WYROK
z dnia 9 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 6 października 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2020 roku przez wykonawcę BKW Usługi Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Podegrodziu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą Konstancin - Jeziorna

przy udziale wykonawcy MatPark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1957/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca zarzuty odwołania w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z a art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w części dotyczącej podwykonawców, w szczególności w zakresie zasobów, na których MatPark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem polega.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BKW Usługi Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Podegrodziu i:

   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BKW Usługi Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Podegrodziu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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: .....

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Polskie Sieci Elektroenergetyczne spółka akcyjna z siedzibą Konstancin - Jeziorna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *pn. Kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 2021-2023.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 marca 2020 roku pod numerem 2020/S 055-131233.

Odwołującym w dniu 14 sierpnia 2020 roku, działając na podstawie art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w przedmiocie utajnienia części oferty MatPark spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością (dalej MatPark) co w konsekwencji doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.
Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania w całości przez:nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
dokonania odtajnienia zastrzeżonych w ofercie MatPark danych dotyczących podwykonawców, na zasobach których on polega oraz osób skierowanych do realizacji umowy, wykluczenia MatPark z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonanie ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w odwołaniu oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej zwrotu kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem prowadzi działalność w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia, spełnia wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu przetargowym ofertę nie pod legającą odrzuceniu, przy czym oferta Odwołującego została sklasyfikowana jako druga w kolejności dla Zadania 13,22,25,28 i wyłącznie w wyniku dokonania przez Zamawiającego wyżej wskazanych naruszeń oferta Odwołującej nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza dla Zadania 13,22,25 oraz 28.
W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie pod legających odrzuceniu.

Odwołujący następująco uzasadniał:
Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn.: „Kompleksowe prace wycinkowe na liniach przesyłowych najwyższych napięć w latach 20212022". Przedmiot zamówienia został podzielony na 31 części - Pakiety stanowią odrębne linie bądź grupy linii i obejmują prace związane z wycinką, przeznaczone do realizacji w latach 2021-2022. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 14 maja 2020 r.
W dniu 4 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert. Spośród 17 pakietów w przypadku 12 z nich, wybrano MatPark, natomiast Odwołujący w rozstrzygnięciu dotyczącym 4 pakietów: tj. Pakietu nr 13, 22, 25 oraz 28 znalazł się na drugiej pozycji.
Dowód: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 4 sierpnia 2020 r.
Zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa:
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonując czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej dla Zadań 13, 22, 25 oraz 28 naruszył przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, w szczególności:

a) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w treści oferty MatPark w części dotyczącej:
   -podwykonawców, w szczególności w zakresie, na których zasobach on polega,
   -wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia,
b) art. 8 ust. 1, 2, 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) dalej zwaną "UZNK" -przez uznanie, że informacje wskazane powyżej w lit. a) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy informacje te, z uwagi na ich treść i charakter, nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w UZNK,
c) art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK przez uznanie, że informacje wskazane powyżej w lit. a) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej informacji ani faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych zastrzeżonych informacji,
d) art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez MatPark jako niejawnych części ofert w części dotyczącej podwykonawcy (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach i

oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co w konsekwencji doprowadziło do naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustaw przez wybranie oferty MatPark jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczpospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP, przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), a także z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.). Rzeczywista jawność i przejrzystość działania Zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest sposobem ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. Zasada jawności stanowi naczelną zasadę, na której opiera się całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Realizuje tym samym konstytucyjną zasadę jawności działań podmiotów publicznych, zgodnie z którą, każdy ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne.
Odwołujący podniósł, że w przedłożonym przez MatPark uzasadnieniu dotyczącym zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 19 marca 2020 r. przedstawił swoje stanowisko dotyczące rzekomej prawidłowości zastrzeżenia części oferty w zakresie zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji MatPark zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia w tym dokumentu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. Następnie pismem z dnia 2 lipca 2020 r, zakres zastrzeżenia, o którym mowa wyżej został rozszerzony również o Informacje z Banku, dotyczące stanu konta wraz ze zdolnością kredytową Wykonawcy oraz wszystkich dokumentów dotyczących podwykonawców poza podwykonawcą „K. G. Zakład usługowo - Handlowy Kondor" wraz z wykazem osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia.
Dowody: Pismo Wykonawcy z dnia 19 marca 2020 r., Pismo Wykonawcy z dnia 2 lipca 2020 r.
Zamawiający pismem z dnia 6 sierpnia 2020 roku poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o odtajnieniu części oferty MatPark. Zamawiający zaniechał jednak odtajnienia zastrzeżonych przez MatPark dokumentów dotyczących podwykonawców i wykazu osób skierowanych przez MatPark do realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującej informacje znajdujące się w treści oferty w części utajnionej dotyczącej podwykonawców, jak również wykazu osób nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.
W ocenie Odwołującej doszło w tym przypadku do nadużycia instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa mającej na celu utrudnienie innym oferentom dostępu do treści oferty, a przez to weryfikację i kontrolę złożonej przez MatPark oferty. W szczególności działania te miały na celu utrudnienie dostępu do treści dokumentów JEDZ podwykonawcy, na którego potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia powoływał się MatPark w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, MatPark nie wykazał, aby ta część oferty w oparciu o zasady prawidłowego i logicznego rozumowania mogła taką tajemnicę stanowić. Fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Jedyny wyjątek od ww. zasady został określony w art. 8 ust. 3 ustawy zgodnie z którym zasada jawności może doznawać ograniczenia jedynie w przypadku, gdy:

a) informacje znajdujące się w ofercie Wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
b) wykonawca zastrzegł, nie później niż w terminie składania ofert, część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wykazał, że informacje te taką tajemnicę stanowią.

W ocenie Odwołującej MatPark nie sprostał obowiązkowi określonemu w art. 8 ust. 3 ustawy. Informacje zastrzeżone - dokumenty podwykonawców (dokumenty dotyczące podwykonawców - w szczególności JEDZ) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy. Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do domeny 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 związku z powyższym, aby uznać takie informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

a) muszą stanowić nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

b)przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania informacji jako poufnych.

MatPark w złożonych uzasadnieniach dotyczących zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał m.in. że: Dane podwykonawców, pozwalające na ich identyfikację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, gdyż fakt współpracy Wykonawcy z podwykonawcą nie jest wiadomością dostępną dla konkurencji Wykonawcy. Jednocześnie uzasadniając, że Strony w umowie o podwykonawstwo postanowiły, iż nie będą udostępniać informacji o wzajemnej współpracy, z uwagi na stosunki gospodarcze łączące podwykonawców z innymi podmiotami na rynku. Jednocześnie wyłączając spod tajemnicy przedsiębiorcy fakt współpracy z jednym z podwykonawców - K. G. Zakład Usługowo - Handlowy „KONDOR".

Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia

1.Imię i nazwisko pracowników Wykonawcy,

2.Funkcję, jaką wykonują przy realizacji niniejszego zamówienia,

3.Kwalifikacje,

4.Podstawę dysponowania pracownikami,

z uwagi na fakt, że dane te pozwalają na zidentyfikowanie pracowników oraz ich specjalizacji, a w konsekwencji mogą doprowadzić do „podkupienia" ich przez konkurencję Wykonawcy.

Z powyższymi twierdzeniami nie sposób się jednak zgodzić z następujących powodów: Odwołujący, jako podmiot działający od wielu lat w przedmiotowej branży i trudniący się zawodowo wykonywaniem usług tożsamych z przedmiotem zamówienia, posiada wiedzę na temat podmiotów, z którymi współpracuje MatPark lub może takie informacje uzyskać. Odwołujący z łatwością może ustalić, w jakim zakresie czynności w poszczególnych pakietach i którym podmiotom MatPark może powierzyć do realizacji. W ocenie Odwołującego nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że mąż Prezes Zarządu MatPark Pan W. M., sprawował funkcję Prezesa Zarządu Odwołującego w okresie od 27 grudnia 2011 r. do 20 grudnia 2019 r. MatPark została wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS w dniu 15 października 2019 r., co więcej, adres indywidualnie prowadzonej przez Pana W. M. działalności gospodarczej (33-318 Gródek n. Dunajcem 107) jest tożsamy z adresem siedziby MatPark.

Dowód: aktualny odpis KRS MatPark, pełny odpis KRS BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. (Odwołujący), wypis z CEiD dla WM W. M. .

Powyższe, z oczywistych względów implikuje uzasadnione wątpliwości co do transparentności i prawidłowości pozyskania podwykonawców i osób skierowanych do realizacji umowy z rynku. Odwołujący od wielu lat realizuje szereg zamówień publicznych w zakresie świadczenia usług kompleksowej wycinki na liniach przesyłowych najwyższych napięć - tj. usług w pełni tożsamych z zakresem przedmiotowego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Należy zauważyć, że potencjalnie dobór

podwykonawców, co do zasady zgodnie z linią orzecznictwa KIO może posiadać pewną wartość gospodarczą z uwagi m.in. na szczególną i niepowtarzalną specyfikę usług, myśl technologiczną, czy KNOW-HOW, jednak każdorazowo należałoby ją szczegółowo opisać, wykazać i poprzeć dowodami (np. na okoliczność: że pozyskanie danego podwykonawcy do tej sprawy wiązało się ze złożeniem wyjątkowej i niepowtarzalnej oferty, jest to podwykonawca o szczególnej roli i niepowtarzalnych umiejętnościach na rynku, a pozyskanie go wiązało się z poniesieniem określonych kosztów lub wykazanie, że współpraca z tym podwykonawcą wiąże się z zaoferowaniem jakiegoś innowacyjnego, nieznanego dotąd rozwiązania technologicznego lub technicznego). Przy czym w tym miejscu zgodne z zasadami doświadczenia życiowego i prawidłowego rozumowania, Zamawiający badając zasadność zastrzeżenia MatPark jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących podwykonawców i pracowników Wykonawcy powinien cały czas mieć świadomość, że przedmiot zamówienia dotyczy prac wycinkowych ograniczających się w większości do przycinania drzew piłą spalinową w obrębie zbliżeń zadrzewiania do linii energetycznych. W żadnym wypadku nie są to zatem usługi o charakterze jakkolwiek skomplikowanym, unikalnym, wykorzystującym rozwiązania o charakterze organizacyjnym czy też w inny sposób stanowiące wyzwanie technologiczne. MatPark oparł uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy de facto jedynie w oparciu o wskazaną w treści umowy klauzulę poufności. Powyżej działanie Wykonawcy MatPark związane z wprowadzeniem do umowy z podwykonawcą klauzuli poufności, nie wypełnia określonego w art. 8 ust. 3 ustawy wymogu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jest to działanie, które należy jednoznacznie zakwalifikować jako czynność pozorną, która ma na celu nadużycie prawa i doprowadzenie

do bezprawnego utrudnienia lub uniemożliwienia skorzystania przez innych uczestników postępowania z przysługujących im środków ochrony prawnej określonych w PZP. Firmy kontrahentów są bądź już ujawnione do domeny publicznej, bądź powszechnie znane przez profesjonalnych wykonawców, działających na rynku, z uwagi na bardzo dobrą znajomość przez Odwołującą tej gałęzi gospodarki w Polsce. Powołanie się w przedmiotowym postępowaniu na tajemnicę przedsiębiorstwa jest zatem w świetle aktualnego i powszechnie akceptowanego orzecznictwa niedopuszczalne. Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy każdorazowo powinno być skrupulatnie i wnikliwie analizowane przez Zamawiającego, a zastosowanie art. 8 ust. 3 ustawy stanowi absolutny wyjątek od zasady wyrażonej expressis verbis w art. 8 ust. 1 ustawy. Zakres podmiotów - potencjalnych podwykonawców objętych przedmiotem zamówienia jest powszechnie znany dla Odwołujący, ponieważ ze zdecydowaną większością z nich Odwołujący współpracował lub prowadził negocjacje cenowe. Część z pakietów, w których wyłoniona została oferta MatPark w ramach poprzedniego zamówienia realizował na rzecz Zamawiającego Odwołujący. Podczas realizacji poprzedniego zamówienia za pozyskiwanie podwykonawców oraz negocjacje z nimi odpowiedzialny był ówczesny Prezes Zarządu BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. - obecnie współmałżonek Prezes Zarządu MatPark.

Odwołujący uzyskał informację, że w ramach tego postępowania podwykonawcami MatPark będą F - MAR M. F. (nieujawniony podwykonawca) jak również K. G. Zakład Usługowo - Handlowy „Kondor". Tym samym, nazwy podwykonawców na tym etapie nie stanowią żadnej informacji poufnej. W związku z powyższym, za niesłuszne należy uznać także twierdzenia MatPark odnoszące się do rzekomego negatywnego wpływu odtajnienia dokumentów podwykonawców, na relacje z podwykonawcami czy możliwość ich „podkupienia". Odwołujący może w każdym momencie zwrócić się do dotychczasowych podwykonawców MatPark w celu nawiązania współpracy, tym bardziej biorąc pod uwagę fakt, ze F - MAR M. F. dalej realizuje na rzecz Odwołującego usługi w zakresie wycinki na liniach przesyłowych.

Chociażby z tego powodu same nazwy podwykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący przytoczył istotną w jego ocenie okoliczność wpływającą w fundamentalnym zakresie na cały przebieg postępowania, otóż w dniu 1 czerwca 2020 r. został odtajniony dokument (zapewne omyłkowo, ponieważ już po kilku minutach dokument ten został przez Zamawiającego usunięty) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w części dotyczącej podwykonawcy MatPark tj. firmy F - MAR M. F. . MatPark w treści złożonej oferty w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, oparł się na zdolnościach technicznych i zawodowych, wiedzy i doświadczeniu oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej innych podmiotów tj. F - MAR M. F., w co najmniej jednym z oferowanych pakietów. Jak wskazał Odwołujący z oczywistych względów zrodziło się po stronie Odwołującego uzasadnione okolicznościami sprawy przypuszczenie, że podobna sytuacja miała miejsce również w przypadku pozostałych pakietów, na których jako Wykonawca został wyłoniony MatPark. Jeszcze istotniejszy w ocenie Odwołującego jest fakt, że F - MAR M. F. wykazał jako własną zdolność techniczną i zawodową doświadczenie zdobyte podczas wykonanych prac na rzez Odwołującego - dotyczącą realizacji na jej rzecz wycinki pod liniami elektroenergetycznymi o napięciu 110 kV i wyższym o łącznej długości 270 km, w okresie od lipca 2017 r. do czerwca 2019 r. na łączną kwotę 384 850 zł. Prace te realizowane były bezpośrednio na rzecz BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. a więc Odwołującego. Umowę z tym podmiotem zawierał i negocjował mąż Prezes Zarządu MatPark - ówczesny Prezes Zarządu Odwołującego. Fakt wykorzystania potencjału podwykonawcy F - MAR M. F. nie jest co do zasady czynem nieuczciwej konkurencji lub działaniem niezgodnym z przepisami ustawy, jednak na uwagę zasługuję tu pewna bardzo istotna okoliczność tj. treść umowy łączącej BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. z F - MAR M. F. . Przedmiotowa umowa została zawarta pomiędzy Odwołującym a F - MAR M. F., w dniu 23 lutego 2016 r. oraz była zmieniana następnie czterokrotnie: Aneksem nr 1 z dnia 8 sierpnia 2018 r., Aneksem nr 2 z dnia 28 grudnia 2018 r., Aneksem nr 3 z dnia 30 października 2019 r., Aneksem nr 4 z dnia 28 stycznia 2020 r., które to Aneksy są skatalogowane i chronologicznie zarchiwizowane w siedzibie Odwołującego. Przedmiotowe zmiany wprowadzone ww. aneksami dotyczyły głównie wynagrodzenia oraz terminu obowiązywania opisywanej umowy. Z punktu widzenia przedmiotowego postępowania kluczowe znaczenie ma jednak niezmieniony - a przez to dalej obowiązujący § 12 ust.1 i 2 przedmiotowej umowy o następującej treści: *„Celem zapewniania prawidłowej i terminowej realizacji niniejszej umowy, o okresie jej trwania oraz w okresie rękojmi za wady wykonanych prac, Wykonawca zobowiązuje się, że nie będzie samodzielnie ani w porozumieniu z innymi podmiotami niż Zlecający (Odwołująca), składał*

ofert w zakresie wykonania usług wycinki i przycinki drzewostanu znajdującego się wokół linii elektroenergetycznych. W razie naruszenia powyższego zakazu Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zlecającego kary umownej w wysokości 100 000 zł za każde naruszenie zakazu". Dokonanie zastrzeżenia ma na celu ochronę interesów podwykonawcy, a nie MatPark, a dokonanie zastrzeżenia ma na celu jedynie obejście zapisów umownych łączących podwykonawcę z Odwołującą.

Dowody: Umowa z dnia 23 lutego 2016 r. pomiędzy F - MAR M. F. a BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o., - Aneksem nr 1 z dnia 8 sierpnia 2018 r., - Aneksem nr 2 z dnia 28 grudnia 2018 r., - Aneksem nr 3 z dnia 30 października 2019 r. - Aneksem nr 4 z dnia 28 stycznia 2020 r. Odwołujący jak już wyżej wskazano, jest podmiotem działającym na rynku - świadczącym usługi wycinki na liniach przesyłowych sieci elektroenergetycznych, od wielu lat, jednocześnie współpracuje z szeregiem podmiotów działających na rynku. Praktyką często obowiązującą w tej branży i niejako warunkiem sine qua non uzależniającym zawarcie części umów o podwykonawstwo, jest zaakceptowanie przez podwykonawcę ww. zapisu uniemożliwiającego mu działalność bezpośrednio konkurencyjną w stosunku do Odwołującego się pod groźbą kary umownej - podyktowane są pragmatyką i doświadczeniem życiowym, a przykład przedmiotowego odwołania wskazuje, że są w pełni celowe i zasadne. Zgodnie z informacjami, które posiada Odwołujący, MatPark nie posiada wiedzy i doświadczenia, aby spełnić wymogi Zamawiającego do udziału w tym postępowaniu, zatem w całości musi polegać na wiedzy i doświadczeniu podwykonawców.

Za nielogiczne i błędne należy uznać uzasadnienie samej tajemnicy przedsiębiorstwa w części potencjalnych działań konkurencji w zakresie dotyczącym określenia strategii handlowej, a także elementów polityki cenowej wpływających na możliwość prowadzenia negocjacji finansowych przy zawieraniu umów handlowych lub z pracownikami, które to wyjaśnienia są wewnętrznie sprzeczne z działaniami MatPark. Sam fakt uzyskania nazw podwykonawców nie daje możliwości poznania polityki cenowej MatPark. Jednocześnie, samo stwierdzenie, że ze względu na specyfikę danego zamówienia, MatPark korzysta z różnych podwykonawców, nie powoduje, że informacje o ich nazwach stanową tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nie mają one charakteru technicznego, organizacyjnego, ani handlowego. Informacja o nazwach podwykonawców nie może być również uznana za informację posiadającą wartość gospodarczą samą w sobie. Ponadto, sam fakt poznania przez pozostałych wykonawców nazw podmiotów, z którymi współpracuje (nie tylko) MatPark nie powoduje, aby Odwołujący lub pozostali oferenci mogli uzyskać wiedzę posiadającą jakąkolwiek wartość strategiczną lub gospodarczą. Podwykonawcy MatPark działają na rynku od wielu lat, a tym samym, nazwy podwykonawców nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa MatPark z uwagi na brak ich realnej wartości gospodarczej. Dopiero uzyskanie dalszych informacji o warunkach współpracy Wykonawcy z podwykonawcami może być w wyjątkowych okolicznościach uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W drodze zwykłego dostępu do informacji publicznej możliwe jest przecież uzyskanie informacji na temat podwykonawców, którzy realizowali, obecnie realizują lub będą realizować dla Zamawiającego poszczególne usługi, gdyż są to usługi wykonywane dla podmiotów publicznych. Każda osoba może się zwrócić w dowolnej chwili w drodze dostępu do informacji publicznej do Zamawiającego, celem uzyskania informacji o nazwach podwykonawców realizujących dany zakres zadania. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę fakt, że prace te wymagają pozyskiwania zgód od właścicieli nieruchomości, jak również ponoszenia odpowiedzialności materialnej za wykonane prace, które w praktyce dotyczą 99% zakresu prac wskazanych w zamówieniu oraz są nieodłączną częścią specyfiki realizowanych usług. W związku z powyższym należy wskazać, że MatPark, już w toku realizacji działań, ujawni informacje o nazwach podwykonawców, z którymi współpracuje. W dalszej kolejności MatPark nie podjął żadnych środków mających na celu utrzymanie informacji na temat podwykonawców jako informacji poufnych z wyjątkiem zawarcia w treści umowy - łączącej go z podwykonawcami klauzuli poufności oraz podpisania Umowy o zachowaniu poufności, co zgodnie z powszechnie akceptowaną linią orzecznictwa, nie uzasadnia samego faktu objęcia i uznania ww. informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a służyć ma jedynie do oczywistego utrudnienia innym podmiotom rzetelnej weryfikacji oferty MatPark. MatPark nie sprostał obowiązkowi prawidłowego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy wykonawca celem prawidłowego zastrzeżenia informacji w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zobowiązany jest, najpóźniej w terminie składania ofert, wykazać, że te informacje taką tajemnicę stanowią. Na podstawie wszechstronnie przeanalizowanego materiału dotyczącego postępowania należy stwierdzić, że, MatPark nie wykazał, aby zastrzeżone informacje o podwykonawcach stanowiły

tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie powołał żadnych dowodów potwierdzających, że przedmiotowe informacje o podwykonawcach zamieszczone w JEDZ stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał jedynie na ogólnikowe informacje o rzekomo podjętych krokach mających na celu zachowanie informacji zamieszczonych w dokumentach podwykonawców jako poufnych. W uzasadnieniu zastrzeżenia dokumentów podwykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa, MatPark wskazał, że informacje umożliwiające określenie tych podmiotów oraz części zamówienia, którą Wykonawca zamierza zlecić do wykonania podwykonawcom, stanowią informacje szczególnie istotne dla Wykonawcy i chronione. Ponadto, z tych informacji utajnionych, wynikają podstawowe informacje co do działań związanych ze strategią Wykonawcy przyjętą w związku z udziałem w toczącym się postępowaniu. Zatem w przedstawionych okolicznościach brak informacji stanowił informację samą w sobie.
Należy podkreślić, że Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, aby jakiekolwiek inne działania zostały rzeczywiście podjęte celem ochrony tajemnicy przedsiębiorcy. Brak informacji czy informacje te przechowywane są zgodnie z wewnętrznymi procedurami zapewniającymi ich właściwą i skuteczną ochroną, tj. z zastosowaniem stosownych zabezpieczeń. Brak również informacji czy tego rodzaju postanowienia o zachowaniu poufności znajdują się w umowach z pozostałymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia. W związku z powyższym należy uznać, że Wykonawca nie wykazał, aby rzeczywiście zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Pomimo to Zamawiający, niejako bezrefleksyjnie oparł swoją decyzję o niczym nieudowodnione i gołosłowne twierdzenia wykonawcy, przy badaniu prawidłowości zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem nawet jeśli w ocenie Zamawiającego pewne informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie zostały prawidłowo zastrzeżone zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy, podlegają one ujawnieniu. Odwołujący powołuje się także na kwestię ujawnienia przez MatPark danych dotyczących jednego z podwykonawców. Zgodnie z treścią uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa jednym z podwykonawców ma być firma „K. G. Zakład Usługowo - Handlowy Kondor". Tym samym, MatPark w sposób wewnętrznie sprzeczny i wbrew zasadom logiki uznaje, że niektóre podmioty mające realizować zamówienie jako podwykonawca są objęte tajemnicą, a inne już nie. Powstaje więc w logice Wykonawcy wyłom, albowiem co do niektórych podwykonawców Wykonawca wskazuje, iż sam fakt współpracy, jak również formalne jej aspekty, tudzież udzielony do celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potencjał, stanowią informację o znaczeniu gospodarczym, zaś co do innego podwykonawcy, takiej zasadności nie przyjmuje.

W części utajnienia dotyczącego osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia również nie sposób przyznać im waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje z wykazu osób obejmujące wykształcenie i doświadczenie kadry nie posiadają dla MatPark wartości gospodarczej w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK, Wykonawca nie wykazał, aby wymagane przez Zamawiającego doświadczenie miało charakter specjalistyczny czy unikalny, co uzasadniałoby tezę, że na rynku może istnieć praktyka „agresywnego" pozyskiwania osób wskazanych w wykazie. Dane te jak wskazał sam MatPark są dla Odwołującej zapewne znane, z uwagi na fakt, iż najpewniej część osób podanych w wykazie to pracownicy lub współpracownicy - byli i obecni Odwołującego. W zdecydowanej większości umów zawarte są klauzule o zakazie konkurencji, które mają na celu eliminowanie ryzyka gospodarczego dla Odwołującej. Utrzymywanie tych informacji jako chronionych przed konkurencją do momentu zapewne rozpoczęcia realizacji prac nie wpływa na charakter tych informacji w kontekście definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy UZNK. Informacje powyższe, ze swojej istoty są co do zasady jawne i dostępne w domenie publicznej m.in. w publicznych rejestrach branżowych, w dokumentacji wykonanych projektów, do których dostęp jest możliwy w trybie dostępu do informacji publicznej. Wykonawca powinien wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego lub choćby jakiegokolwiek innego podmiotu. Wynika stąd zatem wniosek, że MatPark nie może uzasadniać utajnienia danych personelu subiektywną obawą o jego nielojalność, gdyż wykonawca działający z należytą starannością powinien być w stanie przewidzieć i podjąć środki prawem przewidziane dla ochrony własnych zasobów ludzkich w zakresie ich przejęcia przez inne podmioty.

W podsumowaniu prezentowanego stanowiska Odwołujący podał, że powołanie się przez MatPark na użyte przez ustawodawcę sformułowanie w art. 8 ust. 3 ustawy, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania", oznacza zatem coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością

za takie "wykazanie" nie może być uznane ogólnikowe uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dlatego samo uzasadnienie jest elementem jawnym i ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów (wyrok KIO 2498/18 z 17 grudnia 2018 r.). Odwołujący wskazał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt. KIO 2314/18 z 23 listopada 2018 r. Jawność i transparentność na gruncie ustawy ma zatem na celu umożliwienie innym oferentom dokładne i skrupulatne zweryfikowanie ofert innych podmiotów biorących udział w postępowaniu.
Dokumenty podwykonawców (jednolite dokumenty dotyczące każdego z podwykonawców) jak również wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa MatPark, gdyż nie zostały spełnione żadne okoliczności określone w art. 11 ust. 4 UZNK. Wykonawca w złożonym wraz z ofertą uzasadnieniu zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, aby dokumenty podwykonawcy stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. MatPark również nieprawidłowo dokonał samego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Według wiedzy Odwołującego MatPark nie posiada własnej wiedzy i doświadczenia koniecznego, by spełnić wymogi Zamawiającego do udziału w przedmiotowym postępowaniu, zatem w całości musi polegać na wiedzy i doświadczeniu podwykonawców. Odwołujący posiada swą siedzibę w odległości zaledwie kilkunastu kilometrów od MatPark, a Odwołujący doskonale zna podmioty świadczące tego rodzaju usługi na terenie południowej Polski, co w konsekwencji sprawia, że specyfika rynku jest mu bardzo dobrze znana. Powyższe okoliczności w pełni uzasadniają wątpliwości Odwołującej się co do faktu czy MatPark byłby w stanie wykazać się wymaganą przez Zamawiającego wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do udziału w postępowaniu, gdyby nie wykorzystanie potencjału podwykonawcy, z którym to Odwołujący (w treści dalej łączących Strony umowie) ma zawarte postanowienia uniemożliwiające tego rodzaju działanie. Dostęp do tych informacji powinien być zatem powszechnie dostępny w ramach transparentności i przejrzystości postępowania. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wobec okoliczności przedstawionych wyżej miało jedynie na celu uniemożliwienie innym oferentom weryfikację spełniania przesłanek uczestnictwa Wykonawcy w postępowaniu oraz ew. ochronę podwykonawców lub osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia przed konsekwencjami prawnymi ich działania niezgodnego z treścią łączących ich z Odwołującą umów, a nie ochronę know-how Wykonawcy. Stanowi to zatem naruszenie art. 5 kc, które ma na celu nadużycie prawa podmiotowego sprzecznie z jego społeczno - gospodarczym przeznaczeniem, przez co zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wskazane przez Wykonawcę nie korzysta z ochrony prawnej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Izba odrzuciła na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 ustawy zarzuty odwołania w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z a art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w części dotyczącej podwykonawców, w szczególności w zakresie zasobów, na których MatPark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem polega. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że zgodnie z art. 192 ust 1 ustawy Izba o oddaleniu lub uwzględnieniu odwołania orzeka w wyroku, w pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie, w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań uregulowano w § 30 ust. 1, że skład orzekający po zamknięciu rozprawy lub posiedzenia wydaje orzeczenie. Tym samym w wydanym przez skład orzekający Izby orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze, muszą zostać zawarte wszystkie rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 189 ust. 1 pkt 3 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Natomiast na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący za pismem z dnia 27 maja 2020 roku (przesłane w dniu 3 czerwca 2020 roku) złożył do Zamawiającego wniosek, wnosząc o ujawnienia informacji znajdujących się w formularzu oferty i załącznikach przedłożonych przez jednego z Oferentów - MATPARK Sp. z o.o. dotyczących: oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz zawartych w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia. (...). Odwołujący wniósł o natychmiastowe odtajnienie wszelkich informacji wskazanych w petitum niniejszego pisma oraz umożliwienie Oferentom wglądu w ich treść w terminie 3 dni od otrzymania przedmiotowego pisma.
Zamawiający w dniu 4 czerwca 2020 roku, realizując powyższy wniosek Odwołującego, udostępnił całość dokumentacji postępowania na platformie zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego. Odwołujący otrzymał w tym dniu kopię dokumentacji postępowania bez informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez MatPark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem (dalej: „MatPark" albo „Przystępujący"). Wymaga również odnotowania, że jawną całość oferty MatPark Zamawiający zamieścił na platformie zakupowej, na której prowadzi postępowanie o udzielnie zamówienia w dniu 1 czerwca 2020 roku. Zamawiający pismem z dnia 19 maja 2020 roku skierowanym do MatPark poinformował jakie informacje zostały przez Zamawiającego odtajnione, a jakie pozostaję nieodtajnione.
Pisma składane przez Odwołującego w późniejszym czasie tj. pismo z dnia 6 sierpnia 2020 roku oraz pismo z dnia 30 czerwca 2020 roku zawierają wniosek o udostępnienie dokumentacji, która była dostępna dla Odwołującego na platformie zakupowej już od dnia 4 czerwca 2020 roku, do której Odwołujący miał dostęp, bowiem składał ofertę w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Na podstawie wniosku Zamawiający udostępnił również dokumenty złożone na późniejszym etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego *(pozostałą korespondencję z Wykonawcami w części przez nich niezastrzeżonej),* a nie dostępne na platformie zakupowej oraz protokół postępowania, co wynika z pisma Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2020 roku.

W ocenie Izby, termin na złożenie odwołania w zakresie wskazanych na wstępie zarzutów w części dotyczącej podwykonawców, w szczególności w zakresie zasobów, na których MatPark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem polega upłynął w dniu 14 czerwca 2020 roku, gdy w odpowiedzi na wniosek Odwołującego Zamawiający udostępnił jawną całość dokumentacji postępowania. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający zrealizował żądanie Odwołującego, jednocześnie nie wskazując, że nie zaprzestał badania dokumentów w zakresie objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie MatPark. Zamawiający jednoznacznie w udostępnionym piśmie z dnia 19 maja 2020 roku podał również jakie dokumenty pozostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba uwzględniła w tym zakresie również stanowisko Zamawiającego uznając je za prawidłowe. W ocenie Izby podnoszenie zarzutów przez Odwołującego w odniesieniu do danych o jakich mowa w odwołaniu dotyczących podwykonawców, na tym etapie postępowania, jest spóźnione. Skierowanie tych zarzutów na rozprawę stanowiłoby nieuprawnione przywrócenie terminu na wniesienie odwołania, czego Izba czynić nie może.

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron,

wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania 0udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert 1wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 5 października 2020 roku *Odpowiedź na odwołanie.*

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 6 października 2020 roku *Pismo procesowe odwołującego.*

Izba uwzględniła stanowisko MatPark zawarte w piśmie z dnia 5 października 2020 roku *Stanowisko przystępującego w sprawie.*

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

IV.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu i skierowanych do rozpoznania na rozprawie, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.
Przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy podlegają ocenie w odniesieniu do odwołania, które zostało wniesione, a nie poszczególnych zarzutów odwołania, natomiast ocena przesłanek następuję na dzień wniesienia odwołania.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w treści oferty MatPark w części dotyczącej wykazu osób skierowanych przez MatPark do realizacji zamówienia (zarzut a), oraz art. 8 ust. 1, 2, 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010; dalej "UZNK" przez uznanie, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy informacje te, z uwagi na ich treść i charakter, nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w UZNK (zarzut b), oraz art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK przez uznanie, że dotyczące wykazu osób skierowanych przez MatPark do realizacji zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa MatPark nie wykazał wartości gospodarczej informacji ani faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych zastrzeżonych informacji (zarzut c) - Izba zarzuty uznała za niezasadne.

W zakresie powyższych zarzutów Izba ustaliła, że pismem datowanym na dzień 3 kwietnia 2020 roku podpisanym w dniu 15 czerwca Zamawiający wezwał MatPark w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy oraz art. 87 ust.1 ustawy do złożenia Wykazu osób, bowiem w ofercie wykonawca takiego wykazu nie złożył. MatPark przedstawił dokumenty do złożenia których został wezwany i za pismem z dnia 2 lipca 2020 roku pt.: *Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa* MatPark przedstawił uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji odnoszących się miedzy innymi złożonego Wykazu osób.

W ocenie Izby w zakresie podniesionych przez Odwołującego zarzutów naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy niezbędne jest odniesienie do kwestii konstrukcji zarzutów odwołania. Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty, które poza wskazaniem podstawy prawnej muszą również odnosić się do faktycznego uzasadnienia. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W oparciu o treść art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać

okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim faktycznej argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na dokonanie oceny kwestionowanych czynności czy zaniechań Zamawiającego oraz uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację oraz treść art. 190 ust. 1 ustaw Odwołujący podnoszący zarzuty w zakresie czynności czy zaniechań Zamawiającego obowiązany jest do zbudowania zarzutów przez wskazanie uzasadnienia faktycznego oraz przedstawienia dowodów na okoliczności przez siebie podnoszone, o ile takie dowodzi (art. 190 ust. 1 ustawy w zw. z art. 1 KC w zw. z art. 6 KC). Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, dla których twierdzi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę, a w określonych przypadkach, w których sam Odwołujący referuje do dostępności, oczywistości informacji również argumentacja winna zostać wsparta dowodami.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów.
Odwołujący kwestionował, że MatPark nie wykazał, że wymagane przez Zamawiającego wykształcenie i doświadczenie kadry miało charakter specjalistyczny czy unikalny co powoduje, że nie posiada ono wartości gospodarczej dla MatPark. W ocenie Izby, w odniesieniu do przedmiotowej sprawy odwoławczej, nie sposób uznać za zasadne stwierdzenie Odwołującego sprowadzające się do tego, że jedynie doświadczenie specjalistyczne czy unikalne mogłoby skutkować istnieniem praktyki „agresywnego" pozyskiwania osób wskazanych w wykazie osób. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że nie tylko specjalistyczny czy unikatowy rodzaj doświadczenia może być podstawą ochrony danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz również taki, który jest powszechny lecz trudny do pozyskania. Odwołujący w prezentowanym stanowisku nie odniósł się do tej okoliczności w żaden sposób. Niejednokrotnie posiadane doświadczenie czy wykształcenie osób wskazanych do realizacji zamówienia, mimo że powszechne w swej istocie to jest ono trudne do pozyskania z uwagi na okoliczności gospodarcze, regionalne czy terytorialne w ramach świadczenia danego przedmiotu zamówienia i ma, bądź może mieć bardzo realny wpływ na sposób jego świadczenia bądź realną możliwość jego świadczenia. Wartość określonej kadry pracowników, czy to własnych danego wykonawcy czy działających na rzecz wykonawcy w ramach umów podwykonawstwa oceniana jest w pryzmacie danych sytuacji faktycznych i okoliczności jakie dotycząc danej sprawy. W tym przypadku Odwołujący, mimo tego, że podał (czyniąc to za stanowiskiem MatPark przedstawionym w piśmie z dnia 2 lipca 2020 roku), że część wskazanych osób najpewniej to pracownicy lub współpracownicy Odwołującego nie był jednakże w stanie tego nawet uprawdopodobnić. Dowodzi to tego, że informacje na temat osób zawartych w wykazie nie są powszechne, a co najważniejsze w zestawieniu jakie przedstawił MatPark nie są znane Odwołującemu. Wielokrotnie podkreślał Odwołujący, że MatPark jest „młodą firmą" tym samym fakt zestawienia osób realizujących w imieniu tego podmiotu zamówienie, na etapie składania ofert jest okolicznością nową, co potwierdza jej unikatowość. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że zestawienie danej grupy osób wskazanych w Wykazie osób, w tej właśnie konfiguracji, nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa MatPark. Potwierdza to również brak jakiegokolwiek uprawdopodobnienia przez Odwołującego, że informacje te, właśnie w tym zestawieniu, są powszechnie znane. Szczególną okolicznością w tym przypadku jest fakt, że jak przyznał sam MatPark w piśmie z dnia 2 lipca 2020 roku część osób wskazanych w Wykazie osób pracowało na rzecz Odwołującego, a fakt znajomości ich danych mógłby skutkować podkupieniem tych osób przez Odwołującego. Znajomość osób wskazanych w Wykazie osób przez Odwołującego, co twierdzi Odwołujący a czego w żaden sposób nie wykazał, nie przesądza w ocenie Izby, że dane te nie mogą być chronione. W złożonym piśmie procesowym

Odwołujący ponownie stara się wykazać, że „jeżeli w wykazie zostali wskazani byli pracownicy Odwołującego - to Odwołujący ma wiedzę, że pracują oni obecnie u wykonawcy MatPark i posiada kontakty do tych osób" przy czym w ocenie Izby, nie podanie tych osób potwierdza, że Odwołujący nie wie jakie osoby zostały wskazane w Wykazie osób natomiast swoją argumentacje buduje jedynie w oparciu o informacje jakie uzyskał z pisma MatPark z dnia 2 lipca 2020 roku.
MatPark wskazał na znaczenie gospodarcze poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa związane z ewentualnym zmniejszeniem potencjału osobowego oraz koniecznością zatrudnienia innych osób po innych stawkach. Okoliczności tej Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował.
W ocenie Izby fakt możliwości zidentyfikowania danych osób w przestrzeni publicznej nie zmienia tego, że informacje o osobach wskazanych w Wykazie osób w przedstawionej tam konfiguracji nie mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy dodać w tym miejscu, że powołując się na dostępność danych informacji w przestrzeni publicznej Odwołujący nie podaje o jakie źródła informacji mu chodzi, jak również nie podjął próby podania nawet przykładowo jakichkolwiek nazwisk osób, o których by wiedział. Wszystkie te twierdzenia są ogólnikowe i nie oparte na żadne skonkretyzowanej argumentacji. Jednocześnie ponownie należy wskazać, że skoro Odwołujący jak twierdzi zna osoby wskazane przez MatPark w Wykazie osób to miał on możliwość wskazania tych osób chociażby przykładowo, czego nie uczynił.

Pełnomocnik MatPark wskazał także na uzasadnienie odwołania, gdzie Odwołujący odnosił się do konieczności uchylenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem jej zastrzeżenie ma na celu uniemożliwienie wyciągania wobec osób wskazanych w Wykazie osób konsekwencji prawnych. Te okoliczności nie stanowią uzasadnienia konieczności zniesienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Fakt istnienia jakichkolwiek okoliczności spornych pomiędzy Odwołującym a osobami fizycznymi pozostaje poza właściwością Izby. W tym zakresie za słuszne Izba uznała stanowisko prezentowane przez MatPark oraz Zamawiającego.

Wymaga w ocenie Izby odnotowania w tym miejscu, że we wskazanym przez Odwołującego w zarzutach odwołania art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) ustawodawca podał, że wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący jednakże w swojej argumentacji nie wskazał i nie uargumentował w jakim zakresie ten przepis podniósł. Natomiast zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), do którego to przepisu nie odwoływał się Odwołujący - 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 - nie precyzuje jakie konkretnie działania musiał podjąć dany podmiot w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, aby można było te informacje uznać jako poufne. Dlatego tak ważne na etapie budowania zarzutu odwołania jest wykazanie, że konkretne działania jakich podjęcie czy istnienia zakłada wykonawca konstruujący zarzuty odwołania, a które podjęte zostały dla utrzymania poufności danych gwarantują bądź nie gwarantują utrzymanie tej poufności. Wymaga również dostrzeżenia, że wykonawcy składający oferty w postępowaniach są profesjonalistami, od których wymaga się postępowania z należytą starannością co dostrzegalne jest również w podnoszeniu argumentacji dotyczącej naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy. Wykonawcy nie działają w próżni, a obowiązujące regulacje prawne mają również zastosowanie do ich działania. W piśmie z dnia 2 lipca 2020 roku MatPark podał w jaki sposób zabezpiecza informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i jakie zasady i sposób ich przechowywania wprowadził. Nie istnieją żaden ustandaryzowane sposoby ochrony danych, a w przypadku gdyby były one niewystarczające konieczne jest odniesienie się do nich przez Odwołującego. W kontekście przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, bowiem o takie zapewne chodziło Odwołującemu, oraz konstrukcji zarzutu odwołania Odwołujący nie podał w uzasadnieniu podniesionego naruszenia prawa żadnej faktycznej argumentacji, a mając na uwadze, że sam podał, że są to informacje łatwo dostępne to mógł argumentację ich dotyczącą podać.

W podsumowaniu Izba wskazuje, że fakt, że zarzut dotyczy naruszenia art. 8 i 96 ust.3 ustawy oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zwalnia w żaden sposób Odwołującego od budowania zarzutów odwołania z zachowaniem wszystkich prawidłowości niezbędnych do stwierdzenia faktycznego podniesienie zarzutu. Odwołujący nie może przerzucać na Izbę konieczności poszukiwania argumentacji w odniesieniu do wskazanego naruszenia prawa. Izba nie może poszukiwać za wykonawcę argumentacji jak również nie może go zastępować w konstruowaniu argumentacji faktycznej i jednocześnie poddawać jej ocenie. Wymaga przypomnienia, że to czynność lub zaniechanie Zamawiającego podlega ocenie Izby w kontekście podniesionego zarzutu odwołania i tylko w tym zakresie może być oceniona. Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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. 2018 poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący: