

WYROK
z dnia 5 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Ingrifo sp. z o.o., sp. z k. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Opsenio sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie oświadczeń i dokumentów wykonawcy **Opsenio sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** objętych przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986; dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „*Usługi dostosowawcze i asysty technicznej systemu wspierającego zarządzanie infrastrukturą i usługami IT w Ministerstwie Spraw Zagranicznych i placówkach podległych Ministrowi Spraw Zagranicznych – System ITSM*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2018 r., pod numerem 2018/S 150-344657.

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

Zamawiający w dniu 8 listopada 2018 r., poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Opsenio sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący”).

W dniu 19 listopada 2018 r. wykonawca – Ingrifo sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego,
- 2) zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wszystkich dokumentów składanych przez Przystępującego w toku postępowania, tj. w szczególności:

- wykaz osób;
- formularz ofertowy w części dotyczącej osoby podwykonawcy i zakresu podwykonawstwa;
- zobowiązanie do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów wraz z dokumentacją podmiotu trzeciego;
- informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej;
- wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;
- oświadczenie oraz aktualna informacja z KRK dotycząca podmiotu trzeciego;
- oświadczenie z KRK w zakresie członka Rady Nadzorczej;
- wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153,

poz. 1503, ze zm.; dalej „u.z.n.k”), poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Przystępującego i nieujawnione Odwołującemu, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia tych informacji (dokumentów) pomimo, że Przystępujący nie wykazał, że dane zawarte w tych dokumentach stanowią ich tajemnicę przedsiębiorstwa,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Przystępującego oraz nakazanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji / dokumentów zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i nieujawnionych Odwołującemu, wraz z jednoczesnym nakazaniem dokonania ponownej oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób bezpodstawny przyjął, że Przystępujący w sposób dostateczny zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołując się na zasadę jawności postępowania określoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp podkreślił, że może ona być ograniczona tylko w przypadkach ściśle określonych ustawą. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje bowiem ograniczenie zasady jawności, dopuszczając zastrzeżenie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednakże przepis ten jest wyjątkiem od zasady. W konsekwencji nie może być on interpretowany rozszerzająco, a wyłączenie zasady jawności musi mieć charakter wyjątkowy. Wskazał, że ocena zastrzeganych informacji musi być dokonywana wnikliwie i przez pryzmat pierwszeństwa zasady jawności postępowania.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący zastrzegł tajność części oferty oraz dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego. Łącznie w tych dokumentach zastrzeżone zostały: wykaz osób, formularz ofertowy w części dotyczącej osoby podwykonawcy i zakresu podwykonawstwa, zobowiązanie do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów wraz z dokumentacją podmiotu trzeciego, informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz oświadczenie i aktualna informacja z KRK dotycząca podmiotu trzeciego.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie uznał jednak przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia utajnienia za wystarczające, w związku z czym ujawnił Odwołującemu jego treść zarówno w zakresie oferty jak i w zakresie uzupełnianych dokumentów. Odwołujący wskazał ponadto, iż Przystępujący zastrzegł też jako tajemnicę wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny, które Zamawiający uznał za skuteczne.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów w zakresie KRK członka Rady Nadzorczej, których nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający mimo to nie udostępnił Odwołującemu ani treści tego dokumentu, ani nawet nazwiska osoby, której dotyczyło wezwanie.

Powołując się na art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Odwołujący wskazał, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W konsekwencji, aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione trzy przesłanki:

- 1) dana informacja nie została udostępniona do wiadomości publicznej,
- 2) dana informacja musi posiadać wartość gospodarczą (niekoniecznie wyrażoną w pieniądzu),
- 3) przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa musiał podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Jak zauważył Sąd Najwyższy informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą (tak m.in. SN w wyroku z dnia 03.10.2000 r., I CKN 304/00, SN w wyroku z dnia 05.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67).

Odwołujący podkreślił, że nowelizacja dokonana na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232) wprowadziła w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wyraźny zapis, iż jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, które zostały zastrzeżone nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz co do których wykonawca wykazał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla wyjaśnień i uzupełnień dokumentów termin ten upływa oczywiście wraz z momentem ich złożenia. Po tym dniu, uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy wygasa.

Odwołujący wyjaśnił także, że Zamawiający pismem z dnia 18 października 2018 r. wskazał, że uznaje zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa za nieskuteczne uznając, iż powody objęcia dokumentów

tajemnicą przedsiębiorstwa opisane w uzasadnieniu, dotyczące wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, nie odbiegają od typowej, powszechnie znanej argumentacji wskazywanej przez innych wykonawców funkcjonujących na rynku zamówień publicznych. Według Odwołującego powyższe świadczy, iż Zamawiający sam uznał więc, że uzasadnienie utajnienia nie jest wystarczające. Ponadto w opinii Odwołującego istnieją poważne wątpliwości, co do możliwości utajnienia określonych, zastrzeżonych przez Przystępującego dokumentów. Powyższe dotyczy m. in. wykazu osób. Wykaz ten nie może być zastrzeżony, bowiem nie spełnia podstawowej przesłanki utajnienia tego dokumentu, a mianowicie - braku jego ujawnienia do informacji publicznej. Wskazał, że Zamawiający organizował już postępowanie, którego przedmiot był tożsamy z niniejszym postępowaniem (postępowanie znak BDG.741.012.2017), jednak postępowanie zostało unieważnione. W postępowaniu tym oferty złożył Odwołujący oraz Matic sp. z o.o. Jak wyjaśnił Odwołujący Matic sp. z o.o. w zakresie kadry powoływał się na potencjał zasobu trzeciego, tj. Qumak S.A. Przystępujący zaś jest podmiotem utworzonym przez programistów wcześniej pracujących dla Qumak S.A. Według Odwołującego, z dużym prawdopodobieństwem można więc stwierdzić, że osoby powołane w wykazie osób przez Przystępującego są te same, co wcześniej przywołane w ofercie Matic sp. z o.o. (która to oferta nie została zastrzeżona jako tajna). Osobami powołanymi w tamtym postępowaniu byli panowie T. Ł., Ł. B., F. D., R. W., M. B. i T. S. . Jeśli te same osoby zostały powołane w utajnionym wykazie osób, to wykaz ten nie jest już tajny i powinien zostać udostępniony Odwołującemu.

Odwołujący podkreślił, że Przystępujący jest podmiotem nowym, zarejestrowanym w KRS 4 października 2017 r. Oznacza to, że Przystępujący z dużym prawdopodobieństwem nie spełnia samo wymogów udziału w postępowaniu i nie dysponuje doświadczeniem, która spełniałoby wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”). W konsekwencji, podmiot ten musi polegać w całości na zasobach podmiotu trzeciego. Odwołujący wskazał, że na rynku istnieje niewiele podmiotów, które spełniają wymogi Zamawiającego. Niewiele z tych podmiotów, byłoby chętne do nawiązania współpracy z firmą, która istnieje na rynku dopiero od roku. Utajnienie nazwy podmiotu trzeciego w praktyce ma na celu wyłącznie uniemożliwienie konkurentom zweryfikowania prawidłowości udzielonych referencji i tożsamości podmiotu trzeciego. Każdy z podmiotów działających na rynku IT podkreśla kontrakty, które realizował, gdyż świadczą one o prestiżu i dobrej pozycji rynkowej tych wykonawców. Jednocześnie, informacje te są na tyle ogólne, że nie stanowią zagrożenia dla podmiotu je ujawniającego. Zastrzeżenie takie byłoby tym bardziej niedopuszczalne, gdyby usługi były realizowane przez podmiot trzeci na rzecz podmiotu publicznego. W takiej bowiem sytuacji, informacja o realizacji tych usług byłaby dostępna dla każdego w trybie dostępu do informacji publicznej. Tak jak w przypadku wykazu osób, przymiot tajności informacji nie istniałby. Ponadto, jeżeli Przystępujący powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego, to powinien wskazać udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Nie można się bowiem powoływać na zasoby podmiotu trzeciego jedynie w celu spełnienia formalności. Udział tego podmiotu musi być realny i konkretny, oparty o stosunek podwykonawstwa. Przystępujący utajnił jednak nie tylko dane podmiotu trzeciego, ale także formę łączącego te podmioty stosunku prawnego, co w ocenie Odwołującego jest nieuzasadnione. Nieuzasadnione jest także, zdaniem Odwołującego utajnienie zaświadczenia banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej w zakresie posiadanej zdolności finansowej. Odwołujący stwierdził, że nie wie, w jaki sposób informacja taka mogłaby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a z uwagi na okoliczność, iż Przystępujący jest młodą firmą, a zatem z dużą szansą nie spełnia ona wymogów finansowych Zamawiającego, to utajnienie tych Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 255/08), w którym Izba stwierdziła, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być objęta informacja z banku o wysokości posiadanych środków finansowych, gdyż nie jest ona informacją techniczną, technologiczną organizacyjną czy inną posiadającą wartość gospodarczą. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że wszelkie ww. dokumenty powinny zostać odtajnione.

W opinii Odwołującego odtajnione powinny też zostać wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż Przystępujący nie wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia, że wskazane zostały wszystkie przesłanki zawarte w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Nie załączył też żadnych dowodów, by jego twierdzenia były prawdziwe. Cała treść uzasadnienia to generalne zapewnienia, stanowiące kopię przepisów właściwych dla zastrzeżenia tajemnicy. Samo powołanie się na przepisy nie jest wystarczające dla utajnienia dokumentów, a wykonawca ten powinien w odniesieniu do każdego dokumentu odrębnie wykazać przesłanki jego utajnienia, tj. w szczególności wskazać wartość gospodarczą tej informacji. Zaniechanie tego wskazania powoduje bezskuteczność zastrzeżenia.

Również brak przedłożenia jakichkolwiek dowodów i szczegółowego wykazania przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. uniemożliwia skuteczne utajnienie składanych wyjaśnień. Także one powinny więc zostać odtajnione. Bezwzględnie podlega też udostępnieniu Odwołującemu KRK złożone w celu uzupełnienia składanych dokumentów, stanowiący załącznik do pisma Przystępującego z dnia 6.11.2018 r. W piśmie tym Przystępujący w ogóle nie wskazał bowiem, że zastrzega składany dokument, a jak już wyżej wskazano wraz ze złożeniem tego dokumentu, wygasła możliwość jego zastrzeżenia. Jako dokument niezastrzeżony, podlega on więc ujawnieniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując oceny zasadności zastrzeżenia, nie może oprzeć się tylko na

oświadczeniu wykonawcy. Powinien on dokonać dogłębnej analizy pod kątem zgodności takiego zastrzeżenia z zasadą jawności, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z 07.08.2014 r., KIO 1529/14; podobnie wyrok KIO z 17.12.2013r. KIO 2773/13, wyrok KIO z 24.04.2012 roku KIO 762/12).

W ocenie Odwołującego, brak ujawnienia mu wszelkich dokumentów zastrzeżonych przez Opsenio prowadzi do fikcyjności i iluzoryczności, wprowadzonej w art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zasady jawności.

Odwołujący zauważył ponadto, że ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej właśnie czynności. Co więcej niewątpliwie wadliwa ocena dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Przyjęcie przeciwnego poglądu byłoby sprzeczne z zasadą państwa prawa jak i przepisów unijnych. Odwołujący podkreślił, iż państwo polskie zobowiązane jest do zapewnienia wykonawcom realnych środków ochrony prawnej i możliwości ich składania w odpowiednich terminach (por. wyrok TS z dnia 28.01.2010 w sprawie Uniplex C-406/08 oraz wyrok TS z dnia 12.01.2002 r. ws. Universale - Bau C-47). Oznaczałoby to bowiem, że nawet bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, *de facto* skutkowałoby pozbawieniem możliwości skutecznego składania odwołania skierowanego przeciwko ofercie podmiotu utajniającego swoją ofertę (jej część). Nie da się bowiem składać skutecznego odwołania niejako „w ciemno”.

Mając na uwadze co powyżej, Odwołujący stwierdził, że uwzględnienie zarzutu bezpodstawnego nieujawnienia zastrzeżonych przez Przystępującego dokumentów powinno spowodować unieważnienie czynności oceny ofert, bez rozpatrywania tych zarzutów merytorycznych, które dotyczą elementów utajnionych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 listopada 2018 r. wniósł o jego odrzucenie w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu wniesienia go przez wykonawcę, który nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia, zaś w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Motywuując stanowisko odnośnie braku interesu po stronie Odwołującego wskazał, że Odwołujący w sposób lakoniczny uzasadnił istnienie interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia, a ponadto nie wykazał on, że w częściach oferty Przystępującego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa mogą znaleźć się informacje skutkujące koniecznością odrzucenia oferty tego wykonawcy (zarzut blankietowy). Wskazał, że Odwołujący nie uzasadnił, ani nawet nie uprawdopodobnił przesłanek swojego twierdzenia.

Zdaniem Zamawiającego ewentualne odtajnienie części lub całości oferty i dokumentów złożonych przez Przystępującego nie ma związku i nie wpływa na działania podjęte przez Zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący, formułując żądanie unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Przystępującego nie wskazał na jakiegokolwiek naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ponadto, nie doprecyzował żądania w zakresie unieważnienia ww. czynności, ani też nie uzasadniał tego zarzutu wbrew treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp.

Ze względu na brak wskazania w odwołaniu okoliczności prawnych i faktycznych zarzutu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, w szczególności ze względu na brak wskazania niezgodności jakiegokolwiek czynności z przepisami ustawy, Izba nie powinna rozpatrzyć zarzutu wymienionego w pkt. 1 pkt. 1.1. odwołania z dnia 19 listopada 2018 r. Otóż, nie znając treści oferty najkorzystniejszej, Odwołujący nie ma podstaw do podważania jej wyboru. Ponadto, wskazane w żądaniu Odwołującego czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, nie mogą podlegać zaskarżeniu ponieważ zostały dokonane przez Zamawiającego zgodnie z prawem. Zamawiający nie zaniechał też żadnej czynności, do której był zobowiązany w tym zakresie na mocy przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba może uwzględnić odwołanie tylko wówczas gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W ocenie Zamawiającego taka przesłanka w niniejszej sprawie nie zachodzi. Uznanie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert zgodnie z wnioskiem Odwołującego, skutkowałoby jedynie opóźnieniem w realizacji zamówienia na usługi, które mają dla Zamawiającego istotne znaczenie.

Jednocześnie, należy mieć na uwadze, że granice orzekania Izby zostały wyraźnie określone przepisami prawa, w szczególności art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, i nie może tego zmienić nawet fakt, że Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się uprzednio z informacjami zawartymi w ofercie wybranego wykonawcy (tak: KIO w wyroku z dnia 12 czerwca 2014 r. o sygn. akt: KIO 1096/14).

Odnosnie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów/informacji Zamawiający wskazał, że Przystępujący dwukrotnie obejmował tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty składane w dwóch fazach postępowania. Po raz pierwszy Przystępujący utajnił część dokumentów złożonych razem z ofertą z dnia 17 września 2018, zawartych na stronach od 18 do 77 oferty, tj.:

1) uzasadnienie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa oraz dokumentów na wezwanie Zamawiającego,

2) wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie na wezwanie Zamawiającego,

3) wykaz osób z Formularza ofertowego (Tabela 3 Formularza wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, kolumna b. Imię i Nazwisko), certyfikaty osób skierowanych do realizacji zamówienia zgodnie z punktem 12.4.3.1 SIWZ oraz wykaz na wezwanie zamawiającego,

4) utajniony fragment oferty (Formularz ofertowy punkt 13 dot. podwykonawcy i zakresu), 5) zobowiązanie oraz dokument podmiotu trzeciego wraz z oświadczeniem JEDZ, przedstawiając uzasadnienie potwierdzające prawo objęcia ochroną ww. dokumentów/ informacji (Załącznik nr 3 zawarty na str. 18-29 oferty).

Po raz drugi Przystępujący utajnił część dokumentów złożonych na żądanie Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zawartych na str. od 8 do 66 pakietu dokumentów, tj.:

1) uzasadnienie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa oraz dokumentów na wezwanie Zamawiającego,

2) informacja banku,

3) wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie na wezwanie Zamawiającego,

4) wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia zgodnie z punktem 12.4.3.1 SIWZ oraz wykaz na wezwanie Zamawiającego,

5) oświadczenie oraz aktualna informacja z Krajowego Rejestru karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy PZP dotycząca Podmiotu trzeciego, przedstawiając uzasadnienie potwierdzające prawo objęcia ochroną ww. dokumentów/ informacji (Załącznik nr 3 zawarty na str. 8-18 pakietu dokumentów),

Zamawiający, również dwukrotnie zapoznawał się z argumentami uzasadniającymi zastrzeżenie dokumentów/informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, zarówno w dokumentach złożonych wraz z ofertą, jak też w dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego i uznał, że spełniają one definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Zamawiający doszedł do wniosku, że Przystępujący dopełnił również obowiązku wynikającego z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. zarówno zastrzegł informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak i wykazał, iż zastrzeżone informacje tę tajemnicę stanowią. Przedstawione uzasadnienia odnosiły się do wszystkich zastrzeganych dokumentów, były szczegółowe, konkretne i nie budzące żadnych wątpliwości, a wola Przystępującego by informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach pozostały tajemnicą, została wyrażona jednoznacznie i stanowczo. Zamawiający wskazał, że analizując uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa poszczególnych dokumentów stwierdził, że kluczowym dokumentem przesądzającym o uznaniu wszystkich tych dokumentów i informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, jest zobowiązanie Podmiotu Trzeciego z dnia 10 września 2018 r. do oddania Przystępującemu niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zawiera ono zobowiązanie Przystępującego do traktowania przekazanych dokumentów oraz złożonego zobowiązania jako tajemnicy przedsiębiorstwa - z prawem udostępniania jej wyłącznie Zamawiającemu i tylko w celu przeprowadzenia postępowania, tj. badania i oceny ofert. Zamawiający podzielił stanowisko Przystępującego wyrażone w uzasadnieniu, z którego wynika, że informacje zawierające nazwę Podmiotu Trzeciego/Podwykonawcy posiadają dla tego wykonawcy wartość gospodarczą i zgodził się z argumentacją, że mogą mieć one znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej i dla pozycji tych podmiotów na rynku konkurencyjnym.

Kolejnym dokumentem, który również co do zasady - może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zwłaszcza przy zamówieniu z branży IT, jest wykaz osób, składany zarówno na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak też w celu poddania go ocenie w kryteriach oceny ofert. Przystępujący wskazał, że udostępnienie informacji o kluczowych pracownikach dedykowanych do realizacji tego projektu prowadziłoby do ujawnienia ich specjalistycznych, unikalnych kompetencji. Należy podkreślić, że dedykowane osoby są specjalistami w danej dziedzinie, zatem rodzi się uzasadniona obawa, co do możliwości ich „podkupienia” przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą konkurencyjną wobec wykonawcy. Zamawiający w swojej decyzji o nieujawnieniu informacji zawartych w wykazach osób kierował się znajomością rynku i wiedzą o tym, że dla podmiotów świadczących usługi w branży informatycznej, o sile firmy przesądzają ludzie. Zamawiający prowadzi rocznie wiele postępowań o zakup usług informatycznych, sam zatrudnia wielu dobrze wykwalifikowanych informatyków a więc posiada wiedzę oraz świadomość tego, że na rynku usług IT poszukiwani są przede wszystkim wysokiej klasy specjaliści. Powoduje to konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, że wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia może być, co do zasady, jak też w tym konkretnym przypadku, uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe potwierdza również orzecznictwo. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku V Ca 421/07 stwierdził, że „(...) wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykaz osób stanowi informacje o niewątpliwie wartości dla firmy informatycznej, biorąc zwłaszcza pod uwagę sytuację na rynku pracy w branży informatycznej i związane z tym ryzyko podbierania personelu”. Powyższe według Zamawiającego potwierdza, że prawidłowość utajnienia zarówno wykazu osób, zobowiązania podmiotu trzeciego i w konsekwencji pozostałych dokumentów.

Konsekwencją utajnienia informacji zawartych w zobowiązaniu Podmiotu Trzeciego jest utajnienie samej nazwy

tego Podmiotu, który jednocześnie w trakcie realizacji zamówienia będzie podwykonawcą Przystępującego, a w dalszej konsekwencji również wszelkich innych informacji, które mogłyby zidentyfikować ten Podmiot. Są one zawarte w: wykazach osób (wraz z certyfikatami dotyczącymi tych osób), wykazie usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, w oświadczeniach (w tym JEDZ Podmiotu Trzeciego), w informacjach z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących Podmiotu Trzeciego, w wyjaśnieniach elementów mających wpływ na cenę oferty Przystępującego.

Zamawiający stwierdził, że spółka Opsenio sp. z o.o. w sposób wyczerpujący i zgodny z prawem wykazała na etapie prowadzonego postępowania, iż nieujawnione do wiadomości publicznej informacje dotyczące: podwykonawców, umów z nimi zawartych i kwot z nich wynikających, kontrahentów wykonawcy (odbiorców usług, dostaw lub robót budowlanych) oraz informacje zawarte w wykazach wykonanych usług i osób załączonych do oferty (lub złożonych na potwierdzenie spełniania warunków) mają dla niej wartość gospodarczą i organizacyjną.

Przyjmując zatem, że mogą one wszystkie razem mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji Opsenio sp. z o.o. na rynku konkurencyjnym, należało też uznać, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający przyjął zatem, że informacje te podlegają ochronie i nie mogą być, w przypadku ich zastrzeżenia przez Opsenio sp. z o.o., udostępnione przez Zamawiającego do wiadomości publicznej.

Zamawiający wyjaśnił również, iż w ramach dostępnych narzędzi i możliwości zakreślonych prawem, dokonał oceny czy zostały spełnione łącznie przesłanki art. 11 ust. 4 u.z.n.k. w stosunku do każdego z dokumentów objętego zastrzeżeniem, a także w stosunku do całości informacji zawartych w tych dokumentach. Zamawiający sprawdził, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są powszechnie znane i dostępne w sposób jawny dla ogółu osób. W tym celu Zamawiający dokonał weryfikacji stron internetowych zarówno Opsenio sp. z o.o. jak i Podmiotu Trzeciego w celu sprawdzenia, czy figurują tam jakiegokolwiek informacje objęte przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa. W wyniku tej oceny, Zamawiający doszedł do przekonania, że zastrzeżone informacje w przypadku Przystępującego i Podmiotu Trzeciego nie są powszechnie znane ani dostępne w sposób jawny dla ogółu osób. Zamawiający dokonał również weryfikacji uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie podjętych przez wykonawców mechanizmów ochrony informacji. Argumenty przedstawione w uzasadnieniach nie budziły żadnych wątpliwości.

W ocenie Zamawiającego, w ramach zainicjowanej przez Odwołującego procedury przed organem kontrolnym, istnieje możliwość przeprowadzenia bardziej pogłębionego postępowania dowodowego na okoliczności podniesione w uzasadnieniu Przystępującego, tj. co do zgodnego z prawem i uzasadnionego zastrzeżenia dokumentów/informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym sposobu ich zabezpieczenia, poprzez przesłuchanie w charakterze świadków pracowników Przystępującego i ewentualnie innych osób, które zostały przez Przystępującego zobowiązane do jej przestrzegania.

Zamawiający wskazał także, że analizując argumenty wskazane w uzasadnieniach Przystępującego, miał na względzie nową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w u.z.n.k., do której wprost odsyła art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, które występują „jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów”. Zamawiający stwierdził, że z taką właśnie sytuacją ma do czynienia w przypadku zastrzeżenia zbioru dokumentów odnoszących się do Podmiotu Trzeciego.

Pomimo iż, o nowym podejściu do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającym z nowej definicji, można mówić dopiero od wejścia w życie ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie u.z.n.k., to podejście do tajemnicy przedsiębiorstwa „jako całości” przejawiało się już zarówno w orzecznictwie sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 sierpnia 2012 r., sygn. akt. Ca 3061/11) jak i Sądu Najwyższego (np. wyrok z 22 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/2006). Wynika z nich, że ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru są podane do wiadomości publicznej.

Podobne orzeczenia można znaleźć wśród wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, która podkreślała, że „jakiegokolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę” (wyrok KIO z 13 grudnia 2017 r., sygn. akt. KIO 2421/17).

W sytuacji o podobnym stanie faktycznym (zastrzeżenie całego pakietu dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego), Krajowa Izba Odwoławcza uznała zastrzeżenie tajemnicy poszczególnych dokumentów jako całości i stwierdziła, „że w okolicznościach faktycznych sprawy, wykonawcy skutecznie zastrzegli informacje związane z uczestnictwem podmiotów trzecich w realizacji tego zamówienia, albowiem zobowiązywały ich do tego klauzule z tymi podmiotami wyrażone w dokumencie przez nich podpisanym lub oświadczeniu złożonym w piśmie przez oferenta. Tym samym, analogiczne skuteczne zastrzeżenie dotyczy podwykonawców, albowiem tym podmiotom udostępniającym zasoby, została przypisana w ofertach taka rola. To w konsekwencji powoduje, że podlegają zastrzeżeniu również wskazane Wykazy wykonanych dostaw, usług serwisu i wdrożeń. W zastrzeżonych bowiem Wykazach znajdują się

usługi i dostawy oparte na potencjale podwykonawców, a zatem udostępnione informacje o zrealizowanych pracach i kontrahentach wskazywałyby na firmę, która udostępniła swój potencjał. Tym samym taką ochroną objęte są również listy referencyjne, które dotyczą tych prac. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego (również przystępujących wykonawców), że informacje zawarte w tych Wykazach obrazując aktywność rynkową danego podmiotu, pokazując kontrahentów, wielkość przychodów osiągniętych w wyniku realizacji danego rodzaju dostaw lub usług” (wyrok KIO z 16 marca 2016 r. KIO 289/16).

Zamawiający jest przekonany, że analizując prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, podjął wszystkie niezbędne czynności wynikające z przepisów ustawy Pzp - właściwe dla etapu badania i oceny ofert,

Zamawiający zwrócił uwagę, że po dokonaniu analizy, uznał, że część informacji zwartych w dokumentach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, została zastrzeżona nieskutecznie i te informacje odtajnił, informując o tym Opsenio sp. z o.o. (pismo BDG.741.023.2018/19 z dnia 18 października 2018 r. odtajniaszące strony 18-29 oferty i pismo BDG.741.023.2018/22 z dnia 30 października 2018 r. odtajniaszące strony 8-18 pakietu dokumentów złożonych na żądanie Zamawiającego), a następnie, na wniosek Odwołującego - udostępnił mu odtajnione strony.

Wskazał, iż podniesione w odwołaniu zarzuty jakoby Zamawiający uznał uzasadnienie utajnienia za niewystarczające, wynikają zapewne z nieprawidłowej interpretacji treści ww. pism. Z obu pism Zamawiającego wynika jednoznacznie, że Zamawiający uznał za nieskuteczne jedynie zastrzeżenie uzasadnienia utajnienia zawartych odpowiednio na stronach 18-29 oferty i 8-18 pakietu dokumentów i tylko te strony odtajnił. Nieskuteczność zastrzeżenia stwierdzona przez Zamawiającego nie dotyczy pozostałych utajnionych dokumentów zawartych odpowiednio na stronach 30 - 77 oferty i 19 - 66 pakietu dokumentów.

Zamawiający podkreślił również, że informacja z Krajowego Rejestru Karnego złożona przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego przy piśmie z dnia 6 listopada 2018 r. i, jako dotycząca osoby z Podmiotu Trzeciego, została skutecznie zastrzeżona w uzasadnieniu dotyczącym objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji z KRK wszystkich osób reprezentujących Podmiot Trzeci. Kolejno zarzuty dotyczące nieuprawnionego objęcia tajemnicą wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie znajdują również uzasadnienia. Wyjaśnienia te zawierają w swej treści szereg informacji mających dla Opsenio sp. z o.o. wartość gospodarczą, a także informacje pozwalające zidentyfikować Podmiot Trzeci/Podwykonawcę, a jak już wykazano powyżej, ze względu na prawidłowe objęcie całości tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, nie mogą być one ujawnione. Ponadto Zamawiający wskazał, że uzasadnienie to zawiera opis działań, jakie Przystępujący podjął w celu zachowania poufności zastrzeżonych wyjaśnień, a także wskazuje na wartość gospodarczą informacji tam zawartych.

Zamawiający zwraca uwagę również, że bez związku ze sprawą pozostaje podniesiona kwestia dokumentów zawartych w ofercie złożonej przez Matic sp. z o.o. w postępowaniu przeprowadzonym w roku 2017, które to postępowanie zostało unieważnione.

Konkludując należy wskazać, że sam fakt zgodnego z prawem ograniczenia dostępu do informacji zawartych w ofercie Opsenio sp. z o.o. nie przesądza o możliwości wpływu tej czynności na wynik postępowania, ponieważ Zamawiający dokonał badania i oceny ofert i uznał, że oferty obu wykonawców spełniają wskazane przez niego wymagania, jednak w zależności do przyjętych kryteriów przyznał im różną punktację, wybierając ofertę korzystniejszą. Stwierdził, że o możliwości ewentualnego wpływu na wynik postępowania mogłoby stanowić naruszenie przepisów dotyczących niespełniania warunków określonych w SIWZ, jednakże takich zarzutów Odwołujący w niniejszej sprawie w sposób skuteczny nie postawił. Niewystarczające jest zdaniem Zamawiającego oparcie ewentualnego, korzystnego dla Odwołującego rozstrzygnięcia, wyłącznie na zarzutach blankietowych.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkująca odrzuceniem odwołania, w tym przesłanka wskazywana przez Przystępującego określona w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powodująca konieczność odrzucenia odwołania w przypadku, gdy zostało wniesione po terminie przewidzianym w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i ust. 2 cytowanego artykułu, takich na przykład jak zaniechanie udostępnienia/ odtajnienia informacji, która winna być udostępniona wykonawcy albowiem nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Przystępujący wskazywał, że „o fakcie odmowy udostępnienia części oferty oraz pism O., Odwołujący dowiedział się przed wyborem oferty najkorzystniejszej (w toku Postępowania), a nie w związku z tym wyborem.”.

W tym zakresie Izba zauważyła, że Odwołujący w dniu 20 września 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego o wskazanie, czy zakończył ocenę uzasadnienia utajnienia części oferty Przystępującego i czy podjął ostateczną decyzję w tym zakresie. Zamawiający odpowiadając na powyższe, w piśmie z dnia 28 września 2018 r., poinformował Odwołującego, że bada zasadność utajnienia części oferty Przystępującego, w związku z czym na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe udostępnienie ww. dokumentów i informacji. Wskazał również, że po zakończeniu badania, w przypadku gdyby przedmiotowe informacje zostaną odtajnione to niezwłocznie udostępni je Odwołującemu. Odwołujący wskazał, że do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej nie uzyskał informacji od Zamawiającego odnośnie zakończenia procesu badania skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego. Tym samym Izba uznała, że termin na wniesienie odwołania co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należało liczyć od dnia poinformowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. od dnia 8 listopada 2018 r., albowiem data wyboru najkorzystniejszej oferty jest niewątpliwie datą w której Zamawiający kończy badanie i ocenę ofert. Tym samym w takim stanie faktycznym terminem od którego należy liczyć bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa jest data podjęcia przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący i Przystępujący złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu, przy czym to oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym w interesie Odwołującego jest zweryfikowanie czy oferta złożona przez podmiot konkurujący z nim w tym postępowaniu jest zgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej "SIWZ"), czy nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji, czy nie powinna zostać odrzucona. Powyższe powodowałoby możliwość wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, bowiem obecnie oferta ta jest sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Ponadto wskazać należy jeszcze, że Izba w tym względzie oddaliła złożony przez Zamawiającego wniosek o odrzucenie odwołania, z uwagi na to, iż Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do złożenia odwołania, ze względu na brak interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Wyjaśnić należy, że kwestia badania interesu we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialno-prawną podstawę oceny odwołania i nie mieści się w zakresie dyspozycji art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, tj. formalnych podstaw do odrzucenia odwołania.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę – Opsenio sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z wydruku ze strony internetowej linkedin.com ustalając, że osoby: J.R., P.K., F.D., Ł.B., J.C., T.S. i T.N. zamieściły tam swój profil ze wskazaniem stanowisk i ujawniły, że obecnie zatrudnione są w firmie Przystępującego – O. sp. z o.o.

Izba oddaliła natomiast wniosek dowodowy złożony przez Zamawiającego odnośnie przesłuchania pracowników Przystępującego na okoliczność zawarcia klauzul poufności uznając, że prowadziłyby one do przedłużenia postępowania, a ustalenia w tym zakresie, zdaniem Izby nie mają znaczenia w tym stanie faktycznym dla oceny zarzutów odwołania.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ww. ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Powyższa zasada znalazła odzwierciedlenie w treści art. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż ratio legis ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez

zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z ww. przepisem, 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.

W tym miejscu wskazać należy, iż przywołana wyżej definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązuje od dnia 4 września 2018 r., tj. z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 1637). Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 ww. ustawy, przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i art. 3 – 14 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą stosuje się do oceny stanów faktycznych, zaistniałych po jej wejściu w życie.

Uwzględniając powyższe Izba wskazuje, iż do oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Przystępującego wraz ze złożeniem oferty w dniu 17 września 2018 r. oraz przedłożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 października 2018 r., a także wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 10 października 2018 r. znajdzie zatem zastosowanie ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w brzmieniu po nowelizacji z lipca 2018 r. Tym samym Przystępujący dokonując zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób, formularza ofertowego w części dotyczącej osoby podwykonawcy i zakresu podwykonawstwa, zobowiązania do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów wraz z dokumentacją podmiotu trzeciego, informacji banku, wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, oświadczenia oraz aktualnej informacji z KRK dotycząca podmiotu trzeciego, oświadczenia z KRK w zakresie członka Rady Nadzorczej oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - w całości winien był wykazać spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Skład orzekający zauważa, że odwołanie wskazuje zaniechania Zamawiającego, które w ocenie Odwołującego naruszają przepisy ustawy, w szczególności zawiera przedstawienie okoliczności faktycznych sprawy, co pozwala na ich rozpatrzenie pomimo faktu, iż wskazano błędnie przepis art. 11 ust. 4 u.z.n.k., który zdaniem Odwołującego został naruszony. Jak wyżej wskazano w niniejszej sprawie zastosowanie znajdzie art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż Odwołujący, do którego należy inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż Przystępujący, do którego należy inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Przystępujący nie wykazał, iż przy zachowaniu należytej staranności, w odniesieniu do zastrzeżonych informacji, podjął działania mające na celu utrzymanie ich w poufności. Przystępujący w zakresie rzeczowej przesłanki deklarował, iż: wykaz osób, formularz ofertowy w części dotyczącej osoby podwykonawcy i zakresu podwykonawstwa, zobowiązanie do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów wraz z dokumentacją podmiotu trzeciego, informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, oświadczenie oraz aktualna informacja z KRK dotycząca podmiotu trzeciego, oświadczenie z KRK w zakresie członka Rady Nadzorczej oraz wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz, że zostały zabezpieczone przed ich ujawnieniem, poprzez na przykład przechowywanie ich w zabezpieczonych komputerach. Wskazał, że całość utajnionej dokumentacji jest przechowywana w jego siedzibie z zachowaniem szczególnych procedur bezpieczeństwa. Ponadto wskazał, że pracownicy i współpracownicy dopuszczeni do przedmiotowych informacji zostali poinformowani o ich poufnym charakterze. Dostęp do tych materiałów mają tylko upoważnieni pracownicy i współpracownicy firmy. Archiwum z materiałami w wersji elektronicznej jest przechowywane w zaszyfrowanym katalogu sieciowym z ograniczonym dostępem tylko i wyłącznie dla upoważnionych pracowników. Ponadto wskazywał, iż „w wykazie usług zastrzeżone zostały prace zrealizowane dla odbiorców, z którymi podpisane

zostały stosowne umowy zawierające szczególne klauzule poufności". Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że Przystępujący ograniczył się jedynie do wyliczenia obowiązujących u niego wewnętrznych uregulowań i zabezpieczeń nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów w powyższym zakresie. Odwołujący nie przedstawił choćby postanowień obowiązujących u niego regulaminów i instrukcji dotyczących zachowania w poufności zastrzeganych informacji. Nie ujawniono także Zamawiającemu choćby przykładowej treści tych klauzul poufności. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw, aby stwierdzić, czy klauzule te są wystarczające i czy faktycznie obowiązują. W tym miejscu zauważyć należy, iż wykazanie spełnienia przez wykonawcę omawianej przesłanki nie powinno być znacząco utrudnione, skoro wykonawca powołuje się na obowiązujące już u niego wewnętrzne regulacje, mechanizmy, regulaminy itp.

W konsekwencji powyższego nie sposób uznać, by Przystępujący wykazał, iż podejmowane przez niego działania mające na celu zachowanie określonych informacji w poufności są realne i prawdziwe. W ocenie Izby powyższemu przeczy także dowód przedłożony przez Przystępującego, tj. zrzut ze strony linkedin.com, z którego wynika, że konkretne osoby informują, iż są obecnie zatrudnione w firmie Przystępującego. Powyższe z kolei przeczy tezie, iż z pracownikami lub współpracownikami zawarto klauzule poufności, a ponadto powoduje, iż jest możliwe ustalenie jakie osoby pracują w firmie Przystępującego, jakie mają kwalifikacje i czy mogą one w konsekwencji zostać skierowane do realizacji zamówienia. Powyższe potwierdza więc, że Przystępujący nie wykazał, że zastosował środki mające na celu zapewnienie poufności informacji, w tym przede wszystkim informacje na temat potencjału osobowego, pozostającego w dyspozycji Przystępującego.

Po drugie, w ocenie składu orzekającego Przystępujący nie wykazał również, iż zastrzegane przez wykonawcę informacje o charakterze organizacyjnym mają wartość gospodarczą. Za wyrokiem Izby z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16 wskazać należy, iż wartość gospodarczą może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwyt w wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem.

Przystępujący wskazywał, iż wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia stanowią dla niego krytyczną i niezwykle ważną wartość. Ponadto twierdził, że w wykazie zostały przedstawione prace zrealizowane dla odbiorców, z którymi zostały podpisane stosowne umowy zawierające szczególne klauzule poufności. Jednakże, Przystępujący nie przedstawił na powyższą okoliczność żadnego dowodu. Również nie wyjaśnił, w jaki sposób utajnienie tych danych wpływa na jego udział i konkurencyjność w innych postępowaniach, a ponadto co należy rozumieć pod pojęciem „krytyczną i niezwykle ważną wartość”. W ocenie Izby za wartość gospodarczą nie mogą zostać uznane informacje dotyczące rodzaju zamówienia, dat wykonania, wartości kontraktu oraz podmiotu na rzecz którego usługa była realizowana. Wskazać należy za wyrokiem KIO z dnia 7 czerwca 2011 r. KIO 1072/11, że wykonawcy składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. "Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa". Ponadto wskazać należy, że w wykazie usług stanowiącym załącznik nr 5 do oferty z dnia 17 września 2018 r. jak też w treści zobowiązania podmiotu trzeciego z dnia 10 września 2018 r. wskazano na usługi wykonane na rzecz podmiotu publicznego. Podkreślić więc należy, że informacje dotyczące realizacji usług i zamówień wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych jako dotyczące działalności tych podmiotów oraz wydatkowania środków publicznych, podlegają co do zasady ujawnieniu wnioskującemu o ich uzyskanie na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Natomiast referencje potwierdzające wykonanie umów na rzecz publicznych podmiotów nie mogą stanowić informacji „nie podanej do wiadomości publicznej”, skoro w myśl ustawy o finansach publicznych wydatkowanie środków publicznych jest co do zasady jawne. Ponadto z samej istoty referencji wynika, iż są to dokumenty, które potwierdzają wyłącznie należyte wykonanie zamówienia i są przeznaczone do przedstawiania różnym podmiotom i w konsekwencji nie są też zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ich wystawcę.

Odnosząc się natomiast do wyjaśnień Przystępującego, iż przedstawiony przez niego dowód na potwierdzenie

należytego wykonania usługi wskazuje na szerszy zakres informacji niż wymagał tego Zamawiający to Przystępujący mógł objąć tajemnicą przedsiębiorstwa tylko te dane. Podkreślić bowiem należy, że za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentów, w sytuacji, gdy mogą one zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem Wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Ujawnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. W szczególności, waloru tajemnicy przedsiębiorstwa nie można w przedmiotowym przypadku przyznać takim podstawowym informacjom, jak oznaczenie podmiotu, miejsce wykonania i rodzaj usługi, opis usługi potwierdzający spełnienie warunków, daty wykonania, wartość oraz sposób w jaki potwierdzono je należyte wykonanie. Twierdzenia Wykonawcy przedstawione w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy są w tym zakresie bezzasadne i nie poparte informacjami, które potwierdzałyby wartość gospodarczą i faktyczny charakter poufny tego rodzaju informacji - w odniesieniu do jakichkolwiek usług, a w szczególności usług wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych, co do których informacje nie mają charakteru tajemnicy handlowej.

Przystępujący wskazywał również, że wartość gospodarczą upatruje on w personelu, który posiadając doświadczenie w określonej branży, czy dziedzinie stanowi o jego potencjale, a zastrzeżenie takie pozwala chronić wykonawcę przed podkupywaniem specjalistów przez konkurencyjne firmy. W ocenie Izby Przystępujący nie udowodnił, że obawa przed „podkupieniem” podmiotów, z którymi nawiązał współpracę, jest uzasadniona. Nie wykazał przede wszystkim, że zabezpieczył się przed możliwością wystąpienia takiej sytuacji, poprzez zawarcie z określonymi osobami stosownych umów. Ponadto jak już wyżej wskazano sam personel Przystępującego na stronach internetowych podaje informacje, iż jest zatrudniony w firmie Opsenio sp. z o.o., a mimo to Przystępujący nie wykazał, że w stosunku do tych osób podjęto jakiejkolwiek próby ich podkupienia. Ponadto Izba uznaje, że biorąc pod uwagę obowiązek konkurowania wykonawców brak jest co do zasady, podstawy prawnej do obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób, gdyż jak wyżej wskazano wykonawcy mają możliwość podjęcia innych form zabezpieczających. Reasumując, zdaniem Izby, niechęć do ujawnienia przez Przystępującego informacji dotyczących personelu przeznaczonego do realizacji przedmiotowego zamówienia i jego doświadczenia wynika z woli ograniczenia dostępu do tego personelu konkurencji, a nie z faktu zachowania i zapewnienia poufności tych informacji, bowiem powyższe w sposób niewątpliwy nie znalazło potwierdzenia ani w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym bardziej w materiale dowodowym.

Ponadto wskazać należy, że Przystępujący zastrzegł także w postępowaniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa fragment formularza ofertowego w zakresie dotyczącym podwykonawcy i zakresu oraz zobowiązanie i dokumenty podmiotu trzeciego wraz z oświadczeniem JEDZ oraz KRK dotyczące podmiotu trzeciego i jego członków. Izba wskazuje, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte tylko takie informacje, które w sposób obiektywny spełniają ww. przesłanki ustawowe. Fakt objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa – jak w tym postępowaniu, które w żadnej mierze tajemnicy nie stanowią musi skutkować uznaniem wadliwości takiego zastrzeżenia. To nie rolą Izby jest wskazywanie wykonawcy które, treści jego oferty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. To wykonawca samodzielnie wskazuje takie informacje i wykazuje zasadność objęcia ich tajemnicą. Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa całości dokumentu w sytuacji, kiedy być może zasadnym byłoby objęcie taką tajemnicą tylko niektórych jego fragmentów skutkuje uznaniem braku podstaw w tym zakresie co do całości tego dokumentu. Izba podkreśla, że powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu potrzeby zastrzeżenia określonych treści oferty informacje muszą, po pierwsze, zostać wykazane, a po drugie, podane w uzasadnieniu fakty muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny. Natomiast Przystępujący uzasadniając zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie wskazał, że „podmiot, który zobowiązał się do oddania niezbędnych zasobów do dyspozycji Wykonawcy (...) zastrzegł w swoim oświadczeniu i zobowiązał Wykonawcę do traktowania przekazanych dokumentów oraz złożonego zobowiązania jako tajemnicy przedsiębiorstwa z prawem ujawnienia jej wyłącznie Zamawiającemu. (...) W związku z tym Wykonawca podjął wszelkie niezbędne kroki prawne i faktyczne w celu zastrzeżenia jawności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.” Izba stwierdziła, że sama okoliczność zawarcia pomiędzy Przystępującym a podmiotem trzecim klauzuli poufności, w żaden sposób nie zwalnia wykonawcy z konieczności wykazania przesłanek warunkujących uznanie takiego zastrzeżenia za skuteczne. Klauzula poufności w zakresie wskazania udostępnianych zasobów, aby była skuteczna musiałaby wskazywać, że przedmiot i zakres udostępnionych zasobów wypełnia dla udostępniającego podmiotu przesłanki z art. 11 ust.2 u.z.n.k., czego w tym przypadku w żadnej mierze nie wykazano. Samo zawarcie klauzuli poufności nie statuuje podstawy i nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania podstaw objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak już wyżej wskazano Przystępujący temu obowiązkowi nie sprostał. Sporządzone przez niego uzasadnienie było lakoniczne i gołosłowne a rzekomym dowodem uzasadniającym dokonane zastrzeżenie miał być sam fakt zawarcia klauzuli poufności. Przystępujący nie przedłożył Zamawiającemu żadnej umowy łączącej go z podmiotem trzecim, z której wynikałby obowiązek i warunki związane z zachowaniem poufności określonych informacji.

Wykonawcy są profesjonalistami i jak wskazywali nie pierwszy raz uczestniczą w postępowaniu o zamówienia publiczne dlatego też powinni dołożyć należytej staranności w celu wykazania, że określone informacje i dokumenty stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W niniejszym postępowaniu takiej staranności zabrakło. O braku takiej staranności dodatkowo świadczy fakt, iż w niniejszym postępowaniu w którego przedmiotem są usługi Przystępujący w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa wskazywał: „iż wskazane przez niego informacje w wykazie robót budowlanych”.

Reasumując Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje dotyczące w głównej mierze danych podmiotu trzeciego, personelu, wykazu usług a także wyliczeń ceny oferty zawarte w piśmie z dnia 10 października 2018 r. mają charakter względnie stały, niezmienny, są dla niego unikalne i ukształtowane niezależnie od udziału wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w których wykonawca upatrywał wartości gospodarczej. W końcu dodać również należy, iż utajnianie przez wykonawców informacji dotyczących wyceny oferty nie może mieć na celu utrudnienia innym wykonawcom zweryfikowania prawidłowości kalkulacji ceny oferty danego wykonawcy. Odnosnie zaś zaświadczenia z banku to wskazać należy, że Przystępujący również nie wykazał spełnienia przesłanek umożliwiających objęcie tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na koniec podkreślenia wymaga, że z całą mocą należy zwalczać występujące z dużym nasileniem praktyki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zastrzegania poufności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa bez wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a przynajmniej bez wykazania ich zaistnienia, częstokroć tylko z powodu chęci uniemożliwienia innym wykonawcom dostępu do tych informacji. Zaś, uniemożliwianie innym wykonawcom dostępu do określonych informacji częstokroć nie jest podejmowane w celu ochrony czy ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, ale po to, aby uniemożliwić innym wykonawcom weryfikację informacji podanych przez wykonawcę i tym samym wyłączyć, a przynajmniej zminimalizować ryzyko skorzystania przez nich ze środków ochrony prawnej.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: