku wymaganego zespołu. Zatem sposobem zabezpieczającym Wykonawcę przed takimi właśnie działaniami jest zastrzeżenie danych osób wchodzących w skład zespołu. Odwołujący podał, że nie sposób nawet przyjąć jakie dowody na przejęcie pracowników można by w tej sytuacji przedstawić. Logicznym i zgodnym z doświadczeniem życiowym jest, że zmiana pracodawcy może przebiegać w różny sposób, niekoniecznie potwierdzający jednoznacznie przejęcie danego pracownika przez podmiot konkurujący w danym zamówieniu. Odwołujący podał, że podejmowane działania i konsekwentne zastrzeżenie tych informacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia jak również obowiązek zachowania poufności przez pracowników, na co dowód DXC złożyło wraz z zastrzeżeniem, powodują, że takie „przejęcia” nie są możliwe.

Ponadto zarówno w zastrzeżeniu złożonym wraz z ofertą, jak również w zastrzeżeniu złożonym wraz z omawianym pismem Wykonawca wskazywał jednoznacznie na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji w postaci danych personalnych osób wskazanych w wykazie w ramach kryterium oceny ofert. Informacje te zostały prawidłowo utrzymane pismem z 15 lipca 2022 r. w tajemnicy i wskazują jednoznacznie, że informacje te mają konkretny wymiar finansowy, ekonomiczny, zatem też konkretną wartość gospodarczą. Zdaniem Odwołującego oczekiwanie, że Wykonawca zastrzegając dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa udowodniać będzie każde twierdzenie przedstawiając

na jego poparcie dokumenty jest żądaniem nadmiernym, prowadzącym wręcz do braku możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do istotnych dla Wykonawcy informacji, godzącym w uprawnienie przewidziane w art. 18 ust. 3 ustawy. Pogląd ten, a potwierdzający stanowisko DXC, że nie każde twierdzenie musi być poparte dowodem w postaci dokumentu i, że nie na tym polega wykazanie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk zdaniem Odwołującego wyrażony został w wielu orzeczeniach Izby, m.in. w wyroku z dnia 27 stycznia 2022 r., sygn. KIO 22/22.

Odwołujący podał, że zasadnym jest w jego ocenie utrzymanie w tajemnicy informacji zawartych w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, tj.:

- 1) Tabela przedstawiająca wartość gospodarczą wraz z dwoma akapitami pod nią;
- 2) Pkt 3) zastrzeżenia „Podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności” w pkt 9);
- 3) Lista oraz dowody na potwierdzenie podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności;

Podał Odwołujący, że o ile DXC nie kwestionuje odtajnienia części zastrzeżenia odtajnionej przez Zamawiającego w dniu 15 lipca 2022 r., to stoi w dalszym ciągu na stanowisku, że w/w informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa DXC i ze względu na ich wrażliwą treść winny zostać utrzymane w poufności. Trudno oczekiwać przy tym by Wykonawca dodatkowo zastrzegł również składane dowody, które same w sobie ze względu na ich charakter mają przymiot poufności i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa DXC. Niemal całe uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało odtajnione przez Zamawiającego w dniu 15 lipca 2022 r. i jako, że omawiane zastrzeżenie jest tożsame Wykonawca nie neguje możliwości odtajnienia tożsamyh fragmentów. Co do zasady zatem niemal całe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w tej sytuacji będzie jawne.

2. Ad zarzutu nr I.2 - Odtajnienie całości pisma z dnia 26 września 2022 r. pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami (dowodami)

Odwołujący uzasadniał, że samo już wskazanie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 listopada 2022 r. części jawnych i tajnych pisma zawiera informacje sprzeczne z treścią zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 26 września 2022 r., bowiem Zamawiający wskazuje na inne strony, które są jawne, niż te które w treści zastrzeżenia wskazał Wykonawca. Strony jawne to: 1,2, część 5 strony, część 9 strony, część strony 13, 14,15, część strony 16, 18 i część strony 19.

Odwołujący podał, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeganych informacji w swojej treści odnosi się bezpośrednio do każdej informacji, każdego zbioru informacji jakie DXC zastrzega jako swoją tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to zostało w zakresie wykazania przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk przygotowane do Postępowania i do zaistniałego stanu faktycznego.

Zamawiający w treści pisma z dnia 8 listopada 2022 r. odnosi się do informacji, których nie ma w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zwrócić należy uwagę, że Wykonawca wykazując przesłanki ustawowe odnosi się indywidualnie do każdej z zastrzeganych informacji, wykazując każdą z przesłanek w zakresie danej informacji. Zatem argumenty Zamawiającego o podobieństwie zastrzeżenia również są chybione. Niemniej jednak oczywistym jest w ocenie Odwoływającego, że kierując się jednakową polityką i przekonaniem o słuszności podnoszonych argumentów, nie sposób oczekiwać by z każdym składanym dokumentem, Wykonawca całkowicie odmiennie zastrzegał tajemnicę przedsiębiorstwa. Istotne są w tym zakresie argumenty podnoszone przez Odwoływającego w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które czynią zadość przesłankom ustawowym.

W treści pisma z dnia 8 listopada 2022 r. Zamawiający w dużej mierze odwołuje się do wyroku Izby z dnia 16 sierpnia 2022 r. Sygn. akt: KIO 1936/ 22, KIO 1962/22. Odwołujący podał, że podczas postępowania skargowego, Zamawiający podtrzymywał swoje stanowisko, jakie zajmował przed Izbą, tj. utajnienia części wskazanych informacji. Wskazać przy tym należy, że w/w orzeczenie zostało zaskarżone przez DXC i w dniu składania odwołania wciąż jest rozpoznawane.

Odwołujący zaznaczył, że w zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa treści uzasadnienia, znajdują się m.in. odwołania do konkretnych podmiotów udostępniających zasoby jak i do dowodów przedstawianych w celu wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk, stąd zdaniem Odwoływającego zastrzeżone fragmenty uzasadnienia winny podlegać ochronie jak sama zastrzegana informacja. Istotną kwestią jest również utrzymanie tajemnicy w zakresie składanych wraz z zastrzeżeniem dowodów, ze względu na ich charakter i wrażliwość zawartych tam danych. Trudno oczekiwać przy tym by Wykonawca dodatkowo zastrzegał również składane dowody, które same w sobie ze względu na ich charakter mają przymiot poufności i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa DXC.

Ad zarzutu nr I. 3 - Odtajnienie wszystkich złożonych podmiotowych środków dowodowych podmiotów udostępniających zasoby, wykaz osób i wykaz usług wraz z referencjami na warunek udziału w postępowaniu

Zamawiający w piśmie z dnia 8 listopada 2022 r. w zakresie decyzji o odtajnieniu podmiotowych środków dowodowych w głównej mierze odnosi się do wyroku z dnia 16 sierpnia 2022 r. Sygn. akt: KIO 1936/ 22, KIO 1962/22, który jak wskazano na dzień złożenia niniejszego odwołania nie jest jeszcze prawomocny, a Odwołujący podtrzymał swoje twierdzenia zawarte w skardze na wyrok Izby. Ponadto sam Zamawiający w toku postępowania skargowego stał na stanowisku, że podjęte przez niego czynności były prawidłowe, zatem niejako popierał stanowisko Odwoływającego.

Odwołujący podał, że w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 26 września

2022 r. Wykonawca odniósł się do każdej z zastrzeganych informacji indywidualnie, w stosunku do każdej z nich wykazując przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk. Uzasadnienie to nie jest identyczne ze złożonymi wcześniej.

Odwołujący podał, że jak podkreślał Odwołujący informacje zawarte w:

- 1) wykazie osób skierowanych przez DXC do realizacji zamówienia publicznego objętego Postępowaniem na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu;
- 2) wykazie usług przedstawianych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w Postępowaniu wraz z załącznikami;
- 3) podmiotowych środkach dowodowych składanych przez podmioty udostępniające zasoby DXC zawierające dane tych podmiotów w zakresie danych tych podmiotów oraz informacji mogących prowadzić do identyfikacji tych podmiotów;

Mogą stanowić i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa DXC. Odnosząc się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób, to za aktualne należy uznać stanowisko Odwołującego wyrażone w zakresie zarzutu odwołania nr I.1, bowiem zakres zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest tożsamy z tym dotyczącym wykazu osób składanego wraz z ofertą. Niemniej jednak w zakresie wykazu osób na potwierdzenie warunku udziału w Postępowaniu, Odwołujący przywołał dodatkową argumentację w zakresie chociażby wartości gospodarczej zastrzeganych informacji i tego w jaki sposób się ona objawia w zaistniałym stanie faktycznym.

Odwołujący podkreślił jednocześnie, że bez wątplenia dane personelu skierowanego do realizacji przedmiotu zamówienia mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co niejednokrotnie podkreślane było przez Izbę, m. in. w wyroku z dnia z dnia 25 stycznia 2022 r., KIO 80/22.

Ocena złożonego przez Wykonawcę zastrzeżenia w zakresie wykazu osób dokonana przez Zamawiającego jest arbitralna i nie poparta żadnymi konkretnymi argumentami. Do obowiązków Zamawiającego należy, co prawda stwierdzenie czy Wykonawca uczynił zadość treści art. 18 ust. 3 ustawy, jednak w treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego nie sposób odnaleźć argumenty w tym zakresie.

Odwołujący podał, że wartość gospodarcza zastrzeganych informacji to nie tylko określona kwotowo wartość, to wskazane niewymierne, czy nie dające się łatwo określić straty, korzyści na które w zakresie wykazu osób Odwołujący wskazuje na stronie 3 i 4 zastrzeżenia. Treść pisma Zamawiającego wskazuje, że nie w pełni zapoznał się z treścią uzasadnienia, bowiem odesłanie do certyfikatów w treści uzasadnienia jest jak najbardziej zasadne i dotyczy certyfikatów jakie zobowiązany był wskazać Wykonawca w treści wykazu osób, zatem twierdzenia Zamawiającego są całkowicie chybione również w tym zakresie. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób zawierało informacje jaką wartość gospodarczą dla DXC mają dane poszczególnych osób, argumenty dlaczego dane

te nie są dostępne osobom zwykle zajmującym się tego typu informacjami oraz wykazano jakie konkretne działania zostały podjęte w celu zachowania tych informacji w poufności.

Tożsama argumentacja dotyczy wykazu usług, DXC przedstawiło konkretne argumenty odnoszące się do wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Zamawiający zaś w treści uzasadnienia o odtajnieniu informacji zawartych w wykazie usług nie odnosi się bezpośrednio do tych informacji. Powołuje się przy tym na fragment wyroku całkowicie oderwany od argumentacji zawartej przez Wykonawcę w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie. Argumentacja zawarta w zastrzeżeniu łączy się niejako z argumentacją dotyczącą podmiotów udostępniających zasoby w Postępowaniu, co również jest istotne z punktu widzenia utrzymania tych informacji w poufności. DXC w treści uzasadnienia dotyczącego wykazu usług odnosi się w sposób konkretny do wartości gospodarczej poszczególnych informacji strona 6 i 7 zastrzeżenia, wskazując jednocześnie w tym zakresie na dowody potwierdzające twierdzenia Odwołującego. Argumenty te i dowody Zamawiający całkowicie pominął w treści swojego uzasadnienia, zatem Zamawiający nie wypełnił podstawowego obowiązku jakim jest należyte uzasadnienie podejmowanych decyzji.

Tożsama argumentacja dotyczy podmiotowych środków dowodowych składanych przez podmioty udostępniające zasoby DXC. Wykonawca konsekwentnie podkreślił, że w sposób prawidłowy dokonał zastrzeżenia nazw tych podmiotów w treści zastrzeżenia złożonego wraz z ofertą, jak również rozbudował i dostosował tę argumentację do podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący podał, że po raz kolejny argumenty Zamawiającego o identycznym uzasadnieniu należy uznać za nietrafne, bowiem w złożonym zastrzeżeniu Wykonawca odnosi się bezpośrednio i indywidualnie do zastrzeganych informacji w ramach podmiotowych środków dowodowych składanych przez podmioty udostępniające DXC zasoby. Z pewnością – tak wskazał Odwołujący – należy uznać, że Odwołujący wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji i przedstawił w tym zakresie również dowody. Uzasadnienie znajduje się na stronie 11 i 12 treści zastrzeżenia. Odwołujący podał, w odniesieniu do wiedzy osób zwykle zajmujących się tego typu informacjami, to nawet jeżeli podmioty uczestniczące w Postępowaniu „domyślają się” próbując odgadnąć z jakimi podmiotami współpracę nawiązało DXC w Postępowaniu, to informacje te nie zostały w żaden sposób potwierdzone, więc stanowić mogą jedynie niczym niepotwierdzone domniemanie. Odwołujący podał, że wykazał również w jaki sposób chroni poufność zastrzeganych informacji, przedstawił na potwierdzenie tego faktu również dowody, zatem wypełnił kolejną przesłankę z art. 11 ust. 2 uznk. Bez wątplenia fakt nawiązania współpracy handlowej i dane takiego podmiotu, jak również informacje znajdujące się w podmiotowych środkach dowodowych mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. Wskazał na potwierdzenie powyższego wyrok Izby z dnia 9 maja 2022 r., sygn. akt KIO 991/22 oraz

wyrok z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 80/22.

Zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, na podstawie przedstawionego pisma, jakie argumenty Odwołującego zawarte w treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i w jakim zakresie Zamawiający uznał za niewiarygodne, dlaczego w jego ocenie DXC nie wykazało przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Zatem nie sposób również przyjąć, że czynność podjęta przez Zamawiającego jest prawidłowa i znajduje potwierdzenie w stanie faktycznym sprawy.

Ad zarzutu nr I. 4 - Odtajnienie całości pisma z dnia 18 października 2022 r. wraz z załącznikami od nr 1 do nr 13 stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 października 2022 r., znak: ZP.280.DPiZP.2610.19.2021.BS

Wykonawca składając przedmiotowe pismo powołał się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w piśmie z dnia 26 września 2022 r. w zakresie podmiotowych środków dowodowych składanych przez podmioty udostępniające zasoby DXC, argumentacja za utrzymaniem tajemnicy omawianego pisma pozostaje tożsama z argumentacją zawartą w uzasadnieniu zarzutu nr I. 3.

Podstawą do zastrzeżenia informacji zawartych w omawianym piśmie, był fakt, że informacje te dotyczą podmiotu udostępniającego zasoby DXC i już ze względu na tę okoliczność zasadnym było podjęcie przez Odwołującego działań w celu zachowania tych informacji w poufności. Odwołujący podkreślił ponownie, że w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 26 września 2022 r. wykazał spełnienie wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Natomiast czynność Zamawiającego nie jest poparta żadną argumentacją odnoszącą się do tych konkretnych informacji i do uzasadnienia ich zastrzeżenia. Należy zatem uznać w ocenie Odwołującego, że działanie Zamawiającego w tym zakresie stanowiło naruszenie przepisów ustawy PZP.

Ad zarzutu nr I. 5 - Odtajnienie całości pisma z dnia 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny” wraz z dowodami od nr 1 do nr 156

W zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa DXC co do odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie badania rażąco niskiej ceny Odwołujący podał, że uzasadnienie odtajnienia powyższego dokumentu wraz z dowodami wynika z braku analizy treści zastrzeżenia i odniesienia go do treści wyjaśnień.

Odwołujący podał, że w sposób konkretny odnosi się w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa do poszczególnych przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Wykonawca z jednej strony wskazuje na wyjaśnienia jako na całość, zbiór informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i wskazuje, że jako takie powinny być one traktowane, jako całość. Odwołuje się do wyroku w sprawie zastrzeżenia informacji zawartych właśnie w wyjaśnieniach ceny zaoferowanej w postępowaniu, który uzyskał Odwołujący, a mianowicie wyrokiem z dnia 2 listopada 2021 r., KIO 2935/21, KIO 2946/21,

Izba utrzymała tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wskazując, że bez wątpienia wyjaśnienia ceny można uznać za zbiór informacji, który jako całość stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podał, że bez wątpienia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przenoszą na grunt danego postępowania, bardzo szczegółowo wiedzę i doświadczenia każdego z wykonawców, zdobywaną latami i wykorzystywaną przy składaniu ofert, a mianowicie wiedzę w kwestii kalkulacji ceny oferty. To właśnie na te elementy w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwraca uwagę Odwołujący, podkreślając istotność i doniosłość tych informacji jako zbioru. Zatem już samo uznanie wyjaśnień jako zbioru informacji powinno być podstawą do stwierdzenia, że mogą one jako całość stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa DXC. Odwołujący odniósł się w treści uzasadnienia do poszczególnych elementów, informacji składających się na treść wyjaśnień, na stronach 91 – 100 wykazując jaką te poszczególne elementy i zbiór jako całość mają wartość gospodarczą. Podkreślić przy tym należy, że dla wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, w tym kalkulacji ceny oferty nie jest konieczne w każdym przypadku przedstawianie konkretnej kwoty pieniężnej, wystarczające jest natomiast wykazanie jakiego rodzaju straty może ponieść Wykonawca w związku z ujawnieniem danych informacji. Powołał się ponownie na wyrok z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2935/21, KIO 2946/21. Odwołujący podał, że twierdzenia Zamawiającego co do braku wykazania wartości gospodarczej informacji zawartych w wyjaśnieniach, należy uznać za chybione. Bowiem z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika wprost jaką wartość stanowi dla DXC i dla jej partnerów biznesowych zbiór informacji stanowiący kalkulację ceny oferty jak również poszczególne elementy tego zbioru. Powołał wyrok SO w Poznaniu z dnia 19.03.2015r., sygn. akt: X Ga 76/15. Co do braku zasadności twierdzeń Zamawiającego w zakresie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 9 maja 2022 r., sygn. akt KIO 991/22.

W odniesieniu do części dowodów, o których Zamawiający wspomina w treści uzasadnienia Odwołujący wskazał na wewnętrzną sprzeczność uzasadnienia, z jednej strony Zamawiający informuje o odtajnieniu całości wyjaśnień wraz z dowodami, w drugim o podjęciu określonych czynności wobec złożonych dowodów, które w tej formie zostały złożone przez Odwołującego ze względu na dochowanie należytej staranności i chęć uniknięcia zarzutów co do ewentualnej fikcyjności przedstawionych informacji. Tym bardziej argumentacja Zamawiającego jest w tym zakresie niezrozumiała i niespójna.

Zamawiający ponadto w sposób wybiórczy odnosi się do argumentów w zakresie przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk a wykazanych przez DXC w treści zastrzeżenia, Zamawiający bowiem wskazuje na pewne dane, które co prawda mogą być w niektórych sytuacjach jawne jednak z pewnością w danym zbiorze, zestawieniu nie są znane żadnemu

podmiotowi, a z pewnością już nie są powszechnie znane. Wszystkie informacje wskazane w treści wyjaśnień służą bowiem uzasadnieniu przyjętej kalkulacji, co konsekwentnie Zamawiający pomija. Nawet jeżeli Zamawiający pewne informacje uznaje za niemające waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, z czym Odwołujący się nie zgadza, to nie ma podstaw do uznania, że jest to podstawą do ujawnienia całości informacji zawartych w tak istotnym elemencie jak wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Również część argumentów Zamawiającego sugerująca, że DXC powieli argumentację zawartą w innych uzasadnieniach złożonych w Postępowaniu, świadczy tylko i wyłącznie o konsekwencji i przekonaniu o słuszności argumentacji jak i prawidłowości treści zastrzeżenia, a nie jest argumentem przemawiającym za odtajnieniem całości omawianego dokumentu. Co więcej argument Zamawiającego w tym zakresie jest bezprzedmiotowy, bez wątpienia bowiem treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień ceny zaoferowanej w Postępowaniu została dostosowana do konkretnego dokumentu i informacji jakie DXC utajnia, o czym świadczy już choćby pobieżna analiza treści zastrzeżenia. Treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się do kalkulacji ceny oferty jako całości, przesądzającej de facto o możliwości rywalizacji na rynku zamówień danego wykonawcy. Wyjaśnienia pokazują pewien proces, szczególnie dla danego wykonawcy, którego efektem jest możliwość zaoferowania określonej ceny w Postępowaniu. To właśnie ten zbiór informacji stanowiący nierozdzielalną całość DXC zastrzegło w Postępowaniu i wykazało spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Zamawiający odtajniasjąc całość wyjaśnień złożonych przez DXC wraz z dowodami naruszył art. 18 ust. 3 ustawy.

Ad zarzutu nr I. 6 - Odtajnienie całości pisma z dnia 26 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień” wraz z dowodem nr 1

Na wstępie podkreślić należy, że wskazane wyjaśnienia łączą się w sposób nierozdzielalny z innym dokumentem złożonym w Postępowaniu i dotyczą tych samych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy. Zatem przedstawione wraz z pismem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest żadnym powieleniem uzasadnienia, a konsekwencją i kontynuacją wcześniej złożonego uzasadnienia i stanowiska. W treści uzasadnienia wykazano w stosunku do zastrzeganych informacji ziszczenie się przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Mając na względzie treść wcześniejszego uzasadnienia odwołania należy wskazać, że odnosi się ona również do wskazanej decyzji Zamawiającego i argumentacja w tym zakresie zachowuje swoją aktualność.

Odwołujący podał, że zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej w odwołaniu argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

Po przeprowadzeniu posiedzeń i rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 8 listopada 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez Strony postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie. Izba zaznacza w tym miejscu, że w zakresie rozpoznania przedmiotowej sprawy odwoławczej terminy kolejnych posiedzeń były odraczane odpowiednio na wniosek stron postępowania odwoławczego oraz/lub uczestników postępowania odwoławczego.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęły następujące pisma merytoryczne:

- 1) pismo Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2022 roku „*Odpowiedź na odwołanie*” – w piśmie tym Zamawiający złożył następujące oświadczenie „*Zamawiający uwzględnia odwołanie DXC Technology Polska sp. z o.o. (KIO 3059/22)*”,
- 2) pismo Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Asseco) z dnia 16 grudnia 2022 roku – w piśmie tym wykonawca Asseco złożył następujące oświadczenie: *Przystępujący Asseco Poland S.A. wnosi niniejszy sprzeciw, uznając, że odwołanie wniesione przez Odwołującego jest bezpodstawne, i w związku z tym wnioskuje o oddalenie odwołania wniesionego przez DXC Technology Polska Sp. z o. o. w całości.*
- 3) pismo Asseco z dnia 23 grudnia 2022 roku - „Pismo procesowe Asseco Poland S.A. – odpowiedź na odwołanie DXC Technology Polska sp. z o.o.”

- 4) Pismo Odwołującego z dnia 23 lutego 2023 roku
- 5) Pismo Asseco z dnia 28 lutego 2023 roku – „Pismo procesowe Asseco Poland S.A. w związku z pismem DXC Technology Polska sp. z o.o. z 23.02.2023r.”
- 6) Pismo Odwołującego z dnia 28 lutego 2023 roku,
- 7) Pismo Asseco z dnia 13 kwietnia 2023 roku – „Pismo procesowe Asseco Poland S.A.”,
- 8) Pismo Odwołującego z dnia 17 kwietnia 2023 roku,
- 9) Pismo Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2023 roku – „Odpowiedź na pismo procesowe Asseco z dnia 13 kwietnia 2023 r. (dalej: „Pismo Asseco”)co do jego części pt. „Stan faktyczny realizacji umowy (...)””.

Izba ustaliła, że w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus*” Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 16 sierpnia 2022 rok wydała wyrok w sprawach o sygn. akt KIO 1936/22 i KIO 1962/22. Zgodnie z ww. wyrokiem Izba nakazała:

(...) uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1936/ 22 i nakazuje zamawiającemu: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie odtajnienie i udostępnienie złożonych przez wykonawcę: DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami;

uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1962/ 22 i nakazuje zamawiającemu: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie odtajnienie i udostępnienie:

- złożonych przez wykonawcę: DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie następujących informacji i dokumentów: (1) Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami; (2) Załączników do oferty od numeru 15.7 do numeru 15.17 (wyciągi z rejestru handlowego dla podmiotów użyczających zasoby, zobowiązania podmiotów użyczających zasoby, JEDZ DXC Technology Polska sp. z o. o. cz. Tajna, JEDZ podmiotów użyczających zasoby, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, oświadczenia podmiotów użyczających zasoby);

- złożonych przez wykonawcę: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie następujących informacji i dokumentów: (1) Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z

załącznikami; (2) Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” (zał. 15.2. do oferty) w zakresie danych, które zostały przez tego wykonawcę objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (w tym: imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego zawartych w wykazie, numerów certyfikatów oraz dat ważności certyfikatów wskazanych w wykazie, projektów realizowanych na rzecz instytucji komercyjnych, okresu udziału w projektach komercyjnych podmiotu/ podmiotów na rzecz których zrealizowano projekty komercyjne);

Wyrokiem z dnia 15 lutego 2023 roku Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych wydał wyrok w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 129/22, oddalając skargę wykonawcy DXC Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W sprawie sygn. akt XXIII Zs 138/22 zawisłej ze skargi Asseco na ww. orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wydane zostało postanowienie z uwagi na wycofanie skargi.

Izba ustaliła, że **pismem z dnia 8 listopada 2023 roku Zamawiający** przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. wykonawcy DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Jednocześnie w treści pisma z dnia 8 listopada 2022 roku skierowanego do Asseco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz w piśmie skierowanym do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie Zamawiający podał również:

Zamawiający informuje o zakończeniu czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w dokumentach i wyjaśnieniach składanych w trakcie postępowania przez Wykonawcę DXC Technology Polska Sp. z o.o.

1. *Pismo z dn. 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” wraz z załącznikami (dowodami).*

Zamawiający uznaje wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach za jawne.

2. *Pismo z dn. 26 września 2022 r. pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami (dowodami) oraz wszystkie złożone podmiotowe środki dowodowe*

podmiotów udostępniających zasoby, wykaz osób i wykaz usług wraz z referencjami na warunek Udziału w postępowaniu.

Zamawiający uznaje wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach za jawne.

- 3. Pismo z dn. 18 października 2022 r. wraz z załącznikami od nr I do nr 13 stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 06 października 2022 r., znak: ZP.280.DPiZP.2610.19.2021 .BS.*

Zamawiający uznaje wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach za jawne.

- 4. Pismo z dn. 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny” wraz z dowodami od nr I do nr 156.*

Zamawiający uznaje wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach za jawne.

- 5. Pismo z dn. 26 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień” wraz z dowodem nr I .*

Zamawiający uznaje wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach za jawne.

Zamawiający nadmienia, że wszystkie informacje uznane przez Zamawiającego za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy będą podlegały udostępnieniu innym podmiotom po upływie terminu na wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od wskazanej czynności Zamawiającego.

W piśmie z tej samej daty tj. 8 listopada 2023 roku skierowanym do wykonawcy DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Zamawiający przedstawił również stanowisko co do zakończonych czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w dokumentach i wyjaśnieniach składanych w trakcie postępowania przez wykonawcę DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – pismo to, zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego (opis pliku) stanowi Tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, co zgodne jest również z oświadczeniami Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, że dokumenty DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wskazane w piśmie z dnia 8 listopada 2022 roku skierowanym do wykonawców nie zostały udostępnione przez Zamawiającego żadnemu wykonawcy.

Izba ustaliła również, co zgodne jest również z oświadczeniami Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie,

że dokumenty objęte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2022 rok o sygn. akt KIO 1936/22 i KIO 1962/22 oraz wyrokiem z dnia 15 lutego 2023 roku Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych sygn. akt XXIII Zs 129/22 nie zostały udostępnione przez Zamawiającego żadnemu wykonawcy.

Izba stwierdziła z urzędu, co zakomunikowała Stronom postępowania oraz uczestnikom postępowania odwoławczego w trakcie posiedzenia z ich udziałem w dniu 2 grudnia 2022 roku, że **w dniu 25 listopada 2022 roku, z wniosku Zamawiającego, zostało wydane przez Izbę postanowienie sygn. akt KIO/W 38/22 w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne.**

W trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 2 grudnia 2022 roku Zamawiający oświadczył do protokołu, że **w dniu 29 listopada 2022 roku zawarł umowę z wykonawcą DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Warszawie**, co stanowiło podstawę odroczenia posiedzenia.

Izba zważyła:

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu. Pogląd ten jest jednoznaczny i ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej od lat (tak np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-29 sygn. akt KIO 752/23 - *Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu;* podobnie: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-20, sygn. akt KIO 596/23; Wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 2021-08-18, sygn. akt KIO 2350/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-10-13, sygn. akt KIO 2811/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-08-06, sygn. akt KIO 2043/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-03-03, sygn. akt KIO 427/22; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2020-10-26, sygn. akt KIO 2540/20).

Ten sam pogląd funkcjonował i ugruntowany był w oparciu o przepisy, nieobowiązującej już na dzień dzisiejszy, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (art. 179 ust. 1 tejże ustawy), w oparciu o który to przepis, interes w uzyskaniu danego zamówienia badany jest na moment wniesienia odwołania (tak np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-11-12, sygn. akt KIO 2345/10; Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2014-11-28, sygn. akt V Ca 3383/14; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-08-11, sygn. akt KIO 1488/14, KIO 1548/14; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-06-04, sygn. akt KIO 960/14, KIO 961/14; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-09-16, sygn. akt KIO 1901/15, KIO 1922/15 - *Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, badany jest na moment wniesienia odwołania.*; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-03-20, sygn. akt KIO 438/15; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-05-16, sygn. akt KIO 859/18).

W odniesieniu do przedmiotowej sprawy odwoławczej Izba dostrzega – zgodnie z regulacją art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego – że w dniu 29 listopada 2022 roku Zamawiający zawarł umowę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym zawarcie tej umowy nastąpiło po wydaniu w dniu 25 listopada 2023 roku postanowienia z wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, który złożył Zamawiający. Wniesienie odwołania blokuje Zamawiającemu możliwość zawarcia w postępowaniu umowy (art. 577 ustawy), tym samym zdarzeniem pierwotnym jest wniesienie odwołania. Prawodawca pozostawił Zamawiającemu możliwość złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu, a Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy. Uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu, a w konsekwencji zawarcie przez Zamawiającego umowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, nie zmienia sytuacji wykonawcy w kontekście oceny skuteczności wykazania na moment wniesienia odwołania materialnoprawnych przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy (tak też: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-01-02, sygn. akt KIO 3407/22; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-08-06, sygn. akt KIO 1739/21), których skuteczne wykazanie niezbędne jest dla oceny zasadności podnoszonych zarzutów merytorycznych odwołania (tak też: Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 roku sygn. akt IX Ga 44/08; Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 października 2008 roku sygn. akt XII Ga 308/08; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z 2020-10-26 sygn. akt KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2021-09-21 sygn. akt 2565/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2022-02-25 sygn. akt 373/22; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-29 sygn. akt KIO 752/23).

Fakt zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie pozbawia wykonawcy „z automatu” interesu w uzyskaniu zamówienia, który badany jest na moment wniesienia odwołania, co w sposób jednoznaczny potwierdza regulacja art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym to przepisem Izba uwzględniając odwołanie w przypadku, jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – a takiego przypadku dotyczy przedmiotowe postępowanie odwoławcze – stwierdza naruszenie przepisów prawa. Potwierdza to w sposób jednoznaczny, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Izba bada na moment wniesienia odwołania, co jest również ugruntowane w orzecznictwie Izby.

Wymaga zaznaczenie i podkreślenia w tym miejscu, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku dokonania i zakomunikowania wykonawcom wyboru oferty najkorzystniejszej dochodzi, pomiędzy wykonawcą wybranym a Zamawiającym, do nawiązania stosunku, który w doktrynie uznawany jest za nawiązanie umowy przedwstępnej. Przy czym, co istotne z punktu widzenia zamówienia publicznego ustawodawca nie ograniczył Zamawiającemu, po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, możliwości podejmowania czynności w postępowaniu o zamówienie. Oznacza to, że Zamawiający może dokonać czynności jak np.: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej czy też, jak w rozpoznawanej sprawie, zawarcia umowy w oparciu o uchylony zakaz zawarcia umowy. Różnica jednakże jest taka, że w przypadku czynności zawarcia umowy o zamówienie publiczne, zgodnie z art. 254 pkt 1 ustawy dochodzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (również w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego art. 254 pkt 2 ustawy). Zakończenie postępowania o zamówienie, w skutek zawarcia umowy w okolicznościach dopuszczonych ustawą, nie zmienia jednakże okoliczności badania przesłanek materialnoprawnych z art. 505 ustawy i ich oceny na moment wniesienia odwołania, co potwierdza w sposób jednoznaczny regulacja art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy, oraz ugruntowane orzecznictwo Izby (o czy wyżej) i doktryna w zakresie tego przedmiotu, i tak np.: w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku Urzędu Zamówień Publicznych red. H. Nowak i M. Winiarz, str. 1369 - *Jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w Pzp, Izba może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy (art. 554 ust. 3 pkt 3 Pzp)*; Prawo zamówień publicznych. Komentarz

red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak rok 2022 (Legalis) - *W tych przypadkach Izba ogranicza się do stwierdzenia naruszenia przepisów PZP; Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. dr hab. M. Sieradzka, rok 2022 (Legalis) - Wyrok KIO, gdy umowa w sprawie zamówienia została zawarta w okolicznościach dopuszczalności KIO może jedynie stwierdzić naruszenie przepisów ustawy (art. 554 ust. 3 pkt 3 PrZamPubl).*

Mając na uwadze powyższe nie sposób również uznać, że w skutek zawarcia umowy w okolicznościach dopuszczonych ustawą, zaistniały podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innych przyczyn zbędne lub niedopuszczalne. Umorzenie przez Izbę postępowania odwoławczego w przypadku rozpoznawanej sprawy odwoławczej należałoby ocenić jako działanie *contra legem*, wobec regulacji zobowiązującej Izbę, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, do wydania wyroku stwierdzającego naruszenie przepisów ustawy.

Konkludując, Izba w przypadku poddania pod rozpoznanie odwołania, po wniesieniu którego doszło do zawarcia umowy w okolicznościach dopuszczonych ustawą, bada wykazanie przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 505 ust. 1 ustawy na moment wniesienia odwołania. Nie zachodzi również w takich okolicznościach podstawa umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy.

Izba postanowiła nie uwzględniać wniosków o zadania pytań prejudycjalnych (wszystkich zgłoszonych pytań tj.: w piśmie Zamawiającego z 2 grudnia 2022 roku oraz pismach Odwołującego z dnia 23 i 28 lutego br. W ocenie Izby, w zakresie postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą, przy uwzględnieniu powyższej argumentacji, proponowane pytania do TSUE są niezasadne.

W zakresie zarzutów (I.1 – I.6) odwołania:

tj. naruszenia przepisu art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 – dalej: „uznk”) w odniesieniu do wskazanych w odwołaniu dokumentów Odwołującego – **Izba zarzuty uznała za niezasadne.**

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

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

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

- art. 18 ust. 3 ustawy - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), 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.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) – 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.

Izba dopuściła postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy dowody zawnioskowane i złożone do akt sprawy przez Zamawiającego:

- dowód nr 1 – pismo Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie z dnia 24 lutego 2023 roku,

- dowód nr 2 – artykuł prasowy „Kontrowersyjny przetarg ARiMIR”,

- dowód nr 3 – opracowanie własne Zamawiającego „Krajowe akty prawne dla kampanii 2023r. – płatności bezpośrednie i przejściowe wsparcie krajowe oraz płatność ONW”,

- dowód nr 4 – „Protokół należytego wykonania Usług Okresu Przejściowego” z dnia 14 kwietnia 2023 roku.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 listopada 2023 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu dokument, w którym przedstawił stanowisko co do zakończonych czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w dokumentach i wyjaśnieniach składanych w trakcie postępowania przez Odwołującego (zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego (opis pliku) pismo stanowi Tajemnicę przedsiębiorstwa). Jednocześnie w pismach skierowanych do

Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie Zamawiający poinformował o zakończeniu czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w dokumentach i wyjaśnieniach składanych w trakcie postępowania przez Odwołującego oraz że wszystkie informacje uznane przez Zamawiającego za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy będą podlegały udostępnieniu innym podmiotom po upływie terminu na wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od wskazanej czynności Zamawiającego.

Odwołujący na tę czynność Zamawiającego wniósł odwołanie, które Zamawiający w całości uwzględnił w dniu 2 grudnia 2022 roku, natomiast Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie w dniu 16 grudnia 2022 roku wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba na wstępie wskazuje, że postępowanie odwoławcze wywołane wniesieniem odwołania w postępowaniu o zamówienie publiczne stanowi odrębne postępowanie od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie to dzieje się obok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie jest w żaden sposób powiązane z innymi postępowaniami odwoławczymi czy też sądowymi. W szczególności należy podkreślić, że postępowanie odwoławcze nie jest kontynuacją wcześniej prowadzonych postępowań odwoławczych, jak również nie jest kontynuacją wcześniej prowadzonych postępowań sądowych. Stanowisko to jest ugruntowane i nie wymaga dogłębnej analizy (tak np.: Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 2007-07-19, sygn. akt II Ca 319/07; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-02-25, sygn. akt KIO 451/22).

Postępowanie odwoławcze stanowi postępowanie kontradiktoryjne, co oznacza, że postępowanie to jest postępowaniem spornym. Wywołanie postępowania odwoławczego następuje, przez złożenie odwołania, które zgodnie z obowiązującymi przepisami ma zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Oznacza to, że w przypadku wnoszenia odwołania wykonawca obowiązany jest przedstawić taką argumentację, która będzie potwierdzała wskazane przez niego naruszenia przepisów prawa. Istotnym jest, że za niewystarczające należy uznać podanie w odwołaniu ogólnych stwierdzeń, argumentacji zapożyczonych z cytowanych orzeczeń wprost bądź nawet bez

wskazania źródła czy też cytowania stanowisk doktryny. Oczywiście odnotowanie w odwołaniu również stanowiska piśmiennictwa czy orzecnictwa w danej tematyce nie jest działaniem nieprawidłowym, jednakże nie zastępuje ono argumentacji faktycznej Odwołującego. Po stronie Odwołującego pozostaje obowiązek wskazania argumentacji nakierowanej na kwestionowane dane działania bądź zaniechania Zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu odwoławczym – oznacza to, że argumentacja Odwołującego musi być skonkretyzowana i powiązana z danym postępowaniem. Taki stan rzeczy niezmiennie znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecnictwie Izby oraz sądów powszechnych, a dotychczasowy dorobek orzeczniczy pozostaje aktualny w obliczu obowiązującej od 1 stycznia 2021 roku ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Istota kontradiktoryjności postępowania odwoławczego, jak również każdego innego postępowania kontradiktoryjnego, zawiera się w ograniczeniu roli organu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. Wymaga podkreślenia, że niezmiennie to Odwołujący wyznacza zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Odwołujący, w treści odwołania, w prezentowanym uzasadnieniu zarzutów odwołania lakonicznie, w zasadzie blankietowo odniósł się do podstaw faktycznych jakie miałyby potwierdzać zasadność podniesionych zarzutów odwołania w odniesieniu do poszczególnych dokumentów określonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 listopada 2022 roku, a co do których Zamawiający postanowił pierwotnie o odtajnieniu po upływie terminu na wniesienie odwołania od tej czynności.

Należy podkreślić w tym miejscu, że po pierwsze postępowanie odwoławcze nie stanowi kontynuacji żadnego innego postępowania, oraz że Zamawiający w piśmie z dnia 8 listopada 2022 roku skierowanym do Odwołującego przedstawił szeroką i merytoryczną argumentację odnoszącą się do podjętej w postępowaniu czynności. Właśnie ta czynność Zamawiającego podlega ocenie Izby i w zakresie tej czynności wykonawca obowiązany jest do przedstawiania argumentacji faktycznej i prawnej uzasadniającej brak podstaw podjętych przez Zamawiającego czynności. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Uzasadnienie zarzutów odwołania przedstawione przez Odwołującego choć dość obszerne to w warstwie argumentacyjnej nie odnosi się do poszczególnych twierdzeń Zamawiającego. Ogólnikowe stwierdzenia o wartości gospodarczej, wymiarze finansowym i ekonomicznym poszczególnych informacji nie stanowią argumentacji dającej poddać ocenie czynność

Zamawiającego z dnia 8 listopada 2022 roku. Nie stanowi również uzasadnienia w zakresie podjętej czynności Zamawiającego stanowisko Odwołującego sprowadzające się do odwoływania do stanowiska prezentowanego w trakcie rozprawy przed Sądem Okręgowym czy nieprawomocności orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z sierpnia 2022 roku. Izba nie może domyślać się argumentacji Odwołującego, jak również nie może wnioskować stanowiska Odwołującego z ogólnych haseł podnoszonych w uzasadnieniu odwołania, a odnoszących się do wskazanych pism czy jakiegoś dokumentu. Argumentacja prezentowana przez Odwołującego powinna być szczegółowa i jednoznaczna, taka która pozwoli Izbie na faktyczne rozpoznanie zarzutu. Samo podanie przez Odwołującego, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się do poszczególnych informacji oraz zbioru informacji nie uzasadnia w żaden sposób spełnienia przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz argumentacji faktycznej jaką można poddać analizie. Takie stanowisko stanowi stwierdzenie Odwołującego ale nie uzasadnia w żaden sposób nieprawidłowości w czynności Zamawiającego z dnia 8 listopada 2022 roku. Izba nie podejmuje działań poszukiwania argumentacji za Odwołującego. Rozpoznanie zarzutów odwołania nie polega na domyśleniu się o jakie elementy pism, dokumentów chodziło Odwołującemu i w jakim zakresie. Odwołujący w ocenie Izby chciałby przenieść na Izbę ocenę dokumentów, a nie ocenę czynności Zamawiającego w kontekście podniesionych zarzutów i uzasadnienia, a które miałyby uzasadnić bądź nie poprawność czynności Zamawiającego co do oceny poszczególnych informacji wymienionych w piśmie z dnia 8 listopada 2022 roku dokumentach.

Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów, brak w niej sprecyzowania i faktycznego odniesienia do poszczególnych elementów czynności Zamawiającego. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu. Izba podkreśla, że Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże, aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego. Tym samym odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego

czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. To oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, wskazującymi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę.

Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano, w nieprzerwanie aktualnym orzeczeniu, w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, *„Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: *„Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”* W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. *„Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.”* Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97. Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187

par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odzworowanie w piśmiennictwie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że stanowisko zaprezentowane w odwołaniu nie zawiera żadnego uzasadnienia faktycznego, które można byłoby poddać ocenie w kontekście podnoszonych zarzutów odwołania. Izba ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej co do ustalonego stanu faktycznego. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje, że nie jest możliwe dokonanie oceny zarzutu w kontekście podanej przez Zamawiającego podstawy naruszenia wskazanego przepisu. Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący posługuje się ogólnymi stwierdzeniami poprzestając na twierdzeniach o wykazaniu przesłanek objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji, ale nawet nie odwołuje się do poszczególnych informacji czy to przez wskazanie poszczególnych stron, akapitów czy linijek określonych pism. Nie sposób ze stanowiska Odwołującego ustalić do jakich informacji zawartych w składanych pismach faktycznie referuje i również nie sposób ustalić jakie to informacje zawarte w piśmie z dnia 8 listopada 2022 roku stanowią o błędnej czynności Zamawiającego. Skoro Odwołujący nie zgadzał się z czynnością Zamawiającego, to powinien był wykazać w ramach odwołania, że określone informacje w pismach wskazanych przez Zamawiającego oraz w dokumentach podanych przez Zamawiającego posiadają realną wartość gospodarczą, a Zamawiający posiadał odpowiednią ilość informacji i argumentów, która pozwalała na dokonanie tej oceny w sposób jaki wskazuje Odwołujący. W tym odwołaniu brak jest takich informacji. Izba nie jest w stanie poddać ocenie czynności Zamawiającego z dnia 8 listopada 2022 roku, bowiem

Odwołujący nawet nie odniósł się do podanego tam uzasadnienia. Wartość gospodarcza, do jakiej bardzo często w odwołaniu odwołuje się Odwołujący musi być wykazana przez Odwołującego na etapie zastrzegania tej informacji, natomiast na etapie postępowania odwoławczego w okolicznościach tej sprawy Odwołujący winien wykazać, że czynność Zamawiającego z dnia 8 listopada 2022 roku była nieprawidłowa, bo nieprawidłowo dokonał Zamawiający oceny przedstawionych dokumentów, a określone w tym zakresie informacje zostały wykazane. Jednakże niezbędne do tego jest jednoznaczne odniesienie się do treści pism, jednoznaczne odniesienie się do argumentacji Zamawiającego oraz wykazanie, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe w kontekście składanych dokumentów z odniesieniem do treści dokumentów, a nie hasłowym stanowiskiem. Wykonawca musi wykazać podstawy objęcia danych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, natomiast na etapie postępowania odwoławczego, a szczególnie w argumentacji zawartej w odwołaniu, musi wykazać, że czynność Zamawiającego jest nieprawidłowa. Uzasadnić to może przez wykazanie, że wymagane informacje zostały podane. W tym postępowaniu odwoławczym, w tym odwołaniu brak jest takiej argumentacji, brak jest odniesienia do informacji zawartych w składanych zastrzeżeniach, a które uzasadniałyby objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przedstawianych informacji i dokumentów.

Izba zwraca uwagę, że to że dane informacje czy dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, nie zmienia w żaden sposób tego, że wykonawca nie może ich w odwołaniu przywołać, wskazać czy wręcz uzasadnić swojego stanowiska w części niejawniej odwołania złożonej np.: w postaci załącznika do odwołania, tak aby został dochowany termin zawity na wniesienie odwołania. Izba ponownie podkreśla, że konieczność w odwołaniu przedstawienia argumentacji faktycznej stanowi element konieczny dla możliwości oceny zarzutów odwołania. Odwołujący kwestionując czynność Zamawiającego oceny dokumentów w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bardzo ogólnikowo odnosi się do samej czynności, której wynik tj. stanowisko Zamawiającego przedstawione jest w piśmie stanowiącym tajemnicę, oraz hasłowo odnosi się do przedstawianych przez siebie dokumentów zawierających twierdzenia co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Również w zakresie argumentacji odnoszącej się do ochrony poufności zastrzeżonych informacji brak jest faktycznej argumentacji Odwołującego, który poprzestaje na stwierdzeniu, że takie przedstawił, a nawiązanie współpracy i informacje podane w podmiotowych środkach dowodowych mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie stanowi w ocenie Izby uzasadnienia stanowiska Odwołującego co do nieprawidłowej oceny tych informacji przez Zamawiającego odwoływanie się do orzeczeń Izby. Podkreślić należy, że pośrednio Odwołujący zaprzeczył sam sobie, bowiem stwierdza w odwołaniu, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa zostało przygotowane do tego postępowania o zamówienie, dotyczą danego zbioru informacji w tym postępowaniu, a następnie uzasadnia swoje stanowisko odwołaniem do zupełnie innego postępowania o zamówienie i innego orzeczenia Izby przez odwołanie do jej wyroków i cytowanie fragmentów orzeczeń. Same twierdzenia Odwołującego o prawidłowości dokonanych czynności, które powtarzane są wielokrotnie, nie stanowią w ocenie Izby żadnej faktycznej argumentacji, a stanowią ocenę Odwołującego w zakresie, który właśnie powinien zostać poddany ocenie Izby, gdyby wykonawca przedstawił argumentację faktyczną dla dokonanej przez siebie i stwierdzonej oceny swoich działań. Odwołujący wskazuje na brak analizy pism przez Zamawiającego oraz brak odniesienia treści składanych wyjaśnień jednocześnie poprzestaje na ogólnikowych stwierdzeniach odnoszących się do wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdzie odnosi się z jednej strony do wyjaśnienia jako całości i jako takie powinny być traktowane jako całość. Jednocześnie nie prezentuje uzasadnienia dla tego stanowiska.

Nie można zgodzić się w ocenie Izby z twierdzeniami Odwołującego prezentowanymi w trakcie rozprawy, że nie może Odwołujący odnosić się do danych dokumentów, bo w zasadzie by je odtajnił, ponieważ Odwołujący ma możliwość przedstawienia swojego stanowiska czy to przez odwołanie do poszczególnych np.: stron, akapitów, linijek, dokumentów czy tabeli lub innych jeszcze elementów identyfikujących określone dane czy określoną argumentację, która ma uzasadniać jego stanowisko. Pozostaje jeszcze, o czym była już mowa wyżej możliwość złożenia załącznika do odwołania, który zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa i byłby nią również objęty (tak np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-08-27, sygn. akt KIO 904/18, KIO 911/18). Izba stwierdza jednocześnie, że powyższe twierdzenie Odwołującego z rozprawy potwierdza w zasadzie brak faktycznej argumentacji Odwołującego, a odnoszącej się do czynności Zamawiającego z dnia 8 listopada 2022 roku dotyczącej zakończeniem czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w dokumentach i wyjaśnieniach składanych w trakcie postępowania przez Odwołującego i to zarówno w treści uzasadnienia odwołania jak również w trakcie rozprawy. Jednocześnie wymaga odnotowania, że w treści odwołania nie były kwestionowane w zasadzie w ogóle fragmentaryczne odtajnienia pisma z dnia 1 sierpnia 2022 roku, przy czym w żaden sposób wykonawca nie wykazał o jaki fragment pisma chodzi, nie wskazał tego dokładnie, co powoduje brak identyfikacji na podstawie zarzutu odwołania tych treści.

Izba zasadniczo nie odmawia prawa wykonawcy do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów czy informacji oraz/lub ich części, przy czym dla skuteczności wniesienia odwołania niezbędne jest przedstawienie argumentacji faktycznej, która pozwoli poddać ocenie Izby zasadność czynności Zamawiającego. Blankietowość, ogólnikowość argumentacji z uzasadnienia odwołania, bez wskazania konkretnych elementów, bez odesłania do konkretnych informacji nie pozwala na dokonanie takiej oceny. Tym samym niezbędne było uznanie zarzutów odwołania za niezasadne i oddalenie odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za bezprzedmiotowe dla rozpoznania sprawy dowody nr 1 i 2 złożone przez Zamawiającego. Dowód 1 został złożony na okoliczność wykazania, że Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie stara się pozyskać dokumenty, które były przedmiotem wyroku Sądu Okręgowego, niemniej dla rozpoznania przedmiotowego odwołania nie ma to znaczenia. Podobnie nie ma znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego odwołania dowód nr 2 czyli artykuł prasowy, złożony na okoliczność wykazania tego czy występuje proceder przejmowania zespołów pracowników.

W odniesieniu do dowodów nr 3 i 4 – Izba dowody te uznaje za bezprzedmiotowe, bowiem zostały one złożone na okoliczności niezwiązane z zarzutami odwołania, a stanowią potwierdzenie dla stanowiska Zamawiającego z pisma z dnia 17 kwietnia 2023 roku, stanowiącego odniesienie do stanowiska prezentowanego przez Asseco Poland w piśmie z dnia 13 kwietnia 2023 roku, a odnoszących się do realizacji zawartej w dniu 29 listopada 2022 roku umowy pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W przedmiotowej sprawie odwołanie, z przyczyn wskazanych powyżej, okazało się niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....