Sygn. akt: KIO 3061/20

WYROK
z dnia 11 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U., Audytel S.A. (ul. Ślężna 104/1, 53-111 Wrocław)**w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Ministerstwo Finansów (ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa)**
przy udziale Wykonawcy **Politraffic Sp. z o.o. (Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa)**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności powtórnego badania ofert w zakresie prawidłowości dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym udostępnienia Odwołującemu następujących dokumentów:
- wykazu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia złożonego przez Wykonawcę Politraffic sp. z o.o. na potrzeby oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert;
- wykazu usług złożonego przez Wykonawcę Politraffic sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- wykazu osób złożonego przez Wykonawcę Politraffic sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- wykazu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia złożonego przez Wykonawcę Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. na potrzeby oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Ministerstwo Finansów (ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U., Audytel S.A. (ul. Ślężna 104/1, 53-111 Wrocław)**w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Ministerstwo Finansów (ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Ministerstwo Finansów (ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa)**na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U., Audytel S.A. (ul. Ślężn 104/1, 53-111 Wrocław)** kwotę **18600 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 2019 r. poz.1843) 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:……..

Sygn. akt: KIO 3061/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Ministerstwo Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług doradczych o charakterze technicznym, technologicznym i biznesowym na potrzeby budowy, wdrożenia, eksploatacji i rozwoju Krajowego Systemu Poboru Opłat.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. oraz Audytel S.A. wnieśli odwołanie, w którym zarzucil Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. żart. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) dokumentów Politraffic, tj. wykazu osób złożonego wraz z ofertą oraz wykazu osób złożonego w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp, pomimo, iż informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz pomimo że Politraffic nie dokonał ich skutecznego zastrzeżenia, art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wykazu usług złożonego przez Politraffic w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w części odtajnionej przez Zamawiającego, pomimo iż Politraffic nie zakwestionował czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu części tego wykazu, art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia (udostępnienia Odwołującemu) dokumentów Wykonawcy Deloitte, tj. wykazu osób złożonego wraz z ofertą, pomimo iż informacje zawarte w tym wykazie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz pomimo że Wykonawca Deloitte nie dokonał ich skutecznego zastrzeżenia, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu: ponowienia badania ofert w zakresie prawidłowości dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, udostępnienia Odwołującemu następujących dokumentów Politraffic: wykazu osób złożonego wraz z ofertą, w celu dokonania oceny oferty w kryterium - Doświadczenie personelu realizującego zamówienie, wykazu osób złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, wykazu usług złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp - w części odtajnionej przez Zamawiającego, udostępnienia Odwołującemu następujących dokumentów Wykonawcy Deloitte: wykazu osób złożonego wraz z ofertą, w celu dokonania oceny oferty w kryterium - Doświadczenie personelu realizującego zamówienie, zasądzenia od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 13 listopada 2020r. o przekazanie protokołu postępowania wraz z

ofertami i pozostałymi załącznikami, w dniu 17 listopada 2020r. Zamawiający przekazał Odwołującemu „zeskanowaną jawną dokumentację postępowania - protokół postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego wraz z załącznikami". W związku z otrzymaną dokumentacją, w której nie zawarto uzasadnienia dla przyznanych poszczególnym wykonawcom, w tym Odwołującemu, punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu realizującego zamówienie", np. w postaci protokołu prac komisji przetargowej, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o przekazanie takiego uzasadnienia.
Zamawiający, pomimo skierowanej prośby, nie przekazał Odwołującemu następujących dokumentów złożonych przez Wykonawcę Politraffic sp. z o.o.:
1)wykazu osób złożonego wraz z ofertą, w celu dokonania oceny oferty w kryterium - Doświadczenie personelu realizującego zamówienie,
2)wykazu osób złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
3)wykazu usług złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - w części odtajnionej przez Zamawiającego.
W ocenie Odwołującego brak przekazania powyższych dokumentów oznaczać może, że Zamawiający uznał uzasadnienia zastrzeżeń dokumentów wymienionych w pkt 1) i 2) powyżej za spełniające wymagania art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.
W ocenie Odwołującego Wykonawca Politraffic sp. z o.o. nie sprostał obowiązkowi wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, a Zamawiający naruszył ustawę Pzp nie udostępniając Odwołującemu treści tych dokumentów.
Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, 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. Na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska, a nie wyłącznie złożenia oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niewątpliwie zaś nie może być uznane za „wykazanie" przedstawienia ogólnej deklaracji, że przedstawione informacje spełniają przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
W ocenie Odwołującego Wykonawca Politraffic sp. z o.o. w uzasadnieniu nie wykazał żadnej z przesłanek określonych art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim nie udowodnił, iż informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Jak dalej argumentował Odwołujący: przesłanka „posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Konieczne jest więc wykazanie, że taka informacja - o ile pozostaje poufna - jest dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwala mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wykonawca nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informuje pozostaną poufne. Ograniczył się do generalnego stwierdzenia, że „Zastrzeżone informacje mają dla Wykonawcy znaczną wartość gospodarczą, gdyż pokazują sposób wykorzystania posiadanego potencjału, również w zakresie współpracy z innym podmiotem oraz szczegółowo określają posiadany przez Wykonawcę potencjał o wymiernej wartości rynkowej", jak również, że „Potencjał osobowy, w tym potencjał w zakresie nawiązania współpracy z innymi podmiotami jest głównym czynnikiem umożliwiającym uzyskanie i realizację wielu zamówień nie tylko publicznych, ale przede wszystkim na rynku prywatnym, przez Wykonawcę." Stwierdzenia te zdaniem Odwołującego nie odpowiadają obowiązkowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Odwołujący zauważył także, że powołanie się na orzeczenie Sądu zapadłe w innej sprawie i w innych okolicznościach nie jest „wykazaniem" prawidłowości zastrzeżenia.
Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Politraffic sp. z o.o. nie przedstawił żadnych dowodów na prawdziwość stwierdzenia o „wymiernej wartości rynkowej", ani nawet nie uprawdopodobnił, że tak w istocie może być. W szczególności zaś nie wykazał, czym jest owa „wymierna wartość rynkowa" i jaką wartość gospodarczą niesie dla wykonawcy. Nie wykazał więc, ani charakteru, ani rozmiaru rzekomej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.
W odniesieniu do twierdzenia Wykonawcy Politraffic sp. z o.o. że:*„Dysponowanie zastrzeżoną informacją w zakresie delegowania danej osoby na określone stanowisko czy informacje o fakcie nawiązania współpracy między podmiotami, przez innego wykonawcę mogłoby zostać wykorzystane w celu niedopuszczenia do prawidłowej realizacji zamówienia, a więc i znacznych strat finansowych. Wykonawca ten poprzez dążenie do zerwania umowy już podpisanej lub braku zawarcia umowy z danym specjalistą / ekspertem, np. oferując mu wyższe wynagrodzenie na innym kontrakcie w tym samym czasie, uniemożliwi pozyskanie zamówienia lub realizację umowy..."* oraz *„Wykonawca jeszcze raz podkreśla, iż celem utajnienia informacji jest ochrona swojego potencjału przed wykorzystaniem zawartych tam informacji przez innych wykonawców, w tym także podkupywaniu pracowników lub stałych współpracowników."* Odwołujący wskazał, że Wykonawca nie wyjaśnił, w jaki sposób utajnienie informacji o osobach wymienionych w wykazie osób zapobiegnie przejmowaniu pracowników, ani z czego wynika jego obawa o przejmowanie pracowników. Ponadto nie wykazał, by podjął jakiekolwiek inne działania, poza zastrzeżeniem wykazu osób, by uniemożliwić konkurencji „przejęcie" swojego personelu, np. czy stosuje względem swojego personelu klauzule o zakazie konkurencji, ani nie wykazał, aby zastrzegane informacje mogły zachować walor tajemnicy przedsiębiorstwa po złożeniu ofert i uzyskaniu zamówienia.
Analogicznie przedstawia się treść pisma dotycząca podstaw do zastrzeżenia informacji o osobie/osobach udostępnych wykonawcy przez podmiot trzeci.
Wykonawca Politraffic sp. z o.o. w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że: *„Wykonawca oraz podmiot udostępniający zasoby w ramach prowadzonych rozmów na temat możliwych warunków współpracy podjęły decyzję, że jednym z warunków tej współpracy jest kwestia zachowania i zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa nie tylko warunków współpracy, ale również samego jej faktu", „informacje o potencjale kadrowym podmiotu udostępniającego zasoby nie są informacjami podanymi do publicznej wiadomości i schronione przez sam ten podmiot" oraz że „Wykonawca wprowadził takie działanie jako stała zasadę wskutek obserwacji negatywnych przykładów wynikających ze składnia w pełni jawnych ofert w latach poprzednich polegających na „podbieraniu" osób zgłoszonych do realizacji zamówienia".* Powyżej zacytowane stwierdzenia w ocenie Odwołującego świadczą o tym, że i w tym przypadku

Wykonawca nie przedstawia żadnych dowodów na ich potwierdzenie, czy chociażby mających je uprawdopodobnić (chociażby w postaci umowy z podmiotem trzecim dotyczącej zakazu ujawnia informacji). Ponadto brak w tych stwierdzeniach jakichkolwiek argumentów (nie wspominając o dowodach) by migracja wśród współpracowników Politraffic lub podmiotu trzeciego - o ile w ogóle istnieje, gdyż nie zostało to wykazane - powodowana była „podkupywaniem" personelu przez konkurencję mającym swe źródło w ujawnieniu informacji o tych osobach w ofertach Wykonawcy Politraffic sp. z o.o. Sam Wykonawca przyznaje, iż w latach poprzednich informacje jakie obecnie zastrzegł były jawne, istnieje więc co najmniej wątpliwość, czy prawdą jest stwierdzenie Wykonawcy Politraffic sp. z o.o., że nie zostały nigdy podane do wiadomości publicznej.
Ponadto Odwołujący stwierdził, że w wykazie osób podane zostały informacje kluczowe z punktu widzenia tego jednego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mające waloru trwałości. Aby można było wskazywać na wartość gospodarczą jakiejś informacji musi ona mieć charakter trwały, nieprzemijalny, dający się wycenić. Dlatego odnośnie informacji, które rzekomo mają wartość gospodarczą, wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić, czemu Wykonawca nie sprostał.
Dalej Odwołujący wskazał, że w przypadku pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uzasadnienie Wykonawcy Politraffic sp. z o.o. także nie wypełnia dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi bowiem w istocie wyłącznie gołosłowne i pozbawione dowodów oświadczenie wykonawcy, że przedstawione informacje wypełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie przedstawiono żadnych dowodów na potwierdzenie, iż Wykonawca podjął stosowne środki mające na celu zachowanie rzeczonych informacji w poufności. Sama deklaracja, że podjęto odpowiednie kroki ku temu, by zachować zastrzegane informacje w poufności, czy też krótki, hasłowy opis, bez szczegółowych informacji na ten temat, a w szczególności bez załączenia żadnego dowodu na potwierdzenie, że wskazywane działania rzeczywiście mają miejsce, nie stanowi o „wykazaniu" w rozumieniu art. 8 ust 3 ustawy Pzp. Wykonawca Politraffic sp. z o.o. powołuje się na „instrukcje zawierające klauzule o zachowaniu w poufności", jednakże ich nie przedstawił na potwierdzenie, iż rzeczywiście funkcjonują w organizacji wykonawcy.
Wobec braku wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzeżenie poufności miało na celu wyłącznie ograniczenie prawa konkurencji do kontroli czynności Zamawiającego i weryfikacji spełniania przez Wykonawcę Politraffic sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu i warunków określonych w kryterium Doświadczenie personelu realizującego zamówienie, a nie uniemożliwienia dostępu do informacji stanowiących rzeczywistą tajemnicę przedsiębiorstwa.
Podobnie niezrozumiałe jest w ocenie Odwołującego nie udostępnienie przez Zamawiającego części wykazu usług, które sam Zamawiający odtajnił. Działanie takie, w sytuacji gdy Zamawiający sam ocenił, iż Wykonawca Politraffic sp. z o.o. nie wykazał zasadności zastrzeżenia, a Wykonawca Politraffic sp. z o.o. nie wnosząc odwołania na czynność odtajnienia uznał skuteczność czynności Zamawiającego, niewątpliwie stanowi naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i nie zasługuje na ochronę.
Zamawiający nie przekazał Odwołującemu wykazu osób złożonego przez Wykonawcę Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. wraz z ofertą, w celu dokonania oceny oferty w kryterium - Doświadczenie personelu realizującego zamówienie.
Zamawiający uznał uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. dotyczące wykazu osób złożonego wraz z ofertą, za spełniające wymagania art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.
Zdaniem Odwołującego Wykonawca ten nie sprostał obowiązkowi wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, a Zamawiający naruszył ustawę Pzp nie udostępniając Odwołującemu treści tego dokumentu.
Odwołujący powołał się na argumentację przywołaną powyżej w odniesieniu do oferty Wykonawcy Politraffic sp. z o.o.
Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. powołuje się wyłącznie na obawę przejęcia wskazanych w wykazie osób przez konkurencję, jednakże beż żadnej dalszej refleksji w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że Wykonawca Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. nie wyjaśnił ani jaką wartość gospodarczą posiadają dla niego ww. informacje, ani w jaki sposób ich utajnienie zapobiegnie przejmowaniu pracowników. Ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że ujawnienie wykazu osób narazi go na próbę pozyskiwania doświadczonych pracowników przez konkurencję, jednak nie wskazał z czego wynika jego rzekoma obawa przejęcia owych specjalistów, nie przedstawił także na tę okoliczność żadnych dowodów. Twierdzenie te pozostały w uzasadnieniu zastrzeżenia wyłącznie gołosłowne.
Dalej Odwołujący wskazał, że Wykonawca Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. powołuje się na szereg działań jakie podjął w celu zachowania informacji w poufności, jednak należy zauważyć iż po pierwsze nie odnoszą się one do danych personelu i jego doświadczenia (tzn. nie wynika z listy tych działań, by któreś z nich dotyczyło tych konkretnych informacji - np. zobowiązanie do powstrzymania się od ujawniania informacji jakie pracownik pozyska w czasie pełnienia swej funkcji, nie jest jednoznaczne z zakazem ujawniania informacji o swoim zatrudnieniu i doświadczeniu), a po drugie na potwierdzenie podjęcia tych działań nie przedstawiono żadnych dowodów (w tym powołanych w treści uzasadnieniu zastrzeżenia: klauzul zawieranych w umowach z pracownikami, Planu ochrony informacji niejawnych, czy polityk globalnych).
Odwołujący stwierdził zatem, że Wykonawca Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. nie sprostał ciężarowi dowodu, co do charakteru zastrzeganych informacji oraz posiadania przez nie wartości gospodarczej. Ten niezwykle istotny element uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa został całkowicie zbagatelizowany i pominięty przez Wykonawcę Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., podczas gdy konieczne jest wykazanie, że ujawnienie informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację majątkową przedsiębiorcy.
Zdaniem Odwołującego Wykonawca Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. nie przedstawił żadnego uzasadnienia, a tym bardziej dowodów, na potwierdzenie, iż podjął stosowne środki mające na celu zachowanie rzeczonych informacji w poufności. Za takie środki nie można uznać (wskazywanego w uzasadnieniu) oznaczenia niejawnej części oferty, ani informacji o podpisaniu umów o poufności z kontrahentami, która nie niesie w sobie żadnych dalszych konkretów, tym bardziej że nie jest udokumentowania dowodami. Ogólnikowe twierdzenia zawarte w uzasadnieniu nie czynią zadość wymaganiom art. 8 ust 3 ustawy Pzp i nie mogą stanowić uzasadnienia dla odmowy udostępniania wykazu osób. Zamawiający uchybił obowiązkom ustawowym i nie dokonał rzetelnej oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w odniesieniu do informacji zawartych ww. dokumencie, a ostatecznie naruszył ustawę Pzp nie udostępniając Odwołującemu treści tego dokumentu.
W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że bezprawne zaniechanie dokonania czynności, do których Zamawiający był

zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp.
Zamawiający wniósł o odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił następującą argumentację:
Obaj wykonawcy zarówno Politraffic sp. z o.o. jak i Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., wskazywali, że treść informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa posiada charakter informacji organizacyjnych lub że stanowią inną informację stanowiącą wartość gospodarczą.
Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotem postępowania jest świadczenie usług doradczych o charakterze technicznym, technologicznym i biznesowym na potrzeby budowy, wdrożenia, eksploatacji i rozwoju Krajowego Systemu Poboru Opłat (KSPO). W zakres obowiązków wykonawcy, z którym Zamawiający podpisze umowę w sprawie zamówienia publicznego, wchodzą m. in: bieżące wsparcie dla Zamawiającego w prowadzonych pracach związanych z nadzorem nad funkcjonowaniem i rozwojem KSPO poprzez sporządzanie opinii, w tym technicznych analiz, rekomendacji, memorandów informacyjnych, prezentacji, strategii, raportów oraz innych opracowań lub dokumentów; przedstawianie przez Wykonawcę wszelkich propozycji mających na celu optymalizację, poprawę jakości oraz efektywności w zakresie funkcjonowania KSPO, poprzez dokonywanie ocen, z uwzględnieniem obszarów technicznych, ekonomiczno-finansowych i biznesowych, materiałów opracowywanych i przekazywanych przez Zamawiającego oraz inne podmioty, samodzielne sporządzanie albo udział w sporządzeniu dokumentów dla Zamawiającego na potrzeby nadzorowania funkcjonowania, utrzymania oraz rozwoju KSPO, w tym specyfikacji, analiz, prognoz, strategii, szacunków, ewaluacji, ocen, opinii technicznych i ekonomiczno-finansowych, innych dokumentów niezbędnych do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania, utrzymania i rozwoju KSPO itp.; wskazanie (oddelegowanie) ekspertów do bieżącego wsparcia Zamawiającego (np. w celu udzielania konsultacji w zakresie określonym każdorazowo w zleceniu), zapewnienie wsparcia dla Zamawiającego w zakresie potencjalnych zdarzeń i problemów, mających wpływ na prawidłowe funkcjonowanie KSPO.
Zamawiający wskazał, że przedmiot postępowania dotyczy usług o wysoce specjalistycznym charakterze, do wykonania którego zdolne jest bardzo wąskie grono wykonawców, działających na bardzo niewielkim rynku o wysokiej konkurencyjności.
Wskazał także, że Zamawiającemu jest znana okoliczność, że wysoko wykwalifikowani eksperci niezbędni do wykonania przedmiotowych usług doradczych (a którzy to eksperci powoływani są przez wykonawców także w niniejszym postępowaniu) są pozyskiwani z rynku europejskiego. Przykładem są eksperci w dziedzinie świadczenia Europejskiej Usługi Opłaty Elektronicznej (usługi EETS – Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy będą dysponowali ekspertami z doświadczeniem w tym zakresie), która w Polsce nie została jeszcze wprowadzona. Wykonawcy zmuszeni są zatem korzystać z wiedzy i doświadczenia wysoko wykwalifikowanego a zarazem bardzo wąskiego grona ekspertów, którzy funkcjonują na rynku europejskim. W ocenie Zamawiającego dane takich osób posiadających bardzo wysokie kwalifikacje zasługują na ochronę. Zamawiający dodał, że nie ma w Polsce innego zamawiającego, który udzielałby zamówień publicznych o przedmiocie choćby zbliżonym do usług objętych niniejszym postępowaniem.
Zamawiający zauważył, że przesłanka "*posiadający wartość gospodarczą*" odnosi się nie tylko do informacji "innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Jednocześnie „*wartość gospodarcza*” nie musi być przedstawiana przez wskazanie konkretnej czy tez przybliżonej kwoty wyrażonej za pomocą ogólnie przyjętego miernika wartości, co oznacza, że nie zawsze da się wyrazić w pieniądzu, gdyż dotyczy okoliczności, których nie można na takowy przeliczyć. W związku z tym może ona odnosić się do szczególnych okoliczności, informacji, wiedzy (know-how), które mają dla wykonawcy szczególne znaczenie (wyrok KIO z dnia 3 marca 2020 r., sygn. KIO 330/20).
W oparciu o powyższe Zamawiający uwzględnił informacje przedstawione odpowiednio przez Wykonawców Politraffic sp. z o.o. oraz Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., a odnoszące się do informacji zastrzeżonych w ofertach lub dokumentach składanych na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp.
Zamawiający uznał, że wyspecjalizowany charakter przedmiotu zamówienia (niepowtarzalny, unikalny w skali kraju) pozwala za twierdzeniami wykonawców przyjąć, że informacje – zarówno odnoszące się do osób skierowanych do realizacji zamówienia, jak i wskazane w wykazie usług – posiadają wartość gospodarczą. Wejście w posiadanie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa rodzi po stronie wykonawców powołujących się na przedmiotową tajemnicę ryzyko w postaci: po pierwsze poznania tożsamości, wykształcenia oraz doświadczenia zawodowego personelu skierowanego do realizacji zamówienia, a po drugie poznania doświadczenia podmiotów, z którymi określeni wykonawcy nawiązują współpracę. Z powyższego wynika z kolei ryzyko „podkradania” personelu wykonawców (co ma istotne znaczenie w kontekście bardzo wąskiego, wyspecjalizowanego rynku usług świadczonych przez wykonawców) oraz ryzyko utrudnienia skutecznego ubiegania się o zamówienie publiczne lub negocjacje z podmiotem prywatnym w przyszłości. Nie bez znaczenia dla powyższego wniosku pozostaje fakt, że Zamawiający nadał jedynemu pozacenowemu kryterium oceny ofert wagę aż 55%, przy czym kryterium tym było doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia.
Zamawiający wyjaśnił, że nie odnalazł powodów, dla których mógłby sądzić, że informacje zastrzeżone przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są traktowane przez tych wykonawców jako poufne. Informacje te nie są jawne, łatwo dostępne czy podane do publicznej wiadomości. W świetle powyższego Zamawiający uznał, że informacje zastrzeżone przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, a których udostępnienia domaga się Odwołujący, zostały zastrzeżone skutecznie w świetle art. 8 ust. 3 Pzp.
Zamawiający na marginesie dodał, że Odwołujący również zastrzegł, że wykaz osób składany wraz z ofertą stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu było niesporne, że informacja o personelu, którym dysponują wykonawcy posiada wartość gospodarczą i nie jest jawna, dostępna publicznie.
Zamawiający zaoponował twierdzeniu Odwołującego, że: Zamawiający zaniechał udostępnienia Odwołującemu *„wykazu usług złożonego przez Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp w części odtajnionej przez Zamawiającego, pomimo, iż Politraffic sp. z o.o. nie zakwestionował czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu części tego wykazu.*”
Wskazał, że ustawa Pzp nie przewiduje żadnego sformalizowanego trybu „odtajniania” informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto, ustawa nie wiąże z faktem uznania określonych informacji za „jawne” (tzn. nieobjętych tajemnicą przedsiębiorstwa) obowiązku dokonania jakiejkolwiek czynności, która w sposób formalny stanowiłaby o ujawnieniu danej informacji.
W związku z powyższym Zamawiający wyjaśnił, że dokonując, w toku postępowania o udzielenie zamówienia, całościowej analizy pierwotnie przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia (w przedmiocie zastrzeżenia

określonych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa) doszedł do wniosku, że zastrzeżenie jest prawidłowe i zasługuje na uwzględnienie. Z tego powodu wykaz usług, do którego odnosi się Odwołujący, nigdy nie uzyskał statusu dokumentu „ujawnionego" (pozostawał i pozostaje nadal objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) i jako taki nie został udostępniony Odwołującemu. Wobec powyższego nie może być mowy o naruszeniu o art. 96 ust. 3 Pzp, który stanowi, że protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami jest jawny.
Wyłomu w zasadzie jawności, o której mowa w art. 96 ust. 3 Pzp dokonuje właśnie art. 8 ust. 3 Pzp, który nie pozwala na udostępnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – za które Zamawiający uznał w niniejszym postępowaniu (mówiąc ogólnie) wykazy osób i doświadczenia składane przez wykonawców.
W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że prowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie udostępnił te dokumenty, które albo w ogóle nie były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, albo co których miał podstawy uznać, że informacje te w ogóle nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W ten sposób Zamawiający dochował nakazu wynikającego z art. 7 ust. 1 Pzp.
Do postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca Politraffic sp. z o.o., który podtrzymał stanowisko wyrażone przez Zamawiającego.
W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.
Izba ustaliła i zważyła co następuje:
Odwołanie podlegało uwzględnieniu. W niniejszym postępowaniu zastosowanie miały art. 8 ust. 1, 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
Wyjątkiem od zasady jawności wyrażonej w przytoczonym przepisie jest art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.
Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało uregulowane w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym 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 powyższego wynika, że informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia ona następujące przesłanki:
1)informacja ta ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją posiadającą wartość gospodarczą;
2)informacje te 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;
3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
Obowiązkiem wykonawcy, który dokonuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do określonych dokumentów czy informacji jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Wykonawca Politraffic sp. z o.o. oraz Wykonawca Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. nie wykazali, aby zastrzeżone przez nich dokumenty zawierały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.
Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący wskazywali, że zawarte w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie: „wykazanie" nie musi każdorazowo oznaczać przedstawienia dowodów, ale może oznaczać „rzeczowe uzasadnienie". Jednakże żaden z Wykonawców nie tylko nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że rzeczywiście zastrzeżone dokumenty są w szczególny sposób chronione i posiadają wartość gospodarczą, ale także w żaden sposób rzeczowo nie uzasadnił dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Pojęcia „rzeczowe uzasadnienie" nie należy mylić z przedstawieniem ogólnych haseł. Za takie hasła, najczęściej powtarzane przez wykonawców przy zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, czy wykazu doświadczenia poszczególnych osób, należy uznać stwierdzenie o możliwości „podkupienia pracowników" przez konkurencyjnego wykonawcę. Jak jednak wskazano powyżej, dyspozycja artykułu 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje wykazanie, że rzeczywiście te informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem spełniają każdą z przesłanek artykułu 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Zarówno Wykonawca Politraffic sp. z o.o., jak i Wykonawca Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., przedstawili wykazy osób skierowanych do realizacji niniejszego zamówienia, które objęli tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca Politraffic sp. z o.o. przedstawił również objęty tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz doświadczenia osób, podlegający ocenie Zamawiającego pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
W ocenie Izby, trudno uznać, aby wykaz tworzony wyłącznie na potrzeby danego postępowania mógł zostać uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Oczywistym jest, że celem objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób przez Wykonawcę jest uniemożliwienie weryfikacji przez wykonawcę konkurencyjnego, doświadczenia osób pod kątem czy to spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też prawidłowości przyznania przez zamawiającego punktacji w danym kryterium. Taki wykaz powstaje tylko i wyłącznie na potrzeby danego postępowania – a zatem w celu weryfikacji zawartych w nim informacji przez Zamawiającego. Zestawienie osób wyszczególnionych w wykazie ma zatem charakter „chwilowy", co potwierdził także Przystępujący w treści pisma procesowego: „(…) Przystępujący wskazał, że wraz z rzeczonym personelem bądź jego częścią oraz podmiotem udostępniającym zasoby planuje startować w innych tego typu postępowaniach. Przy czym jest to sytuacja płynna, zmienna i zależy od samego wykonawcy działającego na wyspecjalizowanym rynku usług doradczych, a zależy od podmiotów publicznych oraz prywatnych i od ich zapotrzebowania na tego usługi oraz odpowiedni zakres." Zatem sam Przystępujący wskazuje na płynność i zmienność sytuacji, co potwierdza, że współpraca z personelem jest także płynna i zmienna, a zatem nie jest to stała wartość gospodarcza, którą Wykonawca za wszelką cenę chroni. Potwierdza to także, że wykaz został sporządzony wyłącznie na potrzeby postępowania, a zatem przez jego „wartość" należy rozumieć ukrywanie przed innymi wykonawcami w postępowaniu przedstawionych informacji służących wykazywaniu spełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz przyznawaniu punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.
Przystępujący w piśmie procesowym stwierdził także, że: „Niezależnie od powyższego, Przystępujący od początku

podkreśla również, że posiadany personel/zestawienie tych konkretnych ekspertów w tym konkretnym postępowaniu ma wartość gospodarczą, chociażby z tej prostej przyczyny, że dzięki temu zestawieniu personelu, Politraffic ma duże szanse na pozyskanie zamówienia w tym postępowaniu, nie tylko ze względu na unikalne doświadczenie tych osób, ale również z uwagi na możliwość zaproponowania konkurencyjnych cen, względem chociażby dwóch pozostałych wykonawców. Powyższe przełożyło się bezpośrednio na wysokość cen wskazanych w ofercie." Przystępujący nie wykazał jednak, co jest na tyle charakterystycznego i nadzwyczajnego w tym zestawieniu osób, że stanowi ono tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wiadomo zatem, jaka jest wartość tego zestawienia. Stanowi ono po prostu część oferty Wykonawcy. Co więcej, wykaz osób stanowić miał potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie konkretnego doświadczenia osób, a zatem trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa potwierdzenie spełnienia wymagań opisanych przez Zamawiającego. Wykonawca nie wyjaśnił również, w jaki sposób zaoferowanie ceny w postępowaniu łączy się z objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób czy to skierowanych do realizacji zamówienia, czy też wskazanych na potrzeby wykazania spełnienia warunku doświadczenia. Nie jest to zatem jasny argument w odniesieniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
Ponadto Wykonawca nie wykazywał, że na etapie realizacji zamówienia będzie dokonywał utajnienia tożsamości osób skierowanych do realizacji niniejszego zamówienia, jak również że będzie utajniał okoliczności związane z realizacją zamówienia przez daną osobę u Zamawiającego. Powyższe również potwierdza, że utajnienie przez Wykonawcę wykazu osób miało charakter chwilowy, na czas badania i oceny ofert przez Zamawiającego. Utajnione informacje nie mają charakteru wartości stałej, trwałej wartości gospodarczej.
Żaden z wykonawców nie wykazał wartości gospodarczej informacji przedstawionych wykazów osób. To Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie próbował bronić Wykonawców wskazując treści, które z pism uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wcale nie wynikały. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na okoliczność, że przedmiotem postępowania jest świadczenie usług doradczych o charakterze technicznym, technologicznym i biznesowym na potrzeby budowy, wdrożenia, eksploatacji i rozwoju Krajowego Systemu Poboru Opłat. Podkreślił, że nie ma w Polsce innego zamawiającego, który udzielałby zamówień publicznych o przedmiocie choćby zbliżonym do usług objętych niniejszym postępowaniem. Zamawiający wskazał ponadto, że jest mu znana okoliczność, że eksperci pozyskiwani są z rynku europejskiego.
Powyższe okoliczności nie zostały jednak przedstawione w pismach Wykonawców. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że okoliczność, że usługa ma charakter usługi doradczej o charakterze technicznym, technologicznym i biznesowym nie oznacza, że informacje zastrzeżone przez Wykonawców w dokumentach stanowiących wykazy osób (czy to skierowanych do realizacji zamówienia, czy w ramach wykazania posiadanego doświadczenia) również mają charakter informacji o charakterze technicznym, technologicznym. Wykonawcy w pismach nie wskazali na takie okoliczności. Co więcej, nie wykazali, charakter której z informacji (technicznej, technologicznej, a może organizacyjnej) miałyby mieć wykazy osób przez nich złożone.
Sam Zamawiający nie wskazał też, które to osoby miałyby być pozyskiwane z rynku zagranicznego. Jeśli nawet była taka osoba, to w gestii Wykonawców leżało wykazanie, dlaczego okoliczność zgłoszenia tej osoby do realizacji zadania miałaby być chroniona przed wiedzą innych wykonawców. Wykonawcy natomiast utajnili całość wykazów, nie tyko w odniesieniu do poszczególnej osoby, np. pozyskanej z rynków zagranicznych. Zatem argumentacja Zamawiającego jest nietrafna.
Trudno uznać za wiarygodny argument o podkupowaniu pracowników, w sytuacji, gdy zastrzeżeniu tajemnicą przedsiębiorstwa została objęta także informacja, że osobą skierowaną do realizacji zamówienia jest sam prezes zarządu Politraffic sp. z o.o. Wykonawcy nie wykazywali także, aby dane dotyczące funkcjonowania wskazanych w wykazie osób były ukrywane, także aby dane w postaci wykształcenia czy doświadczenia nie były udostępniane na portalach internetowych. Wreszcie sam fakt, że na polskim rynku nie było realizowane określone zamówienie nie oznacza, że brak jest wykonawców, którzy mogą je realizować posiadając doświadczenie niekoniecznie w realizacji takiego samego zamówienia.
Należy mieć także na uwadze, że to w gestii pracodawcy jest takie zabezpieczenie, aby pracownik nie został „podkupiony". Jak zauważył Odwołujący, dotyczy to np. zabezpieczeń w postaci klauzul umownych, czy też odpowiedniego wynagrodzenia. Żaden z Wykonawców nie przedstawił jakiejkolwiek umowy, klauzuli umownej, oświadczenia pracowników, które potwierdzałaby, że Wykonawcy próbowali zabezpieczyć się na wypadek ewentualnego „podkupienia" ich pracowników przez konkurencyjnego wykonawcę. Potwierdza to, że twierdzenia o obawach ewentualnego „podkupienia" przez innego wykonawcę pracowników Wykonawców są gołosłowne. Skoro tak, nie istniały żadne powody, przesłanki, do objęcia wykazu osób tajemnicą przedsiębiorstwa. Potwierdza to w konsekwencji, że utajnienie wykazów osób miało miejsce wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji oferty przez innych wykonawców w niniejszym postępowaniu.
Kwestią osobną jest, czy osoby, które będą realizowały zamówienie, mając tak duże doświadczenie, a co za tym idzie dobrą opinię na rynku pracy, poważną renomę, mogłyby zaryzykować zrywanie umowy z pracodawcą, a przez to zyskiwanie negatywnej opinii wśród pracodawców, czy kontrahentów. W tak poważnym zamówieniu, przy tak poważnym Zamawiającym, raczej wątpliwą wydaje się rezygnacja poszczególnych osób z realizacji usługi. Przeciwnie, skoro jest to zamówienie prekursorskie i tak unikatowe (na co wskazywał Zamawiający), wątpliwe wydaje się, aby poszczególne osoby skierowane do realizacji usługi łatwo z niej rezygnowały. Jest to bowiem kolejne zamówienie, które umożliwi im uzyskanie unikalnego doświadczenia.
Żaden z Wykonawców nie wykazał również, aby sytuacja „podkupienia pracowników" już się zdarzyła. Żaden z Wykonawców nie przedstawił umowy, którą miałby próbować zobowiązać pracownika, czy współkontrahenta do pozostania i wspólnej realizacji zamówienia. Przeczy to argumentacji Wykonawców o obawach „podkupienia pracowników". Przeczy zatem argumentacji obu Wykonawców o szczególnym charakterze wykazu osób i unikatowym doświadczeniu, skoro Wykonawcy nie przedstawili żadnych dowodów na zatrzymanie tych pracowników.
Należy także dodać, że argumentację o „podkupywaniu pracowników" przez inne firmy konkurencyjne w celu uniemożliwienia prawidłowej realizacji zamówienia przez wykonawcę można zastosować w każdym postępowaniu, np. w przypadku poważnych robót budowlanych, gdzie udział biorą (i są wymieniani w ofertach) np. kierownicy robót budowlanych, specjaliści branżowi ze sporym doświadczeniem. Jak wskazano powyżej, to w gestii pracodawcy jest odpowiednie zabezpieczenie przed taką sytuacją (umowne i finansowe), a w przypadku zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa – wykazanie istnienia takiego zabezpieczenia.
Powyższe oznacza, że Wykonawcy nie wykazali, aby zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty w postaci wykazów osób (skierowanych do realizacji zamówienia, czy też wskazanych na potrzeby wykazania posiadanego doświadczenia w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu) posiadały wartość

gospodarczą w rozumieniu artykułu 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Wykonawcy nie wskazali żadnej wielkości tej wartości, ani nie wykazali, jakie straty mogą ponieść w wyniku ujawnienia poszczególnych dokumentów. Ponownie należy wskazać, że postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter jawny, co wynika wprost z artykułu 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Utajnianie treści dokumentów tylko i wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji prawidłowości wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zasługuje na ochronę w świetle przytoczonego powyżej artykułu.
Żaden z Wykonawców (zarówno Politraffic sp. z o.o., jak i Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.) nie wykazał także, aby podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności i aby nie stały się łatwo dostępne dla innych osób. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca Politraffic sp. z o.o. wskazał na następujące działania: „Dokumenty mają określone dekretacje i są przechowywane w systemie informatycznym za ścisłym ograniczeniem dostępności tych informacji. Osoby bezpośrednio zajmujące się ofertowaniem są zobowiązane do zachowania tajemnicy odpowiednimi instrukcjami zawierającymi klauzule o zachowaniu tajemnicy". Powyższe stwierdzenia również nie zostały poparte żadnymi dowodami. Ponadto przedstawione działania są podejmowanymi powszechnie przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą, jak również inne podmioty. Każdy z podmiotów stara się chronić dane we własnej firmie przed dostępem osób nieuprawnionych, także z uwagi na obowiązujące coraz szerzej przepisy prawa, które nakazują ochronę np. danych osobowych. Wykonawca nie wykazał natomiast, w jaki szczególny sposób chroni przed dostępem poszczególnych osób te informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu. Co więcej, Wykonawca Politraffic sp. z o.o. w trakcie rozprawy wskazał, że dokonał zabezpieczenia usługi hostingowej. Wskazał, że w obecnym czasie z uwagi na pandemię covid jest to podstawowe zabezpieczenie, bez którego firma nie mogłaby funkcjonować. Oznacza to, że Wykonawca dokonuje zabezpieczeń z uwagi na szczególną sytuację związaną z pandemią, nie zaś w kierunku uniemożliwienia dostępu innych osób do określonych informacji (np. wykazów osób na cele niniejszego postępowania).
Podobnie nie wykazał takiego zabezpieczenia Wykonawca Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.
W konsekwencji należało stwierdzić, że Wykonawca Politraffic sp. z o.o. nie wykazał, aby informacje zawarte w dokumentach w postaci wykazu osób, skierowanych do realizacji zamówienia oraz wykazu osób złożonego w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wykazał, aby w odniesieniu do informacji zawartych w ww. dokumentach spełnione zostały przesłanki określone w artykule 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Podobnie Wykonawca Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. nie wykazał, aby informacje zawarte w dokumencie w postaci wykazu osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia (na potrzeby oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert), stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wykazał również, aby w odniesieniu do informacji zawartych w ww. dokumencie spełnione zostały przesłanki określone w artykule 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Z powyższych względów utajnienie informacji było niezasadne, a zatem potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odnowę przedstawienia ww. dokumentów Odwołującemu (na jego prośbę).
Wykonawca Politraffic sp. z o.o. objął również tajemnicą przedsiębiorstwa dokument w postaci wykazu usług złożonego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W wykazie zostały przedstawione 4 usługi. Zamawiający powziął wątpliwość co do poszczególnych usług w wykazie i skierował do Wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia.
Zamawiający nie był zatem pewny zasadności zastrzeżenia, zatem zwrócił się w tym zakresie o ponowne wyjaśnienia. Z oświadczeń Odwołującego wynika, że Zamawiający poinformował go, iż zdecydował, że odtajnienie dokumentów nastąpi w sytuacji gdy Wykonawca Politraffic sp. z o.o. nie wniesie odwołania na czynność odtajnienia dokumentów (wykaz usług poz. 3 i 4). Powyższe oznacza, że Zamawiający nie jest przekonany o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ww. Wykonawcy. Skoro tak, to potwierdza to zarzut o naruszeniu art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wykazu usług (w określonym zakresie).
Niezależnie od powyższego, w odniesieniu do wskazywanych przez Odwołującego usług w wykazie należy wskazać, że w treści dodatkowego wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (z dnia 22 października 2020 roku) Wykonawca przedstawił umowę z podmiotem, dla którego realizowane było zamówienie (usługa wskazana w wykazie pod numerem 3). W treści umowy znalazło się postanowienie o zastrzeżeniu kary umownej w wysokości 1000 złotych za każdy przypadek ujawnienia informacji, uznanych za poufne. Trudno uznać, aby objęte poufnością informacje miały istotną (lub wręcz jakąkolwiek) wartość gospodarczą, skoro na wypadek ich nieuprawnionego ujawnienia zastrzeżona została kara umowna w tak niewielkiej wysokości. Co istotne, z treści umowy nie wynika jednoznaczny zakaz ujawniania faktu jej istnienia. Nie przedstawiono w tym zakresie żadnych informacji ani dowodów, że fakt współpracy pomiędzy tymi podmiotami jest nadal chroniony tajemnicą przed innymi podmiotami.
W odniesieniu do kolejnej usługi opisanej pod nr 4 w wykazie usług, Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby objęcie zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa współpracy podmiotów. Nie przedstawił w tym zakresie również praktycznie żadnej argumentacji, co oznacza, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa tej usługi było bezpodstawne.
Wykonawca nie wyjaśnił także, w jaki sposób chroni informacje o współpracy pomiędzy podmiotami, co oznacza, że również w tym zakresie nie wykazał spełnienia przesłanek, o których mowa w artykule 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
W konsekwencji należało stwierdzić, że Zamawiający odmawiając okazania Odwołującemu dokumentów w postaci wykazu usług (w określonym przez Odwołującego zakresie) sporządzonego przez Wykonawcę Politraffic sp. z o.o. naruszył art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Izba w sentencji wyroku orzekła zgodnie z żądaniem Odwołującego wskazanym w treści odwołania. Ocena stanu faktycznego dokonana w niniejszym wyroku jest jednoznaczna - zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynione przez Wykonawców Politraffic sp. z o.o. oraz Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. są niezasadne. Powyższe oznacza, że Zamawiający (tak jak w żądaniu Odwołującego) winien dokonać powtórnie czynności badania ofert, w tym udostępnić Odwołującemu dokumenty w postaci:
- wykazu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia złożonego przez Wykonawcę Politraffic sp. z o.o. na potrzeby oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert;

- wykazu usług (w zakresie poz. 3 i 4), złożonego przez Wykonawcę Politraffic sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- wykazu osób złożonego przez Wykonawcę Politraffic sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- wykazu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia złożonego przez Wykonawcę Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. na potrzeby oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert

Na marginesie, w odniesieniu do twierdzenia Zamawiającego, zgodnie z którym również Odwołujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa dokument w postaci wykazu osób należy wskazać, że Zamawiający ocenia skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa osobno wobec każdego z podmiotów, na podstawie indywidualnie przedstawionych wyjaśnień.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

……