

Kraków, dnia 27.05.2022 r.

**Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa
wraz z wykazaniem, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa -
na potrzeby postępowania prowadzonego przez:**

Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Białymstoku

w przedmiocie: ZP.26.1.5.2022, „Dostawa urządzeń do świadczenia usługi opieki na odległość – tzw. „opasek bezpieczeństwa” wraz z usługą teleopieki w ramach Programu „Korpus Wsparcia Seniorów” na rok 2022.” .

Ileokroć w niniejszym dokumencie mowa jest o Wykonawcy, należy przez to rozumieć Comarch Healthcare S.A.

Wykonawca wnosi o poinformowanie przez Zamawiającego z wyprzedzeniem o ewentualnym zamiarze odtajnienia zastrzeżonych informacji i dokumentów – w celu umożliwienia Wykonawcy obrony zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W zastrzeżonej części oferty Wykonawca zamieścił następujące dokumenty, obejmując je zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa:

- 1. Wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie**
- 2. Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia/Dokumenty dotyczące osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia**
- 3. Opis oferowanego rozwiązania (przedmiotu zamówienia)**
- 4. Dokumenty dotyczące podmiotów trzecich**

Zgodnie z legalną definicją tajemnicy przedsiębiorstwa, zamieszczoną w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze

ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności" Z przytoczonej definicji wynika, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny posiadający wartość gospodarczą, która nie jest powszechnie znana albo łatwo dostępna dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, a także podjęto w stosunku do tej informacji (przy zachowaniu należytej staranności) działania w celu utrzymania jej w poufności. Poniżej Wykonawca wskazuje na spełnienie poszczególnych przesłanek zakwalifikowania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powołując się na dorobek orzecznictwa w tym zakresie. Cytowane orzeczenia odnoszą się do pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartego w art. 11 ust. 4 uznk (przed zmianą wprowadzoną na podstawie art. 1 pkt 1) ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która weszła w życie w dniu 4 września 2018 r.), lecz w odniesieniu do nowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartej w art. 11 ust. 2 uznk pozostają w dalszym ciągu aktualne.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter techniczny, gdy dotyczy szeroko pojętych rozwiązań technicznych. Informacja cechuje się natomiast charakterem technologicznym, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł, wzorów i metod działania. Informacjami organizacyjnymi są natomiast dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, takie np. jak struktura organizacyjna, procedury organizacyjne, procedury zdalnego dostępu, numery telefonów wewnętrznych, kody księgowe, systemy przetwarzania informacji, instrukcje i procedury bezpieczeństwa. Ze względu na indywidualny charakter informacji, mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest możliwe ich wyczerpujące wyliczenie.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań (por. np. orzec. SN - Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzec. SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzec. SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67). „Art. 11 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - istnienie zasięgu stanu tajemnicy - uzależnia od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wpływem danych. Wybór informacji mających zostać objętymi poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Jednakże wybór ten, co do zakresu stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości

podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (art. 11 ust. 4 ustawy)". (Zob. Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2001-09-05, I CKN 1159/00, opubl: OSNC 2002, Nr 5, poz. 67).

Odnosnie warunku trzeciego, należy zaznaczyć, iż podjęcie działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony, przy czym działania te powinny zostać powzięte przy zachowaniu należytej staranności uprawnionego, tj. być rozsądne w świetle danych okoliczności.

Ponadto w orzecznictwie przyjmuje się, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się łącznie dwa elementy: formalny i materialny (tak np. NSA w wyrokach z dnia 5 kwietnia 2013 r. sygn. akt I OSK 193/12 i z dnia 5 lipca 2013 r. sygn. akt I OSK 511/13). Element formalny odnosi się do woli przedsiębiorcy utajnienia informacji i jego działań w celu zachowania określonych informacji w poufności, natomiast element materialny związany jest z zawartością gospodarczą informacji i z negatywnymi konsekwencjami jej ujawnienia w konkurencyjnym obrocie gospodarczym.

W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2017 roku (I OSK 2218/16) wskazano: „*Dla odmówienia udostępnienia informacji publicznej ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy spełnione muszą być przesłanki **formalne i materialne**.*

Przesłanka formalna wyraża się w zamanifestowaniu woli konkretnego przedsiębiorcy utajnienia danych informacji. Z kolei przesłanka materialna polega na tym, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorcy powinny stanowić informacje, których ujawnienie mogłoby mieć wpływ na jego sytuację ekonomiczną, jakkolwiek nie muszą mieć same w sobie wartości gospodarczej.”

Przesłanka materialna – w postaci wymogu, aby zastrzeżone informacje stanowiły *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* – jest spełniona w stosunku do każdej z informacji wymienionych na wstępie.

Oczywistym jest różny charakter zastrzeżonych informacji, niektóre mają charakter techniczny lub technologiczny, inne zaś obejmują pewne informacje istotne z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa jako takiego (sposobu kalkulacji cen, zabezpieczenia danych itp.), jednak z punktu widzenia skutecznego zastrzeżenia nie ma to znaczenia. Co istotne wyliczenie ustawowe nie jest przy tym wyczerpujące. Należy mieć też na uwadze stanowisko doktryny opowiadające się za liberalną wykładnią pojęcia wartości gospodarczej, które to zakłada, iż chodzi o minimalną aktualną lub potencjalną wartość gospodarczą informacji. Uzasadnieniem uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest fakt, że istnieje realna możliwość, że udostępnienie innym podmiotom przedmiotowych informacji wpłynie negatywnie na pozycję Wykonawcy na rynku świadczonych przez niego usług/dostaw.

Wykonawca podnosi, iż uzyskanie przedmiotowych informacji przez jego konkurentów może doprowadzić do działań i sytuacji gospodarczo niekorzystnych, również w przyszłych potencjalnych zamówieniach, których realizacji mógłby podjąć się Wykonawca.

Istotą przesłanki formalnej jest fakt, że informacja objęta tajemnicą nie może być łatwo dostępna dla osób postronnych. W doktrynie uznaje się, że „tajemnicą są wiadomości nieznane ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane posiadaniem takiej wiadomości. Wiadomość dotychczas nieznana traci ochronę, gdy każdy przedsiębiorca-współpracownik może się dowiedzieć o niej drogą zwykłą i dozwoloną”.

Zastrzeżone w niniejszym postępowaniu informacje nie są dostępne ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane posiadaniem takiej wiadomości, a

Wykonawca podejmuje stosowne środki ochrony mające na celu zachowania ich poufności, co szczegółowo zostało wykazane w stosunku do każdej z informacji wymienionych na wstępie.

Jednocześnie zaznaczamy, iż dzięki ciągłym pracom nad doskonaleniem i rozwojem Systemu Zarządzania Jakością Comarch uzyskał certyfikaty Zintegrowanego Systemu Zarządzania zgodnego z wymaganiami norm PN-EN ISO 9001:2015-10 Systemy Zarządzania Jakością, PN-EN ISO 14001:2015-09 Systemy Zarządzania Środowiskowego, PN-N-18001:2004 Systemy Zarządzania Bezpieczeństwem i Higieną Pracy, PN-EN ISO/IEC

27001:2017-06 Systemy Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji – w załączeniu certyfikat Comarch S.A. umieszczony na stronie internetowej Comarch S.A. (dokument jawny).

Mając na względzie wnioski wypływające z powołanej legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum oświadcza, że:

1. poprawnie zakwalifikowaliśmy informacje zawarte we wskazanych dokumentach, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wypracowanej przez doktrynę i judykaturę wykładni tego przepisu;
2. żadna z informacji wyżej wymienionych nie była uprzednio znana albo łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a także nie ma możliwości podjęcia o niej wiedzy tzw. „zwykłą” drogą;
3. Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania w/w informacji w poufności.

Pragniemy także wskazać, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (wyrok z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji Rec., str. 1965, pkt 28 oraz wyrok z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie C-36/92 P SEP przeciwko Komisji, Rec. Str. I-1911, pkt 37).

Nieujawnienie zatem informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez Wykonawcę zastrzeżona w ofercie, nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a wręcz przeciwnie – stanowi wyraz ochrony uprawnionych interesów podmiotów gospodarczych uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

Zwracamy uwagę, że Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawa zamówień publicznych (pzp) nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W postępowaniach o zamówienie publiczne, które de facto rządzą się jedną z naczelných zasad, jaką jest zasada jawności, uznaje się jej ograniczenie z uwagi na nie ujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r. – aktualnym również w obecnym stanie prawnym (XIX Ga 167/07): „jedną z naczelných zasad postępowań związanych z zamówieniami publicznymi jest zasada jawności, co znalazło odzwierciedlenie w treści przepisu art. 8 Prawa zamówień publicznych. Jednakże zasada ta w sytuacjach określonych w ustawie może doznać ograniczeń. Na mocy ust. 3 wskazanego wyżej art. 8 nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...)

Ujawnienie przedmiotowych informacji mogłoby zostać wykorzystane do uzyskania informacji wrażliwych dotyczących działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę, który byłby pozbawiony ochrony przed nieuprawnionym wykorzystaniem takich informacji.

Zaznaczamy, iż przywołane w niniejszym piśmie stanowiska orzecznictwa i doktryny zostały wydane w oparciu o nieobowiązującą już ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, jednak zachowują aktualność w obecnie obowiązującym stanie prawnym.

Odnosząc się szczegółowo do zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji i dokumentów objętych klauzulą tajności jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – wskazujemy jak niżej.

Ad. 1

Wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie

A. Zdolność techniczna udostępniona przez podmiot trzeci

Zawarte w wykazie informacje dotyczą zamówień wykonanych przez podmiot udostępniający Wykonawcy zasoby niezbędne do wykonania zamówienia (zdolności techniczne).

Ani w Prawie zamówień publicznych, ani w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie została sformułowana zasada, zgodnie z którą nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i być zastrzeżone w trybie art. 18 ust. 3 pzp informacje dotyczące zamówień wykonanych na rzecz podmiotów publicznych, jeśli zamówienia te zostały wykonane przez podmiot trzeci, udostępniający wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie. Istotnie, w ustawie – Prawo zamówień publicznych, sformułowana została zasada jawności, lecz ten sam przepis, który ją formułuje, formułuje też możliwość zastrzeżenia przez wykonawcę określonej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeśli dana informacja spełnia wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zasada jawności postępowania nie może być zatem rozpatrywana z pominięciem obowiązku objęcia danej informacji tajemnicą, jeśli zostały spełnione ku temu wszystkie przesłanki.

Informacje te nie zostały ujawnione publicznie, ponadto wykonawca podjął co do nich działania w celu zachowania ich poufności. Dostęp do ww. informacji ma ograniczony krąg pracowników wykonawcy i nie zostały one ujawnione podmiotom zewnętrznym. Takie informacje mieszczą się w pojęciu "tajemnicy przedsiębiorstwa", ponieważ wykonawca ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą. Stanowisko to jest również wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Ujawnienie wykazu wykonanych zamówień byłoby jednoznaczne z ujawnieniem faktu korzystania przez podmiot trzeci z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu, ponieważ uzyskując wiedzę na temat wykazanego zamówienia można w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić, jaki podmiot udostępnił wykonawcy zasoby. Informacja ta stanowi informację o źródle zaopatrzenia wykonawcy, a jak podkreślił skład orzekający KIO w wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. KIO 1195/11: *„Izba w niniejszym składzie podzieliła stanowisko Przystępującego wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. oraz stanowisko Zamawiającego, poparte tezą wyrażoną w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 440/06), iż dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej, w tym zawarte z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu) mogą przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przez Zamawiającego oraz Przystępującego wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 440/06) wynika, że dane o podwykonawcach (kontrahentach) przedsiębiorcy zasługują na ochronę w świetle tajemnicy przedsiębiorstwa. Wynika to z faktu, jak zostało wskazane w uzasadnieniu powyższego wyroku „(...) że dane te podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem niewątpliwie jest to informacja o charakterze organizacyjnym, świadcząca o potencjale i pozycji danego przedsiębiorcy (...)”.*

Jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia 8 sierpnia 2013 r., sygn. KIO 1780/13: *„Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) zdaniem Izby tajemnicą przedsiębiorstwa, co do zasady nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba uznała, że nieuprawnionym jest - niejako z automatu - zastrzeganie zobowiązań podmiotów trzecich, należy jednak wobec takich dokumentów również wykazać przesłanki zasadności takiego zastrzeżenia. Zatem skoro wykonawca nie wykazał - że powyższe relacje podlegają ochronie trudno zatem uznać, że takie zastrzeżenie jest zasadne. Wykonawca również w takim wypadku powinien wykazać Zamawiającemu, że jest to istotna informacja, nieujawniona, i wobec niej podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.”*

W orzecznictwie KIO podkreśla się zatem, że informacje dotyczące zamówień wykonanych przez podmiot udostępniający zasoby nie mogą być automatycznie uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ zasadą obowiązującą w procedurze zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania. Jednocześnie jednak Izba podkreśla, iż każdy przypadek Zamawiający ma obowiązek badać indywidualnie. Zasadność objęcia ochroną informacji o współpracy z określonym podmiotem (udostępnieniu zasobów) jest przez Krajową Izbę Odwoławczą potwierdzana w przypadku spełnienia przesłanki „nieujawnienia do wiadomości publicznej” i „podjęcia działań w celu zachowania poufności”. Dla przykładu w wyroku z dnia 28 lutego 2014 r., sygn. KIO 245/14 podkreślono: *„Izba stwierdziła też, że wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, warunki zawartych porozumień, które wynikają z zobowiązań podmiotów trzecich posiadają wartość gospodarczą. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy.”* Również w wyroku z dnia 29 maja 2013 r., sygn. KIO 1143/13 Izba podkreśliła: *„W wyroku z dnia 21 marca 2012 r., sygn. akt KIO 457/12, akceptowanym w orzecznictwie, Izba orzekła, że "(...) w badanym stanie faktycznym w części związanej z pisemnymi zobowiązaniami innych podmiotów do oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zostały spełnione przesłanki wymagane do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że wbrew przypuszczeniom odwołującego, treść zobowiązań innych podmiotów w zakresie oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, nie ma charakteru ogólnego, który jest jedynie powieleniem treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, a zawierają informacje o charakterze organizacyjnym, które mogą być uznane za takie, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i winny podlegać ochronie. Niewątpliwie ujawnienie tego rodzaju informacji mogłoby narazić wykonawców na poniesienie szkody. Z charakteru informacji zawartych w treści zobowiązań innych podmiotów wynika również, że nie posiadają one waloru informacji powszechnie dostępnych. Wyjaśnienia wykonawców a także sposób zabezpieczenia informacji we wnioskach wskazuje, że podjęto właściwe kroki w celu zachowania tych informacji w poufności”.* Podobnie możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o zamówieniach wykonanych na rzecz podmiotów publicznych przez podmiot udostępniający wykonawcy wiedzę i doświadczenie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 586/14. Skoro ochronie może podlegać fakt współpracy wykonawcy z określonym podmiotem, to w konsekwencji ochronie powinny podlegać także wszystkie informacje umożliwiające identyfikację tego podmiotu. Ujawnienie danych dotyczących zamówień wykonanych przez podmiot trzeci (nazw usług, odbiorców, na rzecz których zostały wykonane) ze względu na jawność umów wykonanych w trybie zamówień publicznych w prosty sposób umożliwia identyfikację podmiotu, który je wykonał, a tym samym – który udostępnił wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia. Tym samym ujawnienie danych dotyczących tych zamówień jest jednoznaczne z odmową ochrony informacji o podmiocie, który udostępnił wykonawcy zasoby. W przypadku zamówień wykazanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak wskazano wyżej, udostępnienie zasobów wykonawcy było uzależnione od objęcia tych informacji poufnością. Tym samym zastrzeżenie w tym zakresie znajduje uzasadnienie, informacje zawarte w wykazie powinny być zatem objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

B. Zamówienia wykonane przez Wykonawcę na rzecz podmiotów niezobowiązanych do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych

W odniesieniu do zamówień wykonanych na rzecz podmiotów niezobowiązanych do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, nie stosuje się zasady jawności umów, obowiązującej w przypadku zamówień udzielanych w reżimie powołanej ustawy. Ochrona informacji dotyczących faktu zawarcia umowy z określonym podmiotem, jej przedmiotu i zakresu, fakcie zakończenia świadczenia danej usługi, a także wartości umowy, uzasadniona jest szczególną wartością gospodarczą tych informacji. Wartość ta polega budowaniu przewagi konkurencyjnej na rynku przez nieudostępnianie informacji, których znajomość przez podmioty konkurencyjne mogłaby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową Wykonawcy. W szczególności mogłaby doprowadzić do przejęcia klientów i utraty źródeł zbytu, a tym samym – zachwiania podstawą funkcjonowania każdego przedsiębiorstwa handlowo-produkcyjnego. Jak wskazał Sąd Antymonopolowy w postanowieniu z dnia 30 października 1996 r. sygn. XVII Amz 3/96, dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowisko o możliwości zastrzeżenia wykazu zamówień wykonanych na rzecz podmiotów niezobowiązanych do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, potwierdzana była wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 12 kwietnia 2012 r. (sygn. KIO 590/12, KIO 600/12) skład orzekający wskazał, iż: *„W „Wykazie zamówień” załączonych do wniosków wykonawcy „C.”, jak i konsorcjum it „W.” wyspecyfikowano wyłącznie usługi wykonywane na rzecz podmiotów prywatnych, a ustawa o dostępie do informacji publicznej swym zakresem tego typu umów nie obejmuje. Umowy z takimi podmiotami (podmiotami prywatnymi) nie mają przymiotu jawności i żaden przepis prawa nie obliuguje stron takiego stosunku do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy. Częstą praktyką przy zawieraniu tego typu umów jest bowiem zastrzeżenie przez strony tychże umów poufności wszelkich informacji w nich zawartych. Okoliczność taką podnosił na rozprawie wykonawca „C.”, wskazując iż dla zachowania ich poufności strony tych umów, podpisując je mają świadomość objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Tego typu informacje są bowiem informacjami handlowymi posiadającymi wartość gospodarczą i jako takie mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku. Brak jest więc podstaw do ich odtajnienia.”*

Ad. 2**Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia****Dokumenty dotyczące osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia**

Mając na uwadze specyfikę rynku usług informatycznych, charakteryzującą się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym Wykonawcy, mają dla niego istotne znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i

cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Dlatego też informacje, dotyczące kluczowych specjalistów, podlegają ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności.

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

Jednocześnie wskazujemy, że w pzp nie istnieje zakaz zastrzegania informacji ujawnionych w kryterium oceny ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy. Jedyne zakaz zastrzegania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa został wskazany w art. 18 ust. 3 pzp – w odniesieniu do informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 pzp (informacje o: 1) nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte; 2) cenach lub kosztach zawartych w ofertach).

Informacja stanowiąca kryterium oceny ofert, która spełnia przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 18 ust. 3 pzp, może być skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca wskazuje, że branża IT to wyspecjalizowany rynek, a tym samym wąskie grono osób posiadających odpowiednie kwalifikacje. Osoby te stanowią przedmiot zainteresowania konkurencyjnych podmiotów, co w konsekwencji powoduje przejmowanie pracowników konkurentów zwłaszcza, gdy są to osoby o tak szczególnych uprawnieniach jak uprawnienia wymagane przez Zamawiającego. Osoby o szczególnej wiedzy i doświadczeniu stanowią o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy.

Wartość gospodarcza informacji o składzie osobowym ekspertów jest oczywista, samo przez się rozumie się, że dysponowanie czynnikiem ludzkim jest również elementem

kosztotwórczym a w efekcie cenotwórczym. Sam fakt ochrony informacji jest dowodem na jej wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy i nie wymaga dowodu.

Wskazujemy również, iż nie jest konieczne wykazywanie ryzyka wrogiego przejęcia pracowników, ponieważ zastrzeżenie przedmiotowych informacji stanowić ma właśnie ochronę przed takimi praktykami rynkowymi i nie świadczyłoby dobrze o Wykonawcy, gdyby musiał mieć najpierw negatywne doświadczenia w „podkupywaniu” personelu, aby móc następnie chronić wskazane informacje. O unikalnym charakterze, wyjątkowo specjalistycznym, usprawiedliwiającym przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z takim doświadczeniem świadczy sam fakt, że zamawiający wymaga wykazania się taki osobami na etapie składania ofert. Ponadto lekceważenie ich charakteru nie ma znaczenia przy kwalifikacji do ich ochrony.

Wykonawca chroni informację dotyczącą konkretnego zestawienia, doboru osób do wykonania przedmiotowego zamówienia. Co istotne jednym z elementów przygotowania oferty, w sposób najbardziej efektywny dla jego realizacji również pod względem finansowym jest właściwe zestawienie zespołu osób zarówno pod kątem współpracy, efektywności działania, doświadczenia wzajemnie się uzupełniającego jak również kosztu finansowego utrzymania personelu. Tego rodzaju dobór kadry nie jest elementem niezmiennym i zależy od aktualnego stanu zatrudnienia czy też osób współpracujących oraz od rodzaju zamówienia w różnych jego aspektach i czynnikach mających wpływ na realizację zamówienia.

Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia/ dokument dotyczący osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia obejmują zestawienia danych osobowych pracowników Wykonawcy, a także osób pozostających w jego dyspozycji

oraz informacje dotyczące doświadczenia zawodowego i kwalifikacji tych osób. Takie dane należy uznać za szczególnie wrażliwie dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, ponieważ w drodze zwykłego dostępu inne podmioty (w tym osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji) nie będą w stanie ustalić konfiguracji przedstawionych tam danych. Stanowią one ponadto informację o potencjale kadrowym Wykonawcy, tak istotnym przy danej specyfice przedmiotu zamówienia i konieczność dysponowania przez Wykonawcę wykwalifikowaną kadrą – co ma ogromne znaczenie i wartość gospodarczą.

Warto wskazać, że czynnikiem o niebagatelnym znaczeniu jest posiadanie kompetentnych specjalistów, umiejących wykorzystywać zasoby sprzętowe i oprogramowanie. Można stwierdzić, że w informatyce aktualnie znacznie łatwiej jest pozyskać sprzęt i licencje niż odpowiednich specjalistów. Nie będzie przesady w stwierdzeniu, że to ludzie decydują o sukcesie projektów. Tak więc mając na uwadze specyfikę rynku usług informatycznych, który charakteryzuje się szybkim tempem rozwoju, rzeczą konieczną jest dysponowanie specjalistami posiadającymi wiedzę o aktualnych technologiach. W efekcie dane dotyczące osób wchodzących w skład zespołu Wykonawcy mają znaczną wartość gospodarczą. Dla Wykonawcy będącego podmiotem świadczącym usługi na rynku informatycznym, o jego sile przesądzą przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się Wykonawcy przed dostępem do danych o jego zasobach kadrowych. Dynamika rynku informatycznego powoduje, że zdobycie przez Wykonawcę pracowników, jest procesem wyjątkowo żmudnym i kosztownym, często wymagającym korzystania z usług zewnętrznych firm rekrutacyjnych. Ponadto, już same informacje o tym, że dana osoba posiada konkretne doświadczenie, odpowiednie do wymagań stawianych w projekcie, ma bardzo dużą wartość gospodarczą. Niezależne badania Tech Forecast 2017 Computerworld¹ pokazują, że największe trudności rekrutacyjne wskazują duże firmy (62,4%), zatrudniające ponad 250 pracowników:

- ✦ 68% rekruterów postrzega zatrudnienie w IT jako większe wyzwanie niż pięć lat wcześniej;
- ✦ 30% firm ma problem ze znalezieniem wykwalifikowanych pracowników
- ✦ o 40% wzrosły wydatki z pozyskaniem nowego pracownika na przestrzeni czterech lat (Badanie TEKsystems)

Biorąc pod uwagę specyfikę projektów IT każde uszczuplenie zasobów kadrowych Wykonawcy może potencjalnie wygenerować problem z jakością i terminowością wykonywanych zadań. Jak pokazuje raport NFJ Insights² w maju 2020 roku, do bardziej doświadczonych specjalistów kierowano 14% ofert więcej (w porównaniu ze styczniem 2020 roku) i stanowiły one aż 57% całego rynku³. To duża różnica, zwłaszcza, że takie wzrosty nie były zwyczajowo obserwowane na rynku, co obrazuje jak cenne są informacje o zasobach kadrowych Wykonawcy.

¹ Źródło: <https://humancapital.coderslab.pl/47357-masowe-rekrutacje-w-branzy-it-jak-skutecznie-pozyskacpracownikow>

² Źródło: <https://nofluffjobs.com/insights/raport-oczekiwania-specjalistow-mid-i-senior/>

³ Źródło: <https://nofluffjobs.com/insights/raport-rynek-pracy-it-w-pierwszej-polowie-2020-roku-zarobkirodzaje-umow-i-specjalizacje-w-branzy/>

Wreszcie, jak wynika z oceny iniJOB.com⁴, odejście wysokiej klasy specjalisty, generuje stratę w wysokości do 100% jego rocznego wynagrodzenia.

Wszystkie przedstawione powyżej fakty pokazują, że rynek usług informatycznych jest aktualnie polem ostrej i nasilającej się walki konkurencyjnej o zasoby kadrowe. Przejawem tego jest w szczególności proceder „podkupywania” pracowników, w ramach którego konkurenci lub działające na ich zlecenie agencje rekrutacyjne nawiązują kontakt z pracownikami przedsiębiorcy w celu nakłonienia ich do zmiany pracodawcy. Jak wynika z danych firmy Sedlak & Sedlak – jednego z liderów branży doradztwa HR w Polsce, podkupywanie pracowników odpowiada aż za 64 % przypadków odejść informatyków z pracy⁵. Powszechnie znany jest fakt, że dla rekruterów niezwykle ważnym źródłem wiedzy o zasobach kadrowych podmiotów działających na rynku IT są wykazy osób. Brak objęcia takich wykazów tajemnicą przedsiębiorstwa lub ich odtajnianie przez zamawiających niezadających sobie sprawy z realiów rynkowych i powszechności procederu podkupywania, prowadzi do tego, że konkurenci uzyskują za pośrednictwem tych dokumentów dostęp do przekrojowej i szczegółowej wiedzy na temat kompetencji, kwalifikacji i doświadczenia personelu oraz podejmują aktywne działania mające na celu „wyciągnięcie” z firmy potrzebnych specjalistów. Wykonawca ma świadomość, że jego pracownicy również są obiektem opisanych powyżej praktyk i dokonane zastrzeżenie jest właśnie istotnym elementem ochrony przedsiębiorstwa przed agresywnymi praktykami konkurencji.

Niezależnie od wykazanej powyżej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Wykonawca podnosi również, że zastrzeżone informacje spełniają również pozostałe przesłanki ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne, a ponadto Wykonawca nieustannie podejmuje w stosunku do tych informacji intensywne działania mające na celu utrzymanie ich w poufności.

Możliwość zastrzeżenia informacji dotyczących personelu skierowanego do realizacji zamówienia z branży IT jest szeroko akceptowane w orzecznictwie sądowo- administracyjnym i Krajowej Izby Odwoławczej. Należy wskazać na:

- wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 20 grudnia 2019 roku, sygn. akt II SA/Kr 1292/19, gdzie w odniesieniu do wykazu osób stwierdzono: „(...) informacje na temat utworzonego na potrzeby danego/konkretnego zlecenia zespołu tych podmiotów niewątpliwie należy uznać za informacje posiadające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, gdyż stanowią one o jego konkurencyjności na danym rynku. Wobec tego ich ujawnienie w okolicznościach konkretnej sprawy mogłoby nieść dla przedsiębiorcy wymierne straty, co przemawia za koniecznością objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorcy i pozwala w tym zakresie na ograniczenie jej udostępnienia na podstawie art. 5 ust. 2 u.d.i.p.”.

⁴ Źródło <https://employerbranding.pl/koszt-odejscia-dobrego-programisty-to-ponad-100-tys-zl/>

⁵ Źródło: <https://wynagrodzenia.pl/arttykul/raport-rynek-pracy-it-2015-podsumowanie>

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 92/19: *„Dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa koniecznym jest, by posiadała ona wartość gospodarczą. Zastrzeżenie informacji dotyczących pracowników wykonawcy uzasadniał obawą przed "podbieraniem" pracowników przez konkurencję (ang. employee poaching), z pozyskaniem których poniósł wysokie koszty, a osłabienie tego zespołu pogorszyłoby jego pozycję na rynku. Mając na uwadze sytuację na rynku pracowników IT, należy uznać, że takie zagrożenie istnieje. Jednak, jeżeli nie zostaną ujawnione dane personalne tych osób, ryzyko takie zostanie wyeliminowane.*

Jednocześnie pozwoli to na zachowanie równowagi pomiędzy zasadą jawności

postępowania a interesem wykonawcy, którego pracowników dane w dalszym ciągu będą chronione.”

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1090/18, KIO 1092/18;
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2019 r., sygn. akt KIO 366/19 *„Izba uznała za niezasadny zarzut odwołania w zakresie zastrzeżenia wykazu osób w części nieodtajnionej przez samego Przystępującego. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Przystępującego zawarte zarówno w uzasadnieniu zastrzeżenia jak i przedstawione na rozprawie - zarówno w formie pisemnej jak i do protokołu rozprawy, będące kontynuacją stanowiska zawartego w uzasadnieniu. Przystępujący wskazał, że Zamawiający postawił bardzo konkretne, specyficzne wymogi w odniesieniu do kadry mogącej realizować zamówienie. Na rynku ograniczony jest krąg osób, który posiada wymagane przez Zamawiającego umiejętności, doświadczenie oraz certyfikaty. (...) Powyższe zdaniem Izby wskazuje, że stan ten jest istotny nie tylko dla realizacji tego zamówienia, ale także do dalszego funkcjonowania Przystępującego, gdyż jak stwierdził Przystępujący na rynku usług informatycznych istnieje duży niedobór kadr, szczególnie mogącej wykazać się określonymi certyfikatami.”;*
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 90/18;
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2018 roku, sygn. akt: KIO 1064/18;
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2019 r., sygn. akt: KIO 999/19, KIO 1000/19;

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2874/12: *„Odnosząc się do zarzutu dotyczącego utajnienia wykazu osób, Izba stwierdziła, że dokumenty te zostały zasadnie opatrzone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Czterech spośród siedmiu wykonawców złożyło takie zastrzeżenia i w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożyło wyjaśnienia przyczyn dokonanego zastrzeżenia. Specyfika rynku przedmiotowych usług wymagających dysponowania wysokokwalifikowanym personelem wymaga, jak wskazuje doświadczenie wykonawców, w tym odwołującego, ochrony informacji o osobach mających wykonywać zamówienie. Wykazy zawierały dane osobowe, w tym imię i nazwisko, kwalifikacje i doświadczenie określonych osób. Łącznie w ocenie składu orzekającego są to tzw. dane wrażliwe, a skonkretyzowanie posiadanego doświadczenia i uprawnień, w gronie osób posiadających wysokie i rzadkie kwalifikacje może umożliwić ich identyfikację także bez ujawniania imion i nazwisk, o co wnosił odwołujący alternatywnie w części końcowej odwołania. Izba uznała, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa było uzasadnione, a więc Zamawiający słusznie nie ujawniał wykazu. Dane osób posiadających bardzo wysokie kwalifikacje zasługują na ochronę choćby z tego powodu, że inni wykonawcy, funkcjonujący na rynku właściwym, mogą dane te wykorzystać do pozyskania pracowników dla siebie.*

Zatem opatrzenie wykazu osób klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne.”

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt 908/13: *„Zdaniem Izby informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez zamawiającego. Rynek informatyczny jest bowiem specyficznym rynkiem usług charakteryzującym się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów. Tak więc informacje o*

konkretnych osobach, ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym, a tym samym potencjale kadrowym danego wykonawcy mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają bowiem ludzie, gdyż na rynku tego rodzaju usług poszukiwani są przede wszystkim wysokiej klasy specjaliści. Powoduje to konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Dlatego też Izba podzieliła w tym względzie stanowisko zamawiającego i przystępującego, uznając iż informacje na temat kluczowych specjalistów, mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy przykładowo mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Możliwości zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazu osób, mających wykonywać zamówienie wraz z ich kwalifikacjami, potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 2007r., sygn. V Ca 421/07. Tym samym Izba uznała, iż dane dotyczące potencjału osobowego ("Wykaz osób") zasługują na ochronę, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym nie podlegają odtajnieniu i ujawnieniu innym wykonawcom.”

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1106/11, KIO 1111/11: *„Dane osób wyspecyfikowanych w wykazie osób, ich kwalifikacje i doświadczenie, zwłaszcza trenerów posiadających autoryzacje Microsoft, posiadają wartość gospodarczą i mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Niewątpliwie istnieje*

w tym zakresie (posiadania autoryzacji Microsoft) wyspecjalizowany rynek, a tym samym wąskie grono osób posiadających odpowiednie kwalifikacje, w tym także przedmiotową autoryzację, stanowi przedmiot zainteresowania a co w konsekwencji powoduje przejmowanie pracowników konkurentów zwłaszcza, gdy są to osoby o tak szczególnych uprawnieniach. Dla podmiotów świadczących tego typu usługi jakie objęte są przedmiotem zamówienia o sile firmy decydują ludzie. Tego typu wykładowcy są poszukiwani na rynku, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem innych firm do jej zasobów kadrowych. Dlatego też dane osobowe dotyczące tych osób, mających wykonywać przedmiotowe zamówienie mogą stanowić tajemnice przedsiębiorstwa."

Potwierdzeniem jest również Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2020 r. (KIO/KU 30/20), gdzie wskazano: *„Powszechnie wiadomym jest, że jednym z elementów przygotowania oferty, w sposób najbardziej efektywny dla jego realizacji również pod względem finansowym jest właściwe zestawienie zespołu osób zarówno pod kątem współpracy, efektywności działania, doświadczenia wzajemnie się uzupełniającego jak również kosztu finansowego utrzymania personelu. **Tego rodzaju dobór ekspertów nie jest elementem niezmiennym i zależy nie tylko od aktualnego stanu zatrudnienia czy też osób współpracujących, ale również od rodzaju przedsięwzięcia inwestycyjnego w różnych jego aspektach, czynnikach mających wpływ na realizację zamówienia. Właśnie o tym jest mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. to jest "jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji", takie informacje według wytycznych ustawodawcy mogą być chronione. Dla ochrony tych informacji nie ma znaczenia, że osoby postronne mogą znać aktualnie, czy nawet po rozstrzygnięciu przetargu personalia osób zatrudnionych czy też współpracujących z przedsiębiorcą, ponieważ tajemnicy podlega zestawienie ekspertów do danego zamówienia do wygrania przetargu. (...) Odtajnienie informacji dawałoby szansę na nieuprawnione korzystanie z pomysłu Wykonawcy na zestawienie i dobór kadry ekspertów do jej realizacji."***

Ad. 3

Opis oferowanego rozwiązania (przedmiotu zamówienia)

W wymaganym przez Zamawiającego dokumencie, załączonym przez Wykonawcę do oferty, zawarty jest unikalny z punktu widzenia wymagań Zamawiającego dobór rozwiązań technicznych i technologicznych. Dokument ten zawiera zatem informacje techniczne i technologiczne, a także obrazuje posiadane przez Wykonawcę doświadczenie i wiedzę, decydujące o jego przewadze konkurencyjnej na rynku. Rozwiązanie to – jako know-how Wykonawcy – posiada zatem dla wykonawcy wartość gospodarczą, a tym samym podlega ochronie przed powszechnym ujawnianiem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dla oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć znaczenia, czy zastrzeżony dokument stanowił załącznik do SIWZ, który miał być wypełniony przez wykonawców, jak i nie może mieć znaczenia fakt, że byłby on załącznikiem do umowy. Przede wszystkim Zamawiający powinien mieć na względzie te zasady wyrażone w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, mówiące m.in. o tym, że (art. 5 ust. 1 i 2)

prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych; także ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastosowanie znajdują przepisy Ustawy z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym przypadku w zakresie ochrony poufności rozwiązań technicznych i technologicznych. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-06-11, KIO 980/13, KIO 1067/13, KIO 1072/13, KIO 1073/13, KIO 1078/13, KIO 1080/13 Izba stwierdziła m.in.: „*Uznano w powyższej mierze, że dobór konkretnych elementów sprzętu i oprogramowania, w ramach odpowiednich komponentów systemu, w tym opatrzenie ich dodatkowymi, wedle uznania wykonawcy elementami (przewidziana w części instrukcyjnej, poprzedzającej Tabelę 4 możliwość dopisania komponentów, jeżeli jest to konieczne w celu zapewnienia kompletności rozwiązania oferowanego przez wykonawcę) pozwala na uznanie, że w Tabeli 4, mimo że stanowi ona odwzorowanie wymagań zawartych w Opisie przedmiotu zamówienia, zawierane są informacje, które razem skomponowane w ten czy lub inny sposób przez danego wykonawcę wyrażają autorski zamysł co do kształtu poszczególnych narzędzi i komponentów, jakie zaplanowane zostały przez wykonawcę. W ramach danego komponentu Zamawiający przewidywał bowiem jedynie w sposób ogólny rodzaj sprzętu lub kategorii oprogramowania, zaś rzeczą wykonawców było wypełnienie tego wymagania konkretnymi produktami: odpowiednim sprzętem oraz oprogramowaniem, w tym dodanie - według własnej koncepcji danego wykonawcy - innych elementów sprzętu lub oprogramowania, wreszcie, dopełnienie ich oprogramowaniem autorskim, stworzonym na potrzeby przedmiotowego postępowania. W tej mierze uzewnętrzniało się zatem w Tabeli 4 autorskie rozwiązanie wykonawcy, wyrażające technologiczny i organizacyjny charakter informacji, które posiadają wartość gospodarczą. Wartość ta wyraża się w szkodzie, jaką wykonawca może ponieść, w razie ujawnienia jej innym podmiotom, w związku z tym, że zestawione w ramach danego komponentu elementy stanowią pewną kompozycję traktowaną jako całość, która sama w sobie może przejawiać rozwiązanie autorskie, mogące mieć przeznaczenie nie tylko dla tego postępowania. Komponenty w przedmiotowym postępowaniu to pewne całościowe rozwiązania, na które składają się odrębne zestawione zespoły produktów dające osobne narzędzia (jak przykładowo realizujące odpowiednie zadania platformy). Wykonawca w piśmie wykazał ponadto, że podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.*”.

Ad. 4

Dokumenty dotyczące podmiotów trzecich

Ujawnienie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego byłoby jednoznaczne z ujawnieniem faktu korzystania z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu, ponieważ logicznym i oczywistym jest, że jeśli wykonawca załącza do wniosku czy oferty odpis z KRS, zaświadczenie z KRK, czy jakiegokolwiek dokument innego niż wykonawca podmiotu – to czyni to tylko dlatego, że powołuje się na zasoby tego właśnie podmiotu. Na podstawie takich dokumentów można w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić, jaki podmiot udostępnił wykonawcy zasoby i jakie zasoby zostały udostępnione Wykonawcy. Informacja ta stanowi informację o źródle

zaopatrzenia wykonawcy, a jak podkreślił skład orzekający KIO w wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. KIO 1195/11: „Izba w niniejszym składzie podzieliła stanowisko Przystępującego wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. oraz stanowisko Zamawiającego, poparte teżą wyrażoną w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 440/06), iż dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej, w tym zawarte z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu) mogą przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przez Zamawiającego oraz

Przystępującego wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 440/06) wynika, że dane o podwykonawcach (kontrahentach) przedsiębiorcy zasługują na ochronę w świetle tajemnicy przedsiębiorstwa. Wynika to z faktu, jak zostało wskazane w uzasadnieniu powyższego wyroku „(...) że dane te podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem niewątpliwie jest to informacja o charakterze organizacyjnym, świadcząca o potencjale i pozycji danego przedsiębiorcy (...)”.

W wyroku z dnia 28 lutego 2014 r., sygn. KIO 245/14 podkreślono: „Izba stwierdziła też, że wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, warunki zawartych porozumień, które wynikają z zobowiązań podmiotów trzecich posiadają wartość gospodarczą. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy.” Również w wyroku z dnia 29 maja 2013 r., sygn. KIO 1143/13 Izba podkreśliła: „W wyroku z dnia 21 marca 2012 r., sygn. akt KIO 457/12, akceptowanym w orzecznictwie, Izba orzekła, że „(...) w badanym stanie faktycznym w części związanej z pisemnymi zobowiązaniami innych podmiotów do oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zostały spełnione przesłanki wymagane do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że wbrew przypuszczeniom odwołującego, treść zobowiązań innych podmiotów w zakresie oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, nie ma charakteru ogólnego, który jest jedynie powieleniem treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, a zawierają informacje o charakterze organizacyjnym, które mogą być uznane za takie, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i winny podlegać ochronie. Niewątpliwie ujawnienie tego rodzaju informacji mogłoby narazić wykonawców na poniesienie szkody. Z charakteru informacji zawartych w treści zobowiązań innych podmiotów wynika również, że nie posiadają one waloru informacji powszechnie dostępnych. Wyjaśnienia wykonawców a także sposób zabezpieczenia informacji we wnioskach wskazuje, że podjęto właściwe kroki w celu zachowania tych informacji w poufności”. Podobnie możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o zamówieniach wykonanych na rzecz podmiotów publicznych przez podmiot udostępniający wykonawcy wiedzę i doświadczenie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 586/14. Skoro ochronie może podlegać fakt współpracy wykonawcy z określonym podmiotem, to w konsekwencji ochronie powinny podlegać także wszystkie informacje umożliwiające identyfikację tego podmiotu. Ujawnienie dokumentów podmiotu trzeciego umożliwia identyfikację podmiotu, który udostępnił wykonawcy zasoby. Tym samym ujawnienie danych dotyczących tych zamówień

jest jednoznaczne z odmową ochrony informacji o podmiocie, który udostępnił wykonawcy zasoby. W przypadku zasobów udostępnionych wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak wskazano wyżej, udostępnienie to było uzależnione od objęcia tych informacji poufnością. Tym samym zastrzeżenie w tym zakresie znajduje uzasadnienie, informacje zawarte w wykazie powinny być zatem objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Możliwość objęcia również tego rodzaju informacji tajemnicą przedsiębiorstwa także została potwierdzona w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. KIO 1195/11, czy też wyroku z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 586/14, w których Izba orzekała na podstawie stanu faktycznego analogicznego do zaistniałego w przedmiotowej sprawie. Podobnie w wyroku z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. KIO 1186/13, w którym podkreślono: *„W niniejszym stanie faktycznym zobowiązanie do udostępnienia zasobu stanowi niewątpliwie tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika bowiem z treści załączonego do wyjaśnień wykonawcy Netia porozumienia zawartego pomiędzy tym wykonawcą a podmiotem trzecim wykonawca Netia zobowiązany jest do zachowania poufności w zakresie odnoszącym się do faktu współpracy przy ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie oraz ewentualnie przy realizacji tego zamówienia. Informacja ta ma więc wartość gospodarczą i nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Przedłożone porozumienie jest potwierdzeniem podjęcia w stosunku do tych informacji określonych działań celem zachowania ich poufności. Tak więc fakt utajnienia tego dokumentu wynika ze stanowiska podmiotu trzeciego (§ 2 porozumienia), a zawarcie przedmiotowego porozumienia było warunkiem uzyskania przez wykonawcę Netia wsparcia tego podmiotu przy realizacji przedmiotowego zamówienia.”*

Uprzedzając argumentację zawartą w jednym z wyroków KIO, że *„Co do zasady nie ma wartości gospodarczej wybranie jednego spośród funkcjonujących na danym rynku przedsiębiorców jako podwykonawcy. Nie może uzasadniać utajnienia danych podwykonawców subiektywna obawa o ich niełojalność, gdyż wykonawca działający z należytą starannością powinien być w stanie nawiązać z podwykonawcą stosowaną relację prawną, która zagwarantuje mu jego lojalność”*

Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone informacje zawierają konkretną wartość ekonomiczno-gospodarczą w zakresie układu handlowego Wykonawcy na rynku w postaci współpracy z konkretnym podmiotem, którego dane nie są powszechnie znane na rynku jako działającego w obszarze objętym współpracą, a w konsekwencji ich pozyskanie przez konkurencyjnych wykonawców w zwykłej drodze nie jest możliwe.

Należy również wskazać na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1936/13, KIO 1943/13, KIO 1954/13: *„Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów oraz definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że informacje zawarte we wnioskach wykonawców, a dotyczące wskazania podmiotów, które będą brały udział w realizacji zamówienia, udostępniających swoje zasoby w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia zawarte w wykazie usług, referencjach dotyczących tych usług oraz pozostałe dokumenty określające wprost te podmioty są informacjami skutecznie zastrzeżonymi z uwzględnieniem warunków takiego zastrzeżenia, wskazanych wyżej. Ponadto informacje o osobach, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia zostały, w ocenie składu orzekającego skutecznie zastrzeżone. Wykaz specjalistów, zwłaszcza w branży usług*

informatycznych, jak niejednokrotnie stwierdzono w orzecznictwie, jako mający wartość gospodarczą, może być skutecznie zastrzegany przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.”

W razie jakichkolwiek wątpliwości wnosimy o zwrócenie się z dodatkowym zapytaniem – wówczas niezwłocznie na konkretnie sformułowaną wątpliwość odpowiemy.

Z poważaniem

Załączniki – jawne:

- 1) Certyfikat Comarch S.A.



Signed by /
Podpisano przez:

Adam
Szabuniewicz

Date / Data:
2022-05-27 08:51