

**Sygn. akt: KIO 991/22**

**KIO 1006/22**

**WYROK**

**z dnia 9 maja 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**

**Członkowie: Joanna Gawdzik-Zawalska**

**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę Britenet Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (KIO 991/22) oraz wykonawcę Operator Chmury Krajowej Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (KIO 1006/22), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Finansów w Warszawie

przy udziale wykonawcy Operator Chmury Krajowej Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 991/22 po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 991/22 w zakresie naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do następujących dokumentów:
  - uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami w postaci regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Britenet Sp. z o. o. z dnia 1 lutego 2017 r., przykładowej klauzuli z wzoru umowy o poufności z kontrahentem Britenet Sp. z o. o., przykładowej klauzuli poufności członka personelu Britenet Sp. z o. o. oraz informacji bankowej,
  - wykazu usług, w części w jakiej jego zapisy powielają treść Specyfikacji Warunków Zamówienia.

2. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. KIO 991/22 w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odtajnienia wykazu usług (w zakresie, który nie został umorzony) i referencji oraz uznanie zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.
3. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1006/22 w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do uzasadnienia zastrzeżenia informacji z dnia 29 marca 2022 r. sporządzonego przez podmiot udostępniający zasoby z wyłączeniem nazwy podmiotu udostępniającego zasoby oraz w stosunku do załącznika nr 3 do ww. uzasadnienia, a także w odniesieniu do Uchwały Zarządu spółki Operator Chmury Krajowej Sp. z o. o. nr 32/2020 w sprawie polityki bezpieczeństwa informacji, stanowiącego dowód nr 4 do uzasadnienia zastrzeżenia informacji z dnia 29 marca 2022 r. oraz w stosunku do certyfikatu systemu zarządzania bezpieczeństwem stanowiącego dowód nr 5 do uzasadnienia zastrzeżenia informacji z dnia 29 marca 2022 r.
4. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. KIO 1006/22 w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odtajnienia wykazu usług, referencji oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami (w zakresie, który nie został umorzony) oraz uznanie zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.
5. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 991/22 obciąża Zamawiającego i:
  - zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - zasądza od Zamawiającego Ministerstwa Finansów w Warszawie na rzecz Odwołującego Britenet Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).
6. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 1006/22 obciąża Zamawiającego i:
  - zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - zasądza od Zamawiającego Ministerstwa Finansów w Warszawie na rzecz Odwołującego Operator Chmury Krajowej Sp. z o. o. kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 991/22**

**KIO 1006/22**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Ministerstwo Finansów w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT do wytworzenia i wdrożenia systemu informatycznego „Systemu Opłaty Poboru Elektronicznej KAS”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 002-003211.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Britenet Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 991/22), w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, dalej: „ustawa PZP”), poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wobec uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w odniesieniu do wykazu usług wraz z referencjami oraz informacji bankowej,

2) art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913), przez uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego i podjęcie nieuzasadnionej decyzji o odtajnieniu oferty Odwołującego w zakresie wykazu usług wraz z referencjami oraz szczegółowej treści informacji bankowej.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na uznaniu, że informacje i dokumenty, których dotyczy odwołanie, nie zostały skutecznie zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nakazanie Zamawiającemu uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w odniesieniu do ww. dokumentów, a co za tym idzie nieudostępniania innym wykonawcom informacji objętych zastrzeżeniem.

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że Zamawiający błędnie uznał, iż ww. dokumenty zostały przez niego zastrzeżone w sposób nieprawidłowy, a ich treść nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w sposób szczegółowy opisał z jakich względów zastrzegane dokumenty spełniają kryteria do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. W szczególności podkreślił, że dotychczas żaden z zamawiających ani Krajowa Izba Odwoławcza nie podważali skuteczności przyjętych przez niego procedur w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał głębszej analizy uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów. Pismo Zamawiającego ma sztamkowy charakter i w większości składa się z orzeczeń KIO, bez wymaganej szczegółowej analizy przedłożonego przez Odwołującego uzasadnienia, co prowadzi do wniosku, iż tak naprawdę Zamawiający w ogóle nie przeprowadził badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego. Zamiast tego posłużył się szablonowym uzasadnieniem, które ze względu na swój ogólny charakter mogłoby zostać wykorzystane w praktycznie dowolnej sprawie.

Odwołujący podkreślił, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej każdy wykonawca jest uprawniony do podjęcia działań mających na celu ochronę jego tajemnicy. Przywołał na poparcie swojej tezy orzecznictwo KIO oraz TSUE. Podkreślił również, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji poparł licznymi dowodami, a więc sprostował obowiązkowi wykazania zaistnienia przesłanek warunkujących uznanie danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dodał również, że przepisy ustawy PZP nie precyzują katalogu możliwych dowodów, jakie wykonawca może składać celem zadośćuczynienia obowiązkowi wykazania ww. okoliczności.

Zdaniem Odwołującego podkreślenia wymaga, że dane zawarte w wykazie usług dotyczą wyłącznie zamówień z sektora prywatnego, a kontrahenci Odwołującego zobowiązali go do bezwzględnego zastrzeżenia jawności ich współpracy, co prowadzi do wniosku, że informacje te powinny pozostać utajnione.

Jak wskazywał Odwołujący, została przez niego wykazana wartość gospodarcza zastrzeganych informacji oraz fakt, że nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i z pewnością nie są łatwo dostępne dla takich osób. Wyjaśnił, że stosuje w swoim przedsiębiorstwie liczne środki mające na celu ograniczenie dostępu do takich informacji i podał ich przykłady. Podkreślił, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podlegają również ochronie w oparciu o przepisy wewnętrznego regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 1 lutego 2017 r., który został

załączony jako dowód do wyjaśnień przedkładanych Zamawiającemu. Wskazał również na stosowane w przedsiębiorstwie klauzule poufności, które są elementem zawieranych z pracownikami umów.

Odwołujący powołał także szczegółowe argumenty dotyczące zasadności zastrzeżenia przez niego poszczególnych dokumentów, popierając swoje twierdzenia orzecznictwem KIO.

Podsumowując Odwołujący jeszcze raz podkreślił, że zgodnie z obowiązującymi przepisami dokonał skutecznego zastrzeżenia omawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym Zamawiający błędnie ocenił przedłożone przez niego uzasadnienie i w sposób nieuprawniony podjął decyzję o odtajnieniu dokumentów.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło również odwołanie wykonawcy Operator Chmury Krajowej Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1006/22), w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 ustawy PZP poprzez odtajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo że Odwołujący zastrzegł, iż nie mogą być one ujawnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2) art. 16 pkt 2 ustawy PZP poprzez nieprecyzyjne przedstawienie podstaw faktycznych odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym pominięcie przedstawianych przez Odwołującego dowodów do uzasadnienia tajemnicy, w czym Odwołujący upatruje naruszenia przez Zamawiającego generalnej zasady przejrzystości prowadzonego postępowania, w tym podejmowanych w jego toku czynności wobec wykonawców.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 1 kwietnia 2022 r. dotyczącej odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że orzecznictwo przedstawione przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odtajnienia dokumentów, tak naprawdę potwierdzało stanowisko Odwołującego, a Zamawiający nie brał pod uwagę stanów faktycznych jakie miały miejsce na tle zapadłych orzeczeń. Odwołujący podkreślił, że do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączył liczne dowody, co wypełnia

wymóg wykazania przesłanek, których zaistnienie jest niezbędne by mówić o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego informacje znajdujące się m. in. w wykazie usług mają wartość gospodarczą, gdyż ujawniają informacje o współpracy z podmiotami trzecimi oraz o jej szczegółach. Powyższe dodatkowo wspiera fakt, iż podmioty te nie wyraziły zgody na ujawnienie tych informacji i zobowiązały Odwołującego do zachowania tych informacji w poufności.

Zamawiający w ocenie Odwołującego nie dołożył należytej staranności celem przeanalizowania dostarczonych przez Odwołującego dokumentów oraz informacji i z tych powodów zapewne podjął wadliwą decyzję w zakresie odtajnienia informacji, które mają status informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego, powyższe świadczy również o naruszeniu przez Zamawiającego art. 16 ustawy PZP, gdyż Zamawiający nie odniósł się do załączonych przez Odwołującego dowodów do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, co ostatecznie prowadzi do wniosku, że odwołanie powinno zostać uwzględnione.

Pismami z dnia 5 maja 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedzi na ww. odwołania. W odniesieniu do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 991/22 wniósł o jego oddalenie w całości. Podkreślił, że jego zdaniem decyzja o odtajnieniu dokumentów złożonych w Postępowaniu przez Odwołującego była prawidłowa i poprzedzona analizą zarówno treści utajnionych dokumentów, jak i sposobu, w jaki zostało sformułowane uzasadnienie ich utajnienia przez Odwołującego, co prowadzi do wniosku, że odwołanie powinno zostać oddalone. Przedstawił również dalszą argumentację.

W sprawie o sygn. akt KIO 1006/22 Zamawiający wskazał, że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu odtajnienia przez Zamawiającego załączonego do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentu pt. „Globalna Polityka Zarządzania Danymi” (dokument ten stanowi załącznik nr 3 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy sporządzonego przez podmiot używający zasoby z dnia 29.03.2022 r.). Natomiast w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił stosowną argumentację.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż w obu sprawach nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiadają interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawcę Operator Chmury Krajowej Sp. z o. o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 991/22 po stronie Odwołującego. Przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP, a wykonawca je zgłaszający wskazał na interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść strony do której przystąpił.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a także złożonych przez Odwołującego w sprawie KIO 991/22: wyciągów z umów z kontrahentami Odwołującego zawierającymi klauzulę poufności i korespondencji mailowej z kontrahentami Odwołującego. Wydając rozstrzygnięcie Izba oparła się tylko na części dowodów, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia.

Odnosząc się umorzony części postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1006/22, w zakresie dokumentu pn. „Globalna Polityka Zarządzania Danymi”, należy powołać treść art. 522 ust. 4 ustawy PZP, zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Mając na uwadze, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie postanowił nie odtajnić przedmiotowego dokumentu, uwzględniając tym samym odwołanie w tym zakresie, a do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, postępowanie w części należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy PZP.



Z kolei w odniesieniu do dokumentów - Uchwały Zarządu spółki Operator Chmury Krajowej Sp. z o. o. nr 32/2020 w sprawie polityki bezpieczeństwa informacji, stanowiącej dowód nr 4 do uzasadnienia zastrzeżenia informacji z dnia 29 marca 2022 r., a także w stosunku do certyfikatu systemu zarządzania bezpieczeństwem stanowiącego dowód nr 5 do uzasadnienia zastrzeżenia informacji z dnia 29 marca 2022 r. oraz w stosunku do uzasadnienia zastrzeżenia informacji z dnia 29 marca 2022 r. sporządzonego przez podmiot udostępniający zasoby z wyłączeniem nazwy podmiotu udostępniającego zasoby, Odwołujący na posiedzeniu stwierdził, że wyraża zgodę na odtajnienie ww. dokumentów. W związku z powyższym należy uznać, że w odniesieniu do ww. dokumentów brak jest substratu zaskarżenia, gdyż Odwołujący nie wyraża dalszej woli utrzymywania ich w tajemnicy. Zatem rozpatrywanie zarzutów odwołania w tym zakresie jest bezprzedmiotowe, a postępowanie w tej części należało umorzyć w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w sytuacji stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, co bez wątplenia ma miejsce w niniejszej sprawie.

To samo dotyczy dokumentów składanych w sprawie o sygn. akt KIO 991/22, tj. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami w postaci regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Britenet Sp. z o. o. z dnia 1 lutego 2017 r., przykładowej klauzuli z wzoru umowy o poufności z kontrahentem Britenet Sp. z o. o., przykładowej klauzuli poufności członka personelu Britenet Sp. z o. o. oraz informacji bankowej, a także wykazu usług, w części w jakiej jego zapisy powielają treść Specyfikacji Warunków Zamówienia. Odwołujący na posiedzeniu stwierdził, że wyraża zgodę na ich odtajnienie, co prowadzi do wniosku, że prowadzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie jest zbędne, a tym samym podlega ono umorzeniu w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

W trakcie posiedzenia, w sprawie o sygn. akt KIO 991/22 został również przez Odwołującego zmodyfikowany wniosek dotyczący wyłączenia jawności rozprawy. Odwołujący stwierdził, że modyfikuje wniosek w ten sposób, że ogranicza go jedynie do dyspozycji art. 545 ust. 3 ustawy PZP w zakresie dowodów, jakie przedłożone zostaną na rozprawie. Izba uznała ww. wniosek za zasadny i tym samym ograniczyła Przystępującemu dostęp do materiału dowodowego w postaci wyciągów z umów z kontrahentami Odwołującego zawierającymi klauzulę poufności oraz korespondencji mailowej z kontrahentami Odwołującego.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:**

Zamawiający – Ministerstwo Finansów w Warszawie, prowadzi postępowanie na zawarcie umowy ramowej w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT do wytworzenia i wdrożenia systemu informatycznego „Systemu Opłaty Poboru Elektronicznej KAS”.

Wezwaniem z dnia 18 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawców uczestniczących w postępowaniu, których oferty zostały najwyżej ocenione, w tym Odwołujących, w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z wezwaniem, wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia dokumentów, o których mowa w rozdziale 8 SWZ.

Pismem z dnia 25 marca wykonawca Britenet Sp. z o. o. (KIO 991/22) przedstawił żądane przez Zamawiającego dokumenty z zastrzeżeniem, że część z nich stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedłożył on również uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami, które również objął tajemnicą. Wykonawca zastrzegł tajemnicę następujących dokumentów: informacja bankowa, wykaz usług wraz z referencjami, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami.

Wykonawca Operator Chmury Krajowej Sp. z o. o. informacje żądane przez Zamawiającego przedłożył pismem z dnia 28 i 29 marca 2022 r. (KIO 1006/22), które dotyczyły odpowiednio części jawnej i części niejawnej odpowiedzi. W części niejawnej znalazło się zastrzeżenie niektórych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem jej zastrzeżenia oraz dowodami. Wykonawca zastrzegł tajemnicę następujących dokumentów: wykaz usług (załącznik nr 1 do odpowiedzi na wezwanie) wraz z poświadczeniami należytego ich wykonania (załącznik nr 2 i 3 do odpowiedzi na wezwanie) oraz dowody do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (dowód nr 1-5 do uzasadnienia).

Następnie Zamawiający pismami z dnia 1 kwietnia poinformował Odwołujących o odtajnieniu zastrzeżonych przez nich informacji, przedstawiając uzasadnienie swojej decyzji.

**Izba zważyła, co następuje:**

Rozpoczynając od ogólnych uwag, które wspólne są dla obu rozpatrywanych spraw, Izba pragnie w pierwszej kolejności podkreślić, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień publicznych jak i zasadności (transparentności) wydatkowania na ten cel środków publicznych. Z powyższego stanowiska należy wywieść, że tylko w sytuacjach wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek. Każdy podmiot starający się o uzyskanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych winien mieć powyższą kwestię na względzie (tak: KIO w wyroku z dnia 26 lutego 2019 r., KIO 260/19).

Izba stoi na stanowisku, że możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana, traktowana rozszerzająco, bądź oceniana na zasadzie analogii do innych sytuacji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, kiedy to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa okazało się skuteczne lub nieskuteczne. Nie jest zdaniem Izby zasadnym twierdzenie, jakoby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w innych postępowaniach z analogicznym przedmiotem usług, gdzie Zamawiający uznawał je za prawidłowe bądź nie, automatycznie przesądzało również o takim samym rozstrzygnięciu Zamawiającego w aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Każdorazowo bowiem ocena skuteczności zastrzeżenia powinna uwzględniać indywidualne okoliczności stanu faktycznego.

Jak stanowi art. 18 ust. 3 ustawy PZP, 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.

Natomiast zgodnie z treścią przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913), który statuuje definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, *„przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”*.

Biorąc pod uwagę treść obu przywołanych przepisów, aby uzasadnić skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzeżona informacja spełnia łącznie wystąpienie następujących przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza samo stwierdzenie bez wykazania, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Powyższe w uzasadnieniu potrzeby objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa winno być jednoznacznie wykazane.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co równie istotne, ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Jego zadaniem jest wykazanie równocześnie z zastrzeżeniem informacji, że realizują się w stosunku do nich przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet w sytuacji, gdy określone informacje ze swej istoty czy charakteru mogą faktycznie posiadać pewną wartość gospodarczą, to nie uprawnia to ani Izby, ani zamawiającego do utajnienia tych informacji, w sytuacji gdy wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru danych informacji. To wykonawca jest dysponentem tych informacji i to na nim spoczywa ciężar wykazania konieczności udzielenia im ochrony. Z tego względu, gdy Zamawiający

uznaje, że zastrzeżenie informacji jest nieskuteczne, nie powinien arbitralnie pewnych informacji pozostawiać nieujawnionymi. Do Zamawiającego nie należy ocena czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie czy wykonawca który tak twierdzi, wywiązał się z obowiązków przewidzianych w przepisach i powyższe wykazał.

Przechodząc do oceny zasadności poszczególnych zarzutów odwołania w rozpatrywanych stanach faktycznych, Izba stwierdza, co następuje:

### **sygn. akt KIO 991/22**

Uwzględniając modyfikacje w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy PZP, dokonane przez Odwołującego poprzez wyrażenie zgody na odtajnienie poszczególnych dokumentów, spór pomiędzy stronami dotyczy wciąż następujących dokumentów: treści wykazu usług w zakresie w jakim jego zapisy przedstawiają informacje ponad powtórzenie zapisów SWZ (tj. nazwy kontrahentów, daty realizacji usług), oraz treści referencji w całości.

Odnosząc się do charakteru informacji podlegających utajnieniu, w pierwszej kolejności Izba pragnie zwrócić uwagę, że fakt pozostawiania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych i informacje ujawniające elementy ich współpracy, mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący kwestionując czynność Zamawiającego polegającą na odtajnieniu informacji znajdujących się w zastrzeżonych przez niego dokumentach, powoływał się na ich wrażliwość oraz fakt, że ich utajnienie pozwala mu na skuteczne konkurowanie na hermetycznym rynku usług IT. Zdaniem składu orzekającego, wypracowane przez Odwołującego w ramach prowadzonej działalności relacje handlowe – stanowiące efekt współpracy i budowanych przez lata kontaktów podmiotów prywatnych, a także istniejącej pomiędzy nimi relacji biznesowej, stanowią o wymiernej wartości gospodarczej takich informacji. Utrzymywanie w tajemnicy informacji o współpracy z danym podmiotem czy też o przedmiocie takiej współpracy, może mieć wpływ na budowaną pozycję rynkową danego wykonawcy. Informacje na temat kontrahentów spoza sektora publicznego, uzyskanego w ramach współpracy wynagrodzenia, czy przedmiotu tej współpracy mogą stanowić źródło wiedzy o danym przedsiębiorcy i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji. Zdaniem składu orzekającego, Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wystarczająco precyzyjnie opisał ww. okoliczności, co uzasadnia uznanie, iż sprostął wymogowi wykazania ich wartości gospodarczej. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy by w każdym przypadku

wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej – czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenie kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości gospodarczej takich informacji.

Nie bez znaczenia w kontekście wartości gospodarczej zastrzeganych informacji pozostaje fakt, iż Odwołujący w umowach zawieranych z kontrahentami stosuje postanowienia zobowiązujące obie strony do zachowania w poufności określonych informacji pod sankcją zapłaty kary umownej, co zostało przez Odwołującego wykazane poprzez przedstawienie przykładowego wyciągu z umowy z jednym z kontrahentów.

Załączony do wyjaśnień wyciąg z regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, wyciąg z umów o poufności zawieranych z kontrahentami Odwołującego oraz przykładowe klauzule poufności z umów zawieranych z pracownikami potwierdzają, że zastrzeżone przez Odwołującego informacje są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa zarówno przez kontrahentów Odwołującego jak też w ramach jego organizacji wewnętrznej i nie są udostępniane szerszemu gronu osób. Dodatkowo, ww. okoliczności zostały w szczególności opisane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co również powinno zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego.

Zdaniem składu orzekającego powyższe świadczy o skutecznym zastrzeżeniu przez Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie spornych informacji. Wskazać przy tym należy, że gdyby przyjąć argumenty Zamawiającego o ogólnikowości i blankietowości przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień, to uzasadnienie czynności odtajnienia dokumentów dokonane przez Zamawiającego należałoby uznać za pozbawione jakiegokolwiek argumentacji.

Rację ma Zamawiający, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, jednak Zamawiający dokonując w postępowaniu określonych czynności, zwłaszcza o charakterze sankcyjnym, obowiązany jest należycie uzasadnić swoje działania. W informacji o odtajnieniu dokumentów z dnia 1 kwietnia 2022 r., poza przytoczeniem treści przepisów oraz orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, jedynym argumentem Zamawiającego odnoszącym się do wykazywania przez Odwołującego wartości gospodarczej zastrzeganych informacji jest stwierdzenie, że *„Odnosnie do kwoty jaką wykonawca posiada na koncie należy wskazać że została ona przedstawiona na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak dostępu do tej informacji może utrudniać ewentualne skorzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, bowiem nie będą oni w stanie zweryfikować czy wykonawca*

*spełnia warunek udziału w postępowaniu, czy też nie. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku wykazu usług wraz z referencjami - został on również przedstawiony na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie, z przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia nie wynika, aby właśnie te konkretne informacje zostały objęte przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa”.*

Poza powyższym fragmentem Zamawiający w ogóle nie odnosi się bezpośrednio do treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji, w których Odwołujący opisywał okoliczności dotyczące wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Odwołujący wyraźnie wskazał na początku zastrzeżenia, że wykaz usług oraz referencje są traktowane przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, przez co należy rozumieć, że zastrzegł treść całego dokumentu, wobec czego twierdzenie Zamawiającego o braku zastrzeżenia konkretnych informacji w ramach wykazu i referencji jest niezrozumiałe.

Można odnieść wrażenie, że uzasadniając swoją czynność Zamawiający w ogóle nie odniósł się merytorycznie do argumentacji przedstawianej przez Odwołującego w ramach wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawiając jedynie pewne tezy wypracowane w orzecznictwie, jednak bez jakiegokolwiek odniesienia do stanu faktycznego zaistniałego na kanwie prowadzonego przez siebie postępowania.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym zarzuty odwołania zasługiwały na uwzględnienie, wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz §7 ust. 1 pkt 1 w zw. z §2 ust. 1 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).

### **sygn. akt KIO 1006/22**

Uwzględniając modyfikacje w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy PZP, dokonane przez Odwołującego poprzez wyrażenie zgody na odtajnienie poszczególnych dokumentów, spór pomiędzy stronami dotyczy wciąż następujących dokumentów: wykazu usług wraz z poświadczeniami należytego ich wykonania w całości, uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie nazwy tego podmiotu oraz danych, które mogą go zidentyfikować oraz załączników do tego uzasadnienia (z wyłączeniem załącznika nr 2 część 2, w zakresie którego Zamawiający

uwzględnił zarzuty odwołania), a także w zakresie dowodów stanowiących załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez Odwołującego (z wyjątkiem dowodu nr 4 i 5 na odtajnienie których Odwołujący wyraził zgodę).

Informacje, których utajnienia domagał się Odwołujący, w pierwszej kolejności dotyczą relacji handlowych, jakie łączą podmiot udostępniający zasoby Odwołującemu w niniejszym postępowaniu z innymi podmiotami prywatnymi. Aktualne w tym zakresie są ustalenia składu orzekającego poczynione w sprawie o sygn. akt KIO 991/22. Izba stoi na stanowisku, że fakt pozostawania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych i informacje ujawniające elementy ich współpracy, mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ujawnienie takich informacji, które pozornie mogą wydawać się mało istotne, może potencjalnie wpłynąć na zaburzenie konkurencji, zwłaszcza na rynkach o wąskiej specjalizacji, w których o przewadze konkurencyjnej danego podmiotu mogą decydować konkretne relacje biznesowe. Fakt ujawnienia takich relacji może stanowić cenną informację dla konkurentów, którzy podejmując działania zmierzające do zmiany czy też zaburzenia tych relacji, mogą wpłynąć na aktualną pozycję rynkową danego podmiotu, który wcześniej informacje te utrzymywał w poufności.

Odnosząc się ogólnie do uzasadnienia czynności odtajnienia informacji z dnia 1 kwietnia 2022 r., z uwagi na bezpośrednie nawiązywanie przez Zamawiającego w jej treści do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zdaniem Izby, Zamawiający nie był uprawniony do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego, czy wykonawca który tak twierdzi, powyższe wykazał. W treści uzasadnienia czynności odtajnienia, Zamawiający jednak w ogóle nie odnosi się do uzasadnienia zastrzeżenia informacji sporządzonego przez Odwołującego i przez podmiot udostępniający zasoby, a przedstawia własną ocenę zastrzeżonych informacji, co zdaniem Izby jest niedopuszczalne. Czynności Zamawiającego w tym zakresie powinny ograniczać się do weryfikacji przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów oraz oceny czy spełniony został obowiązek wykazania, o którym mowa w ustawie PZP, w zakresie zaistnienia przesłanek niezbędnych do tego by mówić o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem składu orzekającego, Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wystarczająco precyzyjnie opisał okoliczności świadczące o tym, że informacje przez niego zastrzeżone w ramach wykazu usług oraz referencji posiadają wartość gospodarczą. Natomiast utajnienie poszczególnych dowodów, stanowiących załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, zdaniem Izby stanowi naturalną konsekwencję zastrzeżenia



dokumentów wyjściowych, tj. wykazu usług oraz referencji. Mając na względzie unikalny charakter tych dokumentów, tj. ich dedykowanie do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, czy też wskazywanie w ich treści informacji, które pośrednio mogłyby prowadzić do ujawnienia nazw kontrahentów/ podmiotów współpracujących czy też osób zaangażowanych we współpracę pomiędzy tymi podmiotami, zastrzeżenie ich przez Odwołującego nie powinno budzić wątpliwości.

Nie bez znaczenia w kontekście wartości gospodarczej zastrzeganych informacji pozostaje fakt, iż Odwołujący wykazał w umowie o zachowaniu poufności zawartej z podmiotem udostępniającym zasoby, iż z tytułu naruszenia zobowiązania zachowania poufności druga strona może domagać się zapłaty kary umownej.

Nie można także zgodzić się z ogólnym stanowiskiem Zamawiającego, zawartym w odpowiedzi na odwołanie, że fakt współpracy podmiotu udostępniającego zasoby z podmiotem, na rzecz którego świadczył on usługi wykazywane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, został ujawniony w dostępnych publicznie w Internecie artykułach. Fakt, iż informacje na temat pewnych projektów flagowych oraz podmiotów, które brały w nich udział, są ujawniane do publicznej wiadomości nie oznacza, że wywodzić na tej podstawie można, iż za jawne należy traktować wszystkie projekty i umowy jakie zostały zawarte pomiędzy takimi podmiotami. Stanowisko takie stanowi zbytnie uproszczenie. Nie można bowiem z ujawnienia faktu współpracy z danym podmiotem przy określonym projekcie wywodzić woli tych podmiotów by fakt ich współpracy przy innych projektach automatycznie należało traktować jako jawny.

Poprzez załączenie zobowiązania o zachowaniu poufności pomiędzy Odwołującym a jego kontrahentem, indywidualnych zobowiązań o zachowaniu poufności członków zespołu projektowego oraz uchwały spółki w sprawie polityki bezpieczeństwa informacji, a także certyfikatu zarządzania bezpieczeństwem informacji, zdaniem Izby wykazane zostało, że zastrzeżone przez Odwołującego informacje są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa zarówno przez kontrahentów Odwołującego jak też w ramach jego organizacji wewnętrznej i nie są łatwo dostępne dla innych osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. Dodatkowo, ww. okoliczności zostały w szczególności opisane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Powyższe, zdaniem Izby, świadczy o skutecznym zastrzeżeniu przez Odwołującego spornych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, dokonaniu przez Zamawiającego błędnej oceny przedłożonych przez niego wyjaśnień oraz dowodów.

Potwierdza to zasadność postawionych zarzutów oraz konieczność uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

O kosztach orzeczono stosownie do art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz §7 ust. 1 pkt 1 w zw. z §2 ust. 1 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).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....