Sygn. akt: KIO 589/21

WYROK
z dnia 22 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Anna Wojciechowska

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021r. przez **wykonawcę VITRONIC Machinę Vision Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, Pl. Wolności 6/7**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Finansów Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 12**
przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie POLCAM Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Plutonu Torpedy 27A i Mind Made spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Pl. Konstytucji 3** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 589/21 po stronie odwołującego
przy udziale **wykonawcy Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 589/21 po stronie zamawiającego

orzeka :

1.umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „PZP") w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK") przez uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez odwołującego w odniesieniu do następujących informacji i dokumentów przedłożonych przez odwołującego w postępowaniu, tj. wyjaśnień wraz z załącznikami dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez odwołującego w dniu 4 grudnia 2020 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego
2.oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów,
2. kosztami postępowania obciąża **VITRONIC Machinę Vision Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, Pl. Wolności 6/7** i
2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **VITRONIC Machinę Vision Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, Pl. Wolności 6/7** tytułem wpisu od odwołania.
Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**
Przewodniczący: ……...
Członkowie: ……...
……

Sygn. akt KIO 589/21

Uzasadnienie

postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie, budowę i utrzymanie Punktów Kontroli dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej nr BDG.ZPB.230.35.2020 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 lipca 2020 r., nr 2020/S 126-308547.
W dniu 11 lutego 2021 r. zamawiający poinformował VITRONIC Machinę Vision Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, Pl. Wolności 6/7 o zamiarze udostępnienia informacji i dokumentów zgodnie z wykonaniem żądań wykonawcy Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w sprawie sygn. akt KIO 3307/20 i jednocześnie odmówił VITRONIC dostępu do żądanych przez niego dokumentów z uwagi na to, że nie zakończył badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a także z uwagi na to, że żądane dokumenty udostępnia się po wyborze oferty najkorzystniejszej, a ten wybór jeszcze w postępowaniu nie nastąpił.
W dniu 22 lutego 2021 r. VITRONIC Machinę Vision Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, Pl. Wolności 6/7 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2020 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 lutego 2021 r.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu:
Zarzut 1
- naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „PZP") w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK") przez uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez odwołującego w odniesieniu do następujących informacji i dokumentów przedłożonych przez odwołującego w postępowaniu, tj. i.
wyjaśnień wraz z załącznikami dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez odwołującego w dniu 4 grudnia 2020 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (dalej jako: „Wyjaśnienia RNC"),
ii.oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, złożonych przez Vitronic w dniu 18 stycznia 2021 r., jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, tj.:
1)wykazu usług sporządzonego na formularzu DP.2, składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz usług"),

2)referencji potwierdzających należyte wykonanie usług ujętych w Wykazie usług (dalej jako: „Referencje dot. usług"),
3)wykazu robót budowlanych sporządzonego na formularzu DP.3, składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz robót budowlanych"),
4)referencji potwierdzających należyte wykonanie robót ujętych w Wykazie robót budowlanych (dalej jako: „Referencje dot. robót budowlanych"),
5)wykazu osób sporządzonego na formularzu DP.4, składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz osób"),
iii.oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących załącznik do uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, tj.
1)umowy dotyczącej powierzenia sprzętu oraz wykorzystywania komputera i telefonu służbowego w firmie VITRONIC Machinę Vision Polska sp. z o. o. (dalej jako: „Umowa powierzenia sprzętu"),
2)umowy o zachowaniu poufności pomiędzy Vitronic a Tioman sp. z o.o. sp. k. (dalej jako: „Umowa o zachowaniu poufności"),
pomimo tego, że wszystkie ww, informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, a Odwołujący skutecznie dokonał ich zastrzeżenia, co oznacza, że te informacje i dokumenty nie powinny podlegać ujawnieniu,
ZARZUT 2
- naruszenie art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z §2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej jako: „Rozporządzenie w sprawie protokołu") przez podjęcie decyzji o udostępnieniu innym wykonawcom, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, informacji i dokumentów złożonych w toku postępowania przez odwołującego, pomimo tego, że te informacje i dokumenty stanowią załączniki do protokołu postępowania, co oznacza, że mogą zostać udostępnione dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.
Wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako: „KIO") niniejszego odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie zamawiającemu:
a.unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na uznaniu, że informacje i dokumenty, których dotyczy niniejsze odwołanie nie zostały skutecznie zastrzeżone przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa,
b.unieważnienie decyzji zamawiającego o udostępnieniu innym wykonawcom, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, informacji i dokumentów złożonych w toku postępowania przez odwołującego,
c.nakazanie zamawiającemu uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez odwołującego w odniesieniu do informacji i dokumentów, których dotyczy niniejsze odwołanie,
d.nakazanie zamawiającemu nieudostępniania innym wykonawcom, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, informacji i dokumentów złożonych w toku postępowania przez odwołującego, które nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.
Ponadto o:
a.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania,
b.na podstawie art. 545 ust. 2 i 3 nPZP - o wyłączenie jawności części rozprawy oraz ograniczenie ewentualnym uczestnikom postępowania odwoławczego prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, w odniesieniu do wszystkich informacji i dokumentów objętych przez odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa", których dotyczy niniejsze odwołanie,
c.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.
Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.
Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, która zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert winna uznana za najkorzystniejszą, czego dalszą konsekwencją winno być również udzielenie przedmiotowego zamówienia odwołującemu.
Czynności i zaniechania zamawiającego, które odwołujący kwestionuje w niniejszym odwołaniu, będą skutkowały odtajnieniem informacji i dokumentów złożonych przez odwołującego w postępowaniu, co w istotny sposób utrudni, a w skrajnym wypadku uniemożliwi odwołującemu pozyskanie zarówno przedmiotowego zamówienia, jak również kolejnych zamówień, których w najbliższym czasie będzie udzielał Zamawiający w ramach odrębnych postępowań.
Odwołujący zauważył, że zamawiający zamierza odtajnić informacje i dokumenty, które mają krytyczne znaczenie z punktu widzenia działalności gospodarczej prowadzonej przez odwołującego oraz odznaczają się dla niego istotną wartością gospodarczą, tj. m.in. wyjaśnienia odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny zawierające szczegółowe wyliczenia, kalkulacje, założenia projektowe i oferty podwykonawców oraz wykazy i referencje dotyczące projektów zrealizowanych przez podmioty udostępniające odwołującemu swój potencjał. Odtajnienie tych dokumentów na rzecz podmiotów bezpośrednio konkurujących z odwołującym może narazić odwołującego na bardzo wymierną szkodę w postaci pozyskania przez te podmioty założeń przyjętych do wyceny a także realizacji umowy z zamawiającym w ramach toczącego się postępowania oraz informacji o potencjale podwykonawców odwołującego, na zasobach, których odwołujący polega.
Tym samym ujawnienie zastrzeżonych informacji i dokumentów podmiotom konkurencyjnym istotnie osłabi pozycję odwołującego zarówno w toczącym się postępowaniu jak również w ramach przyszłych postępowań, które będzie przeprowadzał zamawiający.
Celem odwołania jest zatem obrona zasadności zastrzeżenia przez odwołującego tajności określonych informacji i dokumentów złożonych w postępowaniu, co istotnie zwiększy szanse odwołującego na pozyskanie zamówienia oraz uchroni odwołującego przed szkodą, jaką poniósłby m.in. na skutek roszczeń odszkodowawczych wysuwanych przez jego podwykonawców z tytułu ujawnienia informacji, które ich bezpośrednio dotyczą.
Odwołujący wskazał, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie, budowa i utrzymanie Punktów Kontroli dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej."
Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 10 listopada 2020 r. W terminie tym oferty złożyło 4 wykonawców, w tym odwołujący, którego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert ustalone przez zamawiającego.
W toku postępowania odwołujący, w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, przedstawił:
a.wyjaśnienia z dnia 4 grudnia 2020 r. w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, które zostały złożone w wersji jawnej i tajnej oraz zawierały w swojej treści uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dowody

potwierdzające, że odwołujący podejmuje odpowiednie działania w celu zachowania ich w poufności.
b.oświadczenia i dokumenty złożone 18 stycznia 2021 r., potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP wraz z oddzielnym pismem zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz z dowodami potwierdzającymi, że odwołujący podejmuje odpowiednie działania w celu zachowania ich w poufności.
Pomimo dokonanych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, załączonych uzasadnień i dowodów, zamawiający pismami z dnia 11 lutego 2021 r., poinformował odwołującego, że zamierza odtajnić:
a.Wyjaśnienia RNC wraz z załącznikami,
b.Wykaz usług,
c.Referencje dot. usług,
d.Wykaz robót budowlanych,
e.Referencje dot. robót budowlanych,
f.Wykaz osób,
g.Umowę powierzenia sprzętu (załącznik do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa),
h.Umowę o zachowaniu poufności (załącznik do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa).
Jako dowód odwołujący powołał pismo zamawiającego z dnia 11 lutego 2021 r., dot. odtajnienia informacji i dokumentów zastrzeżonych przez odwołującego - Załącznik nr 1.
Nadto, w tym samym dniu (tj. 11 lutego 2021 r.) zamawiający odrębnym pismem poinformował odwołującego, że zamierza udostępnić innym wykonawcom dokumenty, które zostały złożone przez odwołującego wraz z ofertą i które już wcześniej zostały uznane przez zamawiającego za jawne, czemu odwołujący się nie sprzeciwiał (dalej łącznie jako: „Dokumenty złożone wraz z ofertą"), tj.:
a.Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej1 stanowiący oraz Załącznik nr 2 „Wykaz osób udostępnionych w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Wronie przez Tioman sp. z o. o. sp.k.,
b.Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej' do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Wronie przez VETRO Verkehrselektronik GmbH,
c.Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej' do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Wronie przez REKON M. B.,
d.Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej' do zobowiązania do udostępniania zasobów na rzecz Wronie przez Mark Electronics sp. z o, o. sp. k.,
e.Załącznik nr 1 „Zdolność kredytowa" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Wronie przez Wronie Dr.-Ing. Stein Bi!dverarbeitungssysteme GmbH;
Jako dowód odwołujący powołał pismo zamawiającego z dnia 11 lutego 2021 r., dot. zamiaru udostępnienia Dowód; dokumentów złożonych przez odwołującego wraz z ofertą - Załącznik nr 2.
Z kolei w trzecim piśmie datowanym na dzień 11 lutego 2021 r., Zamawiający poinformował odwołującego, że nie udostępni mu informacji dot. postępowania, o które odwołujący wcześniej wnioskował trzykrotnie (w pismach z dnia 3 lutego 2021 r., 19 stycznia 2021 r oraz 23 grudnia 2020 r.), tj. całości korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu.
Jako dowód powołał pismo zamawiającego z dnia 11 lutego 2021 r., dot. odmowy udostępnienia odwołującemu informacji dot. postępowania - Załącznik nr 3.
Z powyższymi stanowiskami i argumentacją zamawiającego przedstawionymi łącznie w trzech pismach datowanych na dzień 11 lutego 2021 r. odwołujący zdecydowanie się nie zgadza oraz wskazał, co następuje.
W odniesieniu do zarzutu 1 w pierwszej kolejności odwołujący kwestionuje decyzję zamawiającego polegającą na uznaniu za nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego następujących oświadczeń i dokumentów:
a.Wyjaśnienia RNC wraz z załącznikami,
b.Wykaz usług,
c.Referencje dot. usług,
d.Wykaz robót budowlanych,
e.Referencje dot. robót budowlanych,
f.Wykaz osób,
g.Umowa powierzenia sprzętu (załącznik do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa),
h.Umowa o zachowaniu poufności (załącznik do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa).
W opinii odwołującego Zamawiający naruszył w ten sposób art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.
Zamawiający poinformował o zamiarze odtajnienia ww. oświadczeń i dokumentów w piśmie z dnia 11 lutego 2021 r.
Powody decyzji zamawiającego wynikające z tego pisma można streścić w następujący sposób:
a.podstawową zasadą prawa zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania (str. 2 pisma z dnia 11 lutego 2021 r.),
b.utajnione dokumenty jako całość, jak i samodzielnie, nie zawierają informacji, danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK (str. 2 pisma z dnia 11 lutego 2021 r.),
c.Odwołujący zastrzegając poufność informacji, nie spełnił ciążącego na nim obowiązku wykazania, iż konkretne przedmiotowe, zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca jak i podmioty trzecie, których dotyczą zastrzeżone informacje podjęły działania gwarantujące utrzymanie ich poufności (str. 3 pisma z dnia 11 lutego 2021 r.),
d.Odwołujący wskazuje wartość gospodarczą jedynie w sposób ogólny, bez wykazania, że dokumenty zawierają tajemnice przedsiębiorstwa, w szczególności przez przedstawienie konkretnych dowodów, że taka sytuacja ma miejsce (str. 4 pisma z dnia 11 lutego 2021 r.),
e.Odnosząc się do dokumentów podmiotów trzecich (oferty firm), brak jest przedstawienia jakichkolwiek dowodów by Wykonawca lub podmioty udostępniające swe zasoby podjęły konkretne działania prowadzące do zachowania poufności informacji zawartych w załączonych dokumentach. Brak jest dowodu na okoliczność objęcia poufnością informacji dotyczących składanych ofert (str. 4 pisma z dnia 11 lutego 2021 r.),
f.Dowody załączone przez odwołującego w celu potwierdzenia, że Odwołujący podejmuje odpowiednie działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności są niewystarczające (str. 4 pisma z dnia 11 lutego 2021 r.).
Poza powyższymi tezami zamawiającego - które w opinii odwołującego mają jedynie ogólnikowy charakter i w ogóle nie

odnoszą się do merytorycznej zawartości uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez odwołującego - zamawiający nie przytacza w zasadzie żadnych argumentów na poparcie swojego stanowiska. Zamiast tego niemal połowa uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego na str. 2-4 pisma z 11 lutego 2021 r. sprowadza się do przytoczenia fragmentów orzeczeń KIO, WSA i SN, które i tak nie korespondują ze stanem faktycznym w niniejszej sprawie.
Odwołujący zauważył, że zamawiający w piśmie z dnia 11 lutego 2021 r. odniósł się zbiorczo i ogólnikowo do dwóch czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. zastrzeżenia:
a.wyjaśnień z dnia 4 grudnia 2020 r. w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami,
b.oświadczeń i dokumentów złożonych 18 stycznia 2021 r., potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP.
Jest to o tyle istotne, że odwołujący przedstawił dwa, odrębne i różniące się od siebie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (liczące łącznie 21 stroni). W obu uzasadnieniach odwołujący przedstawił także różną argumentację oraz załączył różne dowody, które częściowo zostały pominięte przez zamawiającego.
W zakresie dowodów zamawiający odniósł się bowiem jedynie do Umowy o zachowaniu poufności oraz Umowy powierzenia sprzętu, całkowicie pomijając wyciągi z umów o pracę zawieranych przez Vitronic ze swoimi pracownikami, które zostały złożone wraz uzasadnieniem zastrzeżenia Wyjaśnień RNC, a które w §7 wśród obowiązków pracownika wymieniają wprost m.in. obowiązek zachowania tajemnicy.
Zbiorcze i ogólnikowe odniesienie się do obu zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, pominięcie większości argumentacji przedstawionej w uzasadnieniach oraz niektórych dowodów prowadzi do wniosku, że zamawiający w ogóle nie przeprowadził badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez odwołującego. Zamiast tego posłużył się natomiast szablonowym uzasadnieniem, które ze względu na swoją ogólnikowość mogłoby zostać wykorzystane praktycznie w dowolnej sprawie.
Tezę o braku przeprowadzenia przez zamawiającego jakiegokolwiek badania co do zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dodatkowo wzmacnia fakt, że zamawiający zamierza odtajnić wszystkie informacje, dokumenty i oświadczenia, jakie zostały zastrzeżone przez odwołującego w toczącym się postępowaniu, i to nawet takie, które uznał za skutecznie zastrzeżone w ramach poprzednich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadził.
W opinii odwołującego zamawiający, unikając przeprowadzenia gruntownego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (do czego jest zobowiązany na mocy art. 8 ust. 3 PZP oraz art. 11 ust. 2 UZNK), dąży w istocie do przerzucenia tego ciężaru na Izbę.
Nadto, tak jak odwołujący sygnalizował, zamawiający jest w swoim działaniu niekonsekwentny. Zauważył, że zamawiający prowadzi równolegle kilka postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których ofertę złożył odwołujący. Poza przedmiotowym postępowaniem jest to również m.in. postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa pojazdów mobilnych jednostek kontrolnych oraz mobilnych punktów kontrolnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania, serwisu, napraw bieżących i mycia (nr ref. BDG.ZPB.230.36.2020). postępowanie to zakończyło się wyborem oferty odwołującego oraz podpisaniem umów na dwie części zamówienia, co nastąpiło 19 i 20 stycznia 2021 r.
Co istotne, we wskazanym powyżej, zakończonym postępowaniu odwołujący również składał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz inne dokumenty (m.in. projekty techniczne udostępnione przez podmiot trzeci), które zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego w oparciu o analogiczne uzasadnienie merytoryczne i te same dowody (tj. Umowę powierzenia sprzętu oraz Wyciągi z umów o pracę z pracownikami).
Zamawiający na żadnym etapie zakończonego postępowania nie zakwestionował dokonanego zastrzeżenia - dokumenty te pozostały tajne w toku całego postępowania. Wychodząc zatem z założenia o racjonalnym zamawiającym oraz w oparciu o dotychczasową praktykę zamawiającego, odwołujący składając Wyjaśnienia RNC oraz Wykazy i Referencje w ramach kolejnego postępowania posłużył się takimi samymi dowodami oraz sporządził analogiczne uzasadnienia jak w poprzednim postępowaniu.
W opinii odwołującego brak jest zatem podstaw do różnicowania sytuacji odwołującego w obu postępowaniach. Skutkiem takiego działania zamawiającego jest natomiast dyskryminacja odwołującego w ramach bieżącego postępowania.
Odnosząc się szczegółowo do stanowiska zamawiającego wyrażonego w piśmie z dnia 11 lutego 2021 r., w pierwszej kolejności odwołujący stwierdził, że choć zamawiający ma rację, co do tego, że zasada jawności jest jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to podobnie jak w przypadku rozumienia zasady konkurencji, nie jest i nie może być nawet postulowana jakakolwiek jawność absolutna . Ponadto, trzeba zauważyć, że zgodnie z prawem polskim i europejskim ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa przypisuje się podobnie doniosłe znaczenie, co zasadzie jawności.
Wynika to z postanowień dyrektyw dotyczących zamówień publicznych i wydanego na ich podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Jak podkreślił Trybunał w sprawie C-450/06 podstawowy cel przepisów wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję (...), Aby zrealizować ten ceł, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ponadto zarówno ze względu na swój charakter, jak i zgodnie z systemem regulacji wspólnotowych w omawianej dziedzinie postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych oparte są na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a uczestniczącymi w nich podmiotami gospodarczymi. Podmioty te powinny móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te przekażą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym podmiotom szkody."
Mając na uwadze powyższe odwołujący ograniczył do niezbędnego minimum zakres zastrzeganych informacji. Doskonale ilustruje to pismo przewodnie, które zostało złożone wraz z oświadczeniami i dokumentami złożonymi 18 stycznia 2021 r. Z pisma tego wynika, że na 66 dokumentów, które zostały przedłożone zamawiającemu, odwołujący zastrzegł tajność tylko 5 z nich.
Jako dowód powołał pismo przewodnie odwołującego złożone w dniu 18 stycznia 2021 r. -Załącznik nr 4.
Nadto, w celu zminimalizowania negatywnych skutków utajniania dokumentów dla prowadzonego postępowania, odwołujący załączył ich streszczenia, które mogą być udostępniane podmiotom konkurencyjnym bez ryzyka ujawnienia informacji poufnych.
Jako dowód powołał streszczenie zastrzeżonych informacji i dokumentów złożone wraz z Wyjaśnieniami RNC w dniu 4 grudnia 2020 r. - Załącznik nr 5 i streszczenie zastrzeżonych oświadczeń i dokumentów złożonych 18 stycznia 2021 r., potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP - Załącznik nr 6.

Dodatkowo, Wyjaśnienia RNC złożone w dniu 4 grudnia 2020 r. zostały opracowane przez odwołującego w dwóch wersjach: tajnej (dostępnej tylko dla zamawiającego) i jawnej (która może być udostępniana innym wykonawcom).
Powyższe potwierdza w ocenie odwołującego, że dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie w niezbędnym zakresie, czyniąc tym samym zadość zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Niezależnie od powyższych okoliczności, które zdaniem odwołującego jednoznacznie potwierdzają, że odwołujący dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dochował najwyższej staranności, odwołujący zdecydowanie nie zgodził się również ze stanowiskiem zamawiającego, który twierdzi, że zastrzeżone informacje, tak całościowo jak i pojedynczo, nie zawierają informacji, danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK.
W pierwszej kolejności odwołujący zauważył, że w obu uzasadnieniach przedłożonych zamawiającemu, odwołujący odniósł się do wszystkich elementów warunkujących skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj.:
a.charakteru i wartości gospodarczej zastrzeganych informacji,
b.faktu nieujawnienia tych informacji do wiadomości publicznej,
c.środków podjętych w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności.
Odwołujący sprowadził przy tym uzasadnienia do kluczowych elementów, a zatem nie sposób uznać by było ono zbyt ogólne.
Co istotne, z uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego wynika, iż zamawiający mylnie utożsamia obowiązek „wykazania", iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z „udowodnieniem" tej okoliczności.
Można wręcz odnieść wrażenie, że zamawiający formułuje nowe, nieznane ustawie PZP i bardzo rygorystyczne wymogi dowodowe w zakresie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. Skutkiem przyjęcia stanowiska zamawiającego byłaby konieczność załączania do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bardzo wielu dokumentów, które w istocie nie mają żadnego związku z prowadzonym postępowaniem (dotyczą bowiem wewnętrznej organizacji odwołującego oraz jego relacji z partnerami handlowymi). Działanie zamawiającego jest więc w tym zakresie nieefektywne oraz nieproporcjonalne, a zatem narusza art. 7 ust. 1 PZP.
Tymczasem treść art. 8 ust. 3 PZP jest w tym zakresie jednoznaczna. Wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest zobowiązany do przedkładania dowodów dla wykazania okoliczności posiadania waloru tajemnicy przedsiębiorstwa przez informacje, którym walor ten przypisuje. Nie można zatem twierdzić, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia dowodów, na co wskazuje literalne brzmienie art. 8 ust. 3 PZP, który nie stanowi o „udowodnieniu", a jedynie o „wykazaniu" i nie można nakładać na wykonawcę dalej idących obowiązków niż to wynika z treści przepisu (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 30 marca 2018 r., sygn. akt KIO 496/18).
Istotny zdaniem odwołującego w tym kontekście jest wyrok Izby wydany w dniu 12 czerwca 2017 r. {sygn. akt KIO 1015/17). Zdaniem KIO wyrażenie „wykazał" winno być rozumiane jako „należycie uzasadnił".
Uzasadnienie Izby wskazuje, że jeśli oświadczenie Wykonawcy jest logiczne, spójne, powołuje się na fakty, to może być ono środkiem dowodowym. Co więcej, według KIO oświadczenie wykonawcy „stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych, wykorzystywanych w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".
W tym kontekście należy podkreślić, że pomimo tego, iż tak jak zasygnalizowano powyżej - art. 8 ust. 3 PZP nie ustanawia takiego obowiązku - odwołujący do szczegółowych i obszernych uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (liczących 4 i 17 stron), dodatkowo załączył 4 dokumenty (liczące łącznie 14 stron), na które składały się Umowa powierzenia sprzętu, Umowa o zachowaniu poufności oraz Wyciągi z umów z pracownikami Wronie. Dokumenty te mają charakter przykładowy, bowiem jak zaznaczono wcześniej - załączanie wszystkich dokumentów jakimi w tym zakresie dysponuje odwołujący byłoby nieproporcjonalne i nieefektywne z punktu widzenia prowadzonego postępowania.
Odwołujący wskazywał na to wyraźnie w złożonych uzasadnieniach.
Niezależnie od powyższego odwołujący w ramach prowadzonej działalności dysponuje również wieloma innymi dokumentami, zarówno o charakterze ogólnym (korporacyjnym) jak i dotyczącymi konkretnego partnera handlowego, które dodatkowo potwierdzają, że odwołujący podejmuje - w tym w ramach toczącego się postępowania - odpowiednie działania w celu zachowania ich w poufności:
Odwołujący jako dowody powołał:
- umowa o zachowaniu poufności z Mark Electronics sp. z o.o. sp. k. - Załącznik nr 7 - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.
- umowa o zachowaniu poufności z VETRO Verkehrselektronik GmbH - Załącznik nr 8 - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.
- umowa o zachowaniu poufności z VITRONIC Dr.-lng. Stein Biidverarbeitungssysteme GmbH - Załącznik nr 9 - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.
- polityka obiegu i bezpieczeństwa informacji w grupie Vitronic – Załącznik nr 10 - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.
Odwołujący wskazał, że nie załączył tych dokumentów, na wcześniejszym etapie postępowania, kierując się zasadą proporcjonalności i ekonomiki prowadzonego postępowania oraz ponieważ jako miernik należytej staranności przyjął zakończone postępowanie prowadzone przez zamawiającego, którego przedmiotem jest „Dostawa pojazdów mobilnych jednostek kontrolnych oraz mobilnych punktów kontrolnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania, serwisu, napraw bieżących i mycia" (nr ref. BDG.ZPB.230.36.2020).
Tak jak zostało to wskazane powyżej, w zakończonym postępowaniu odwołujący również składał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz inne dokumenty (m.in. projekty techniczne udostępnione przez podmiot trzeci), które zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego w oparciu o analogiczne uzasadnienie merytoryczne i te same dowody (tj. Umowę powierzenia sprzętu oraz Wyciągi z umów o pracę z pracownikami).
Skoro zatem w zakończonym postępowaniu dowody te zostały uznane za wystarczające, to odwołujący nie widział potrzeby załączania do uzasadnienia kolejnych, nowych dowodów, w ramach nowego postępowania.
Niezależnie od załączonych dokumentów, które odwołujący przedłożył jedynie dodatkowo, jak wskazano powyżej - żaden przepis ustawy PZP oraz UZNK nie zobowiązuje bowiem do tego wykonawców) Odwołujący w obu uzasadnieniach wskazał na szereg zabezpieczeń o charakterze fizycznym jak i prawnym, które potwierdzają, że odwołujący podejmuje odpowiednie środki w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.
Nadto, wbrew stanowisku zamawiającego, szczególny nacisk w obu uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedłożonych przez odwołującego, został położony na właśnie na wartość gospodarczą.
Wynika to z faktu, że wartość gospodarcza jest bez wątpienia jednym z kluczowych kryteriów uznania danej informacji za tajemnicę. Nie można tu jednak przyjąć jednolitej miary, wprowadzając np. pewne minimum ujęte wartościowo. W

doktrynie dominuje bowiem pogląd, iż pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie . Cel regulacji - zwalczanie nieuczciwej konkurencji - narzuca konieczność szerokiego ujęcia przesłanki „wartości gospodarczej" tj. interpretowania jej w sposób bardziej ogólny, pozwalający na objęcie tym pojęciem także informacji, które same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu.
Wbrew twierdzeniu zamawiającego zawartemu w piśmie z dnia 11 lutego 2021 r., zgodnie z którym „przyczyna wyłączenia jawności musi mieć charakter obiektywny*', wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji (a co za tym idzie - przyczynę wyłączenia jawności) należy wiec interpretować subiektywnie, w oparciu o indywidualne uwarunkowania i specyfikę funkcjonowania każdego przedsiębiorcy.
W istocie sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Tę myśl wyraża druga przesłanka definicyjna ujęta w art. 39 ust. 2 lit. b TRI PS (ang. Agreement on Trade-Related Aspects of intellectual Property Rights, TRIPS - załącznik do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu (WTO) i art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy 2016/943 – tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające "wartość handlowa dlatego, że są objęte tajemnicą" Nadto, tak jak odwołujący wskazał w uzasadnieniu, wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji wyraża się również w ich szczególnym zestawieniu. Pozyskanie i opracowanie tych informacji jest trudne i czasochłonne. Niejednokrotnie uzyskanie tych dokumentów (np. ofert od podwykonawców, referencji) poprzedzone było długimi negocjacjami. Informacje te całościowo budują przewagę konkurencyjna odwołującego nad innymi podmiotami działającymi w branży, czego konsekwencją było złożenie przez odwołującego oferty w postępowaniu.
Odwołujący podkreślił, że zastrzeżone dokumenty oraz informacje zostały opracowane specjalnie na potrzeby prowadzonego postępowania, zgodnie z oczekiwaniami i wymaganiami przedstawionymi przez zamawiającego. Informacje te (zarówno pojedynczo jak i jako zbiór) stanowią więc o przewadze konkurencyjnej odwołującego, co ma znaczenie również w kontekście przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których będzie brał udział odwołujący, i w których również będzie polegał na doświadczeniu, metodykach realizacji projektu oraz kalkulacjach, które zostały wykorzystane w ramach toczącego się postępowania.
Dzięki szczególnej konfiguracji potencjału i zasobów kilku podmiotów, zarówno polskich jak i zagranicznych, Odwołujący może skutecznie konkurować z większymi wykonawcami, zarówno w tym, jak i w kolejnych postępowaniach. Ujawnienie powyższych dokumentów oraz informacji może doprowadzić de facto do pozbawienia odwołującego dostępu do podobnych zamówień w przyszłości z uwagi na niewystarczający potencjał.
Nowa definicja zawarta w art. 11 ust. 2 UZNK wyraźnie potwierdza, w ślad za definicją ujętą w TRIPS oraz w dyrektywie 2016/943, że tajemnicą przedsiębiorstwa może być również zbiór informacji, które jakkolwiek samodzielnie są powszechnie znane osobom z danej branży, to jednak zebranie ich w określonym zestawieniu może tworzyć nową, wymierną wartość gospodarczą. Taki zbiór informacji w razie podjęcia przez właściciela stosownych działań w celu zachowania go w tajemnicy uzasadnia objęcie go ochroną (por. celne - jeszcze sprzed nowelizacji art. 11 UZNK - tezy wyroku SN z 13:2.2014 r., V CSK 176/13, OSG 2014, Nr 9, poz. 64 oraz apr. gi. M. Salamonowicza [zob. M Salamonowicz, Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, s. 101-108]. Sąd Najwyższy wskazał w uzasadnieniu wyroku w szczególności:"[...] okoliczność, że jeden z elementów [procesu produkcyjnego - przyp. aut], np. konstrukcja urządzenia, jest łatwy do poznania na podstawie informacji powszechnie dostępnych dla osób, które zazwyczaj się tym zajmują, nie pozbawia przedsiębiorcy możliwości objęcia całego procesu poufnością".
W tym kontekście należy również wskazać, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji polega zatem także na tym, że jest to informacja przetworzona w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (dalej jako: „UDIP"), która podlega udostępnieniu jedynie, jeżeli jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego.
Przesłankę „szczególnej istotności dla interesu publicznego", określoną w art. 3 ust. 1 pkt 1 UDIP, należy zaś uznać za wypełnioną w takiej sytuacji, w której pozyskanie określonej informacji i jej upublicznienie leży w interesie nie tylko wnioskodawcy, ale także innych obywateli. W konsekwencji za informację szczególnie istotną dla interesu publicznego nie będzie mogła zostać uznana informacja, która nie służy ogólnie pojmowanemu dobru społecznemu, lecz tylko i wyłącznie realizacji indywidualnych (prywatnych) celów, niemających związku z poprawą funkcjonowania Państwa, samorządów, wspólnot lokalnych, itp.
Pozyskanie przez podmioty konkurencyjne Wyjaśnień RNC, Wykazów oraz Referencji zastrzeżonych przez odwołującego służyłoby zaś wyłącznie realizacji ich prywatnych celów związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą oraz udziałem w postępowaniu.
Możliwość utajnienia określonych informacji i dokumentów nabiera szczególnego znaczenia w odniesieniu do podwykonawców (w tym zagranicznych) oraz kontrahentów odwołującego, których oferty i referencje odwołujący załączył do złożonych wyjaśnień oraz uzupełnianych dokumentów. Podmioty te nie są bowiem zobowiązane do ujawniania tych informacji komukolwiek, w jakimikolwiek trybie. Podmioty te nie biorą bowiem bezpośredniego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto niektóre Referencje dotyczą projektów wykonywanych na rzecz podmiotów prywatnych. Udostępnienie przez te podmioty określonych danych powoduje, że odwołujący każdorazowo zobowiązany jest do ich chronienia przed dostępem osób trzecich. Ujawnienie tych informacji może wręcz skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą odwołującego względem jego partnerów handlowych.
Jako dowody powołał
- pismo VETRO z 22 lutego 2021 r. - Załącznik nr 11 – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.
Odtajnienie ww. Referencji niechybnie spowoduje utratę wieloletniego kontrahenta odwołującego jakim jest VETRO, którego zaangażowanie w wielu przypadkach warunkuje możliwość ubiegania się przez odwołującego o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce i za granicą. Nadto, informacja o ujawnieniu chronionych przez VETRO podważy wiarygodność odwołującego, m.in. na rynku niemieckim i polskim, co istotnie ograniczy odwołującemu możliwość pozyskania nowych kontrahentów.
Nadto, z ostrożności odwołujący wskazuje, że ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru są podane do wiadomości publicznej. W orzecznictwie sądów okręgowych oraz Sądu Najwyższego potwierdza się bowiem, że nawet w sytuacji, gdy informacje dotyczące poszczególnych elementów są jawne, nie decyduje to o odebraniu przymiotu poufności całemu zespołowi wiadomości.
W jednym z wyroków KIO podkreśliła podobnie, że Jakkolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę" .
Powyższy pogląd KIO w kontekście znowelizowanej w 2018 r. definicji tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdza, że

określona informacja ze względu na występowanie w „szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów' może być podstawą ochrony nie tylko w wymiarze jednostkowym (utajnienie określonej, dającej się wyodrębnić z całości, informacji, np. parametru technicznego), lecz także w wymiarze większego zestawienia (jako np. zbiór pojedynczych, funkcjonalnie powiązanych parametrów).
Z takim właśnie zbiorem, według odwołującego mamy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy, na co wyraźnie w swych uzasadnieniach zwrócił uwagę odwołujący
W okolicznościach niniejszej sprawy szczególnego znaczenia nabiera fakt, że odwołujący składając ofertę w postępowaniu polega na potencjale aż 4 podmiotów, którzy udostępniają mu swoje zasoby oraz szeregu tzw. „podwykonawców zwykłych", których oferty zostały załączone do Wyjaśnień RNC. Znalezienie i wyselekcjonowanie takich podmiotów jest zadaniem trudnym z uwagi na to, że rynek, na którym operuje odwołujący (tj. rynek systemów kontroli ruchu drogowego i poboru opłat) jest bardzo wąski - funkcjonuje na nim zaledwie kilku wykonawców ó potencjale umożliwiającym ubieganie się o zamówienia.
Odwołujący nie był w stanie samodzielnie spełnić wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Tym samym odpowiednie zestawienie podwykonawców, którzy udostępniają odwołującemu swój potencjał warunkuje możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez odwołującego. Nadto, najpewniej ten sam „zestaw" podwykonawców oraz ich potencjał zostanie wykorzystany przez odwołującego w ramach kolejnych postępowań, które prowadzi zamawiający, tj. postępowania na:
a.„Zaprojektowanie, dostosowanie, budowę i utrzymanie Punktów Kontroli oraz dostawę i utrzymanie Przenośnych Punktów Kontrolnych dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (nr ref. R/18/20/PO/G/450) oraz
b.„Dostawę i instalację 30 urządzeń rejestrujących wykroczenia niestosowania się do sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu w ramach projektu pn. Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020." (BDG.ZPB.072.9.2020).
Mając na uwadze powyższe oraz jak wielokrotnie odwołujący wskazywał w złożonych uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wartość gospodarcza zastrzeżonych Referencji oraz Wykazów wyraża się więc m.in. w szczególnym zestawieniu projektów referencyjnych, kwalifikacji oraz doświadczenia, dzięki którym odwołujący może wziąć udział w bieżącym postępowaniu oraz w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które będzie prowadził zamawiający. „Utrata" choćby jednego z nich (np. przez „wrogie przejęcie" przez podmioty konkurencyjne) będzie skutkowała wyeliminowaniem odwołującego z tych postępowań.
Nie bez znaczenia jest w tym kontekście również fakt, że pozostali wykonawcy, którzy złożyli swe oferty w toczącym się postępowaniu - tj. KAPSCH TELEMATIC SERVICES sp. z o.o. oraz PolCam Systems sp. z o.o. są bezpośrednimi konkurentami odwołującego oraz rywalizują z odwołującym w wielu innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Co istotne, dotyczy to także innych podmiotów wchodzących w skład grup kapitałowych odwołującego oraz KAPSCH. Jako przykład odwołujący wskazał następujące postępowania, w których oferty składały podmioty zarówno z grupy kapitałowej Vitronic jak i grupy kapitałowej KAPSCH:
1 ISA-Mobil Niemcy Bundesamt filr Guterverkehr (BAG) 2018 9632.303/2018
2 CityLink Upgrade Australia CityLink Melbourne Limited 2020 329065
3 ISA-Stationar Niemcy Bundesamt fOr Guterverkehr (BAG) 2017 1734/G14
4 Sund & Baelt Tender I Sund & Baeit Tender II Dania Sund & Baelt Holding A/S 2019 2019/S 046- 105049
5 Cross City Tunnel Tolling System Replacement Australia Transurban Cross City Tunnel Pty. Ltd. 2018
Tym sam odtajnienie dokumentów zastrzeżonych przez odwołującego w niniejszym postępowaniu będzie oddziaływało również na inne spółki z grupy kapitałowej Vitronic, istotnie osłabiając ich potencjał oraz możliwość ubiegania się o kolejne zamówienia, co może skutkować szkodą dla całej grupy.
Odnosząc się z kolei do Wyjaśnień RNC, które zostały przedłożone zamawiającemu wraz z 7 załącznikami, należy zauważyć, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawców dotyczących zaoferowanej ceny, stosowanych marż, kalkulacji cenowych oraz rozliczeń z podwykonawcami jest często spotykaną praktyką, znajdującą potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie KIO, sądów powszechnych oraz w doktrynie prawa zamówień publicznych.
Jako przykład można wskazać m.in.:
a.wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 czerwca 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 148/19.
b.wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07,
c.wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt KIO 756/16.
W odniesieniu do zarzutu drugiego odwołujący wskazał, że jak wynika z art. 96 ust. 2 PZP, oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.
Natomiast zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 PZP załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia.
Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący wskazał, że załączone do zobowiązań podmiotów trzecich dokumenty stanowiące opisy projektów oraz wykaz osób udostępnianych w ramach zdolności zawodowej, jak również opis zdolności kredytowej udostępnionej przez podmiot trzeci nie stanowią elementu oferty złożonej przez odwołującego.
Wynika to m.in. z treści SIWZ, chociażby z cz. I ust. 6.1. SIWZ [FORMA SKŁADANYCH DOKUMENTÓW], w któ zamawiający wskazał, że ,,oferta, Jednolity Europejski Dokument zamówienia, pełnomocnictwa, oświadczenie o przynależności (lub braku) do grupy kapitałowej, dokumenty wskazane w art. 25 ust 1 ustawy Pzp, tj. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia lub spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w tym ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust 1, 3 i 3a ustawy Pzp, dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich, w tym JEDZ, treść zobowiązań, winny być sporządzone z zachowaniem formy elektronicznej pod rygorem nieważności i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym
W części II ust. 4.1. SIWZ Zamawiający wskazał natomiast, że „[w] przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, zobowiązany jest udowodnić, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Dokumenty w tym zakresie Wykonawca składa wraz z ofertą."
Jak wynika z powyższego sam zamawiający rozróżnił wyraźnie w SIWZ ofertę od dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich, w tym zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Co więcej, gdy zamawiający traktował jakiś dokument jako element oferty, również wskazywał to wprost, tak jak w przypadku formularza cenowego, bowiem, np. w ustępie 5.1. Formularza ofertowego (Formularz OF.O.) Zamawiający wskazał „[...] zgodnie z formularzem cenowym, który stanowi treść oferty (Formularz OF.1.)".
W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, że dokumenty, o których mowa powyżej stanowią jedynie załączniki do zobowiązań podmiotów trzecich, których odwołujący nie musiał składać wraz z ofertą. Dokładne opisy projektów, dane osobowe udostępnionej kadry, czy informacje o wartości zdolności kredytowej zostały złożone jedynie z daleko posuniętej ostrożności odwołującego oraz w celu ułatwienia zamawiającemu weryfikacji potencjału odwołującego.
Jak wskazał Urząd Zamówień Publicznej w jednej z opinii, treść zobowiązania powinna jedynie określać (i) kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, (ii) zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, (iii) czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz (iv) w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy.
Nie ma natomiast wymogu załączania wykazu usług, robót, osób, czy pisma z banku określającego wartość zdolności finansowej. Takie dokumenty składa się co do zasady dopiero na wezwanie zamawiającego, w myśl cz. II ust. 11 SIWZ.
Jak wynika zatem z powyższego, dokumenty o których mowa w ramach niniejszego zarzutu w całości stanowią załączniki do protokołu postępowania, natomiast nie stanowią oferty odwołującego. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez zamawiającego w piśmie z dnia 11 lutego 2021 r., mogłyby zostać udostępnione innym wykonawcom dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.
Nie ma przy tym znaczenia fakt, że na mocy postanowienia KIO z 13 stycznia 2021 r. wydane w sprawie o sygn. akt KIO 3307/20 powyższe dokumenty zostały odtajnione. Postanowienie to dotyczy bowiem wyłącznie ich tajności, a nie ich udostępnienia innym wykonawcom. W żadnym wypadku ww. postanowienie KIO nie zobowiązuje więc zamawiającego do udostępnienia tych załączników innym wykonawcom już na obecnym etapie. Działanie takie pozostawałoby bowiem w sprzeczności m.in. z przytoczonym powyżej art, 96 ust. 3 PZP, a zatem Izba nie mogła go nakazać.
Nadto, odwołujący zwrócił uwagę, że po raz kolejny Zamawiający postępuje w sposób niekonsekwentny oraz dyskryminujący w stosunku do odwołującego.
Odwołujący zwracał się bowiem trzykrotnie (w pismach z dnia 3 lutego 2021 r., 19 stycznia 2021 r. oraz 23 grudnia 2020 r.) o udostępnienie mu całości korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu. Pomimo to zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia tych informacji, wskazując jako jeden z powodów to, że stanowią one załączniki do protokołu postępowania a zatem, nie mogą zostać udostępnione odwołującemu przed wyborem oferty najkorzystniejszej.
W dniu 25 lutego 2021 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 1 marca 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PolCam Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i MindMade spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wskazując, że posiadają interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla odwołującego, gdyż czynności i zaniechania zamawiającego mogą skutkować odtajnieniem informacji i dokumentów złożonych także przez przystępującego, co w istotny sposób utrudnia, a w skrajnym przypadku może uniemożliwić zgłaszającemu pozyskanie zamówienia, a także przyszłych zamówień. Zastrzeżone informacje stanowią informacje krytyczne – oferty dedykowane od partnerów biznesowych przedstawione jako załączniki do wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Zgłaszający ponieść może wymierne szkody, jeśli konkurencji pozyskają dostęp do tych informacji, gdyż osłabi się pozycja przystępującego i zasada konkurencyjności. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 i 15 października 2020 r. udzielonego przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie przez członków zarządu obu wykonawców ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji każdego z członków. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii stronom.
W dniu 1 marca 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż oferta odwołującego została najwyżej oceniona i podlega badaniu, a dla oceny prawidłowości czynności badania oferty konieczny jest wgląd do dokumentów, które odwołujący zastrzegł. Tym samym przystępujący może utracić możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, a w konsekwencji uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez członka zarządu i prokurenta, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.
W dniu 19 marca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez odwołującego w zakresie poczynionym w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, tj. w piśmie z dnia 3 grudnia 2020 r. i wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.
Wniósł również o oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania, tj. umowy o zachowaniu poufności z firmą MARK ELEKTRONICS POLSKA sp. o.o. sp.k., VETRO Verkehrselektronik GmbH VITRONIC Dr.-Ing.Stein Bildverrabeitungssysteme; dokumentu pn. „Poziom poufności informacji WU", oświadczenia VETRO Verkehrselektronik GmbH z dnia 22 lutego 2021 r. (tj. Załączniki nr 7-11b do odwołania).
Nadto o zasądzenie od wykonawcy kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania.
Zamawiający podniósł, że w toku postępowania, w którym termin składania ofert wyznaczony został ostatecznie na dzień 10 listopada 2020 r. wystąpił, w zakresie związanym z ofertą odwołującego, poniższy przebieg wydarzeń:
1. 10 listopad 2020 r. — odwołujący złożył ofertę w postępowaniu z jednoczesnym zastrzeżeniem obowiązku zachowania w poufności treści znajdujących się w niej
Załączników:
a)Załącznika nr 1 „Opis projektu udostępnienia w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę Tioman Sp. z o.o. (lit. „a" pisma odwołującego z dnia 15 października 2020 r. - złożonego w ramach oferty odwołującego);
b)Załącznika nr 2 „Wykaz osób udostępnionych w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę Tioman sp.
z o.o. (lit. „a" pisma odwołującego z dnia 15 października 2020 r. - złożonego w ramach oferty odwołującego);
d)Załącznika nr 1 „Opis projektu udostępnienia w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę VETRO
Verkehrselektronik GmbH (lit. „b" pisma odwołującego z dnia 15 października 2020 r. - złożonego w ramach oferty odwołującego);
e)Załącznika nr 1 „Opis projektu udostępnienia w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia

zasobów na rzecz Vitronic przez firmę REKON M. B. (lit. „c" pisma odwołującego z dnia 15 października 2020 r. - złożonego w ramach oferty odwołującego);
f)Załącznika nr 1 „Opis projektu udostępnienia w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę Mark Elektronics sp. z o.o. sp.k. (lit. „d" pisma odwołującego z dnia 15 października 2020 r.
- złożonego w ramach oferty odwołującego);
g)Załącznik nr 1 „Zdolność kredytowa" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę VITRONIC-DrAng. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH, w zakresie obu przedłożonych wersji językowych (lit. „e pisma odwołującego z dnia 15 października 2020 r.).
W dniu 14 grudnia 2020 r. Wykonawca Kapsch Telematic Service Sp. z o.o. („Kapsch") złożył odwołanie wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez odwołującego, w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 15 października 2020 r., stanowiącym część oferty odwołującego.
Pismem z dnia 31 grudnia 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego wraz ze wskazaniem szczegółowego uzasadnia swego stanowiska o zamiarze odtajnienia dokumentów, o których mowa w piśmie z dnia 15 października 2020 r., co do których odwołujący złożył zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.
W dniu 13 stycznia 2021 r. odbyło się posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 3307/20, tj. w postępowaniu wszczętym na skutek odwołania Kapsch z dnia 14 grudnia 2020 r. zamawiający uznał przedmiotowe odwołanie w całości.
Odwołujący skutecznie przystąpił do w/w postępowania po stronie zamawiającego. przedstawiciel odwołującego obecny na posiedzeniu Izby w dniu 13 stycznia 2021 r. oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uznania odwołania przez zamawiającego.
W dalszym etapie prowadzonego postępowania odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przedłożył:
a)pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. - wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny („Wyjaśnienia RNC"). Wykonawca wskazał, iż złożone wyjaśnienia RNC stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie podlegają ujawnieniu. Wraz z wyjaśnieniem RNC wykonawca przedłożył streszczenie zastrzeżonych informacji i dokumentów („Streszczenie RNC") jako dokument do udostępnienia przez zamawiającego osobom trzecim;
b)pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. - wymagane w oparciu o postanowienia art. 25 ust. l ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019. poz. 1843 z późn zm.) („Pzp") oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Wykonawca wskazał, iż złożony:
Wykaz usług sporządzony na formularzu DP.2;
referencje potwierdzające należyte wykonanie usług wskazanych na formularzu DP.2;
Wykaz robót budowlanych sporządzony na formularzu DP.3;
referencje potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych wskazanych na formularzu DP.3'
Wykaz osób sporządzony na formularzu DPA stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają udostępnieniu osobom trzecim. Wraz z przedłożonymi dokumentami na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, Odwołujący przedłożył streszczenie zastrzeżonych informacji i dokumentów („Streszczenie") jako dokument do udostępnienia przez zamawiającego osobom trzecim. W treści przedmiotowego Streszczenia zawarte zostały ogólne informacje, iż dokumenty zastrzeżone zawierają zestawienie odpowiednio usług, robót budowlanych, dane osoby kierowanej do realizacji Zamówienia oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie odpowiednio usług i robót budowlanych. Treść Streszczenia została ograniczona do wskazania informacji, które każdy uczestnik postępowania posiadał, bowiem formularze Wykazu usług, robót budowlanych, osób to dokumenty jawne, sporządzone przez zamawiającego, stanowiące element SIWZ.
W dniu 11 lutego 2021 r. zamawiający:
a)w wyniku analizy otrzymanych wyjaśnień RNC, dokumentów i oświadczeń złożonych pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. oraz przedłożonego materiału dowodowego na okoliczność zasadności i skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym
b)mając na uwadze dokonane odtajnienie dokumentów i informacji złożonych przez odwołującego, odnośnie których pismem z dnia 15 października 2020 r. dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
c)mając na uwadze fakt niezgłoszenia sprzeciwu wobec decyzji zamawiającego o uznaniu za słuszne zarzutów odwołania Kapsch,
poinformował odwołującego, iż brak jest podstaw do zaniechania odtajnienia dokumentów, zgodnie z zastrzeżeniem odwołującego dokonanym odpowiednio w piśmie z dnia 3 grudnia 2020 r. oraz z dnia 18 stycznia 2021 r. oraz, iż udostępni wykonawcy Kapsch Telematic s. v. . up. c z o.o. dokumenty złożone wraz z ofertą przez odwołującego, które były określone w sprawie o sygn. akt: KIO 3307/20.
Pismem z dnia 22 lutego 2020 r. Vitronic złożył odwołanie wobec jak wskazał ogólnie w punkcie I na stronie nr 2 Odwołania „czynności i zaniechań zamawiającego".
Mając na uwadze okoliczność, iż w opinii odwołującego zamawiający naruszył art. 8 Pzp przez uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez odwołującego w odniesieniu do oznaczonych przez niego dokumentów, złożonych pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. oraz z dnia 18 stycznia 2021 r., zamawiający podniósł, iż odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego jest bezpodstawne i podlega oddaleniu.
a) Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie Wyjaśnień RNC.
Odnosząc się do zarzutu niezgodnego z Pzp uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez odwołującego w zakresie Wyjaśnień RNC, zamawiający poinformował, iż uznaje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane w Wyjaśnieniach RNC przez odwołującego za skuteczne, tj. unieważnia uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego za nieskuteczne w zakresie odnoszącym się do Wyjaśnień RNC.
W konsekwencji zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w części, tj. w zakresie dotyczącym zarzutu nieuzasadnionego uznania przez zamawiającego za nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie Wyjaśnień RNC.
b) Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 18 stycznia 2021 r. - Wykaz usług, Wykaz robót, referencje.
Zamawiający wskazał, iż zarzut jest niezasadny.
Celem wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości, zamawiający wskazał, iż z uwagi na uznanie w części zarzutów odwołania, przedstawione w niniejszym piśmie stanowisko odnosi się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie poczynionym pismem z dnia 18 stycznia
W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, iż zarzut naruszenia art. 8 Pzp przez zamawiającego, z uwagi na uznanie

za nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez odwołującego, w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 18 stycznia 2021 r. jest spóźniony, a w szczególności w zakresie informacji i danych zawartych w złożonym przez odwołującego formularzu DP.2 zawierającym Wykaz usług przedkładanych dla potrzeb wykazania spełnienia warunków udziału W postępowaniu oraz w zakresie referencji przedłożonych dla wykazania należytego wykonania przedmiotowych usług.
Zamawiający wyjaśnił, iż na formularzu DP.2 („Wykaz usług") przedstawione zostały przez odwołującego opisy usług, czas ich realizacji, podmioty realizujące usługę wskazywaną dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego, tj. informacje, które zostały zawarte w załączniku nr 1 i załączniku nr 2 do pisma odwołującego datowanego na dzień 15 października 2020 r., złożonego zamawiającemu w ramach oferty odwołującego.
Powyższe załączniki nr 1 i 2 do pisma datowanego na dzień 15 października 2020 r. to dokumenty, które zawierają opisy projektów udostępnionych odwołującemu przez podmioty trzecie w ramach zdolności zawodowej oraz Wykaz osób udostępnionych odwołującemu przez podmioty trzecie w ramach zdolności zawodowej. Powyższe załączniki nr 1 i 2 to standardowe oświadczenia podmiotów trzecich zawierające zobowiązanie do udzieleniu potencjału dla potrzeb wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Treść zawartych w nich informacji została powtórzona w składanym na późniejszym etapie postępowania formularzu Dp.2, tj. w Wykazie usług. Treść przedmiotowych dokumentów, tj. oświadczeń podmiotów trzecich nie zawiera żadnych wskazań co do zastrzeżenia ich poufności, w tym w ramach postępowania, w związku z którym zostały one złożone.
W tym miejscu zamawiający wyjaśnił, iż w wyniku analizy pisma z dnia 15 października 2020 r. złożonego w ramach oferty odwołującego, odwołania Wykonawcy Kapsch z dnia 14 grudnia 2020 r., który zakwestionował skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez odwołującego w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 15 października 2020 r, pismem z dnia 31 grudnia 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o ustaleniu braku podstaw do uznania dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, tj. o zamiarze odtajnienia treści w/w dokumentów najpóźniej po zakończeniu postępowania odwoławczego dotyczącego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w powyższym zakresie. Posiedzenie Izby w sprawie odwołania Wykonawcy Kapsch odbyło się w dniu 13 stycznia 2021 r., sprawa została zarejestrowana pod sygnaturą KIO 3307/20. Zamawiający uznał zarzuty odwołania Kapsch w pełni za zasadne i uwzględnił odwołanie w całości. Na posiedzeniu obecny był przedstawiciel odwołującego, który skutecznie przystąpił do postępowania KIO 3307/20 po stronie zamawiającego. Odwołujący pomimo uznania odwołania Kapsch w całości za zasadne nie zgłosił sprzeciwu wobec przedmiotowej czynności zamawiającego. Pismem z dnia 11 lutego 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu dokumentów wskazanych w piśmie z dnia 15 października 2020 r. jako załącznik nr 1 i załącznik nr 2.
Podsumowując, w dniu 11 lutego 2021 r. odtajniono:
a)Załącznik nr 1 do pisma z dnia 15 października 2020 r. „Opis projektu udostępnianego w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez Tioman sp. z o.o. sp. k;
b)Załącznik nr 2 do pisma z dnia 15 października 2020 r. „Wykaz osób udostępnionych w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez Tioman sp. z o.o. sp. k.;
c)Załącznik nr 1 do pisma z dnia 15 października 2020 r. „Opis projektu udostępnianego w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez VETRO Verkehrselektronic GmbH;
d)Załącznik nr 1 do pisma z dnia 15 października 2020 r. „Wykaz osób udostępnionych w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez REKON M. B. .;
e)Załącznik nr 1 do pisma z dnia 15 października 2020 r. „Opis projektu udostępnianego w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez Mark Electronics sp. z o.o. sp. k;
f)Załącznik nr 1 do pisma z dnia 15 października 2020 r. tj. „Zdolność kredytowa „do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic.
Powyższa czynność została przeprowadzona po uprzednim zawiadomieniu odwołującego pismem z dnia 31 grudnia 2020 r., w tym po posiedzeniu Izby w sprawie KIO 3307 /20, na którym odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa do zgłoszenia sprzeciwu wobec czynności zamawiającego.
Zamawiający wskazał, iż treść:
dokumentu wskazanego w lit. (a) powyżej, który ostatecznie nie został objęty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa została powtórzona w Wykazie usług - lp. 3
dokumentu wskazanego w lit. (c) powyżej, który ostatecznie nie został objęty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa została powtórzona w Wykazie usług - lp 1
dokumentu wskazanego w lit. (e) powyżej, który ostatecznie nie został objęty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa została powtórzona w Wykazie usług - lp 2
Zamawiający wyjaśnił, iż odwołujący w Wykazie usług nie przedstawił dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu doświadczenia M. B. (REKON), której opis został zawarty w dokumencie opisanym powyżej w punkcie lit. (d).
Mając na uwadze powyższe, zarzut dotyczący naruszenia Pzp przez uznanie za nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wobec informacji zawartych w Wykazie usług, referencjach jest spóźniony.
Podkreślenia wymaga fakt, iż sam odwołujący w przedłożonym w ramach jego oferty streszczeniu zastrzeżonej informacji dokumentów, datowanym na dzień 15 października 2020 r. („Streszczenie"), dotyczącym dokumentów wymienionych w punktach (a) - (f) powyżej, tj. w dokumencie dedykowanym przez odwołującego do udostępnienia podmiotom trzecim wskazał nazwy podmiotów udostępniających mu potencjał dla potrzeb wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nazwy swoich kontrahentów odwołujący ujawnia także w samej treści odwołania, gdzie oznaczając dowody wskazuje nazwy kontrahentów, z którymi zawarł załączone do odwołania umowy o zachowaniu poufności. W konsekwencji powyższego bezspornym pozostaje fakt, iż nazwy podmiotów trzecich, przy udziale których odwołujący złożył ofertę w postępowaniu nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący przedmiotowym działaniem sam zaprzecza przedstawionemu uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z 18 stycznia 2021 r., gdzie podnosi (punkt II ust. 16), iż „Utrzymanie takich informacji w poufności decyduje o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy. Obowiązek zachowania poufności wynika także z zawartych umów, w ramach których Wykonawca nie jest uprawniony do podawania danych o przedmiocie zamówienia (NDAI, jego charakterystyce i koszcie. Ponadto dane dotyczące klientów oraz zawieranych z nimi umów stanowią dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Ujawnienie tych danych może bowiem wpłynąć na obniżenie potencjału konkurencyjnego wykonawcy. Ujawnienie powyższych informacji umożliwiłoby także podmiotom konkurencyjnym uzyskanie informacji o potencjalnych odbiorcach dla swoich usług i tym samym mogłoby prowadzić do utraty klientów Wykonawcy i jego partnerów".
Powyższe działanie wyklucza także argument odwołującego wskazany w punkcie II ust. 18 treści pisma z dnia 18

stycznia 2021 r, gdzie odwołujący podnosi, iż „Wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych które wynikają z zobowiązań podmiotów trzecich posiadają wartość gospodarczą. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy".
Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, iż dane o wartości realizowanych kontraktów, terminach realizacji, zakresie realizowanych projektów w przypadku projektów objętych reżimem prawa zamówień publicznych (a takie zostały wskazane w Wykazie usług) są jawne. Powyższe informacje są udostępniane przez zamawiających publicznych w toku prowadzonych postępowań, choćby przy czynności otwarcia ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej. Dane zawarte w Wykazie usług dotyczą projektów udzielanych w procedurze zamówień publicznych, które w ramach prowadzonych postępowań były publikowane na stronach internetowych zamawiających, podlegają udostępnieniu w trybie przewidzianym dla udostępniania informacji publicznych.
Mając na uwadze przedkładane przez odwołującego dokumenty na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności danych zawartych w Wykazie usług, zamawiający wyjaśnił, iż do pisma z dnia 18 stycznia 2021 r., załączono:
- wzór umowy dotyczącej powierzenia sprzętu oraz wykorzystywania komputera i telefonu służbowego w firmie Vitronic Machine Vision Polska sp. z o.o.;
- umowę o zachowaniu poufności pomiędzy Vitronic a Tioman sp. z o.o. sp. k
Treść wzoru umowy dotyczącej zasad korzystania ze sprzętu i telefonu służbowego w firmie Vitronic nie stanowi, w opinii zamawiającego, dowodu na okoliczność podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności informacji zawartych w Wykazie usług, tj. nie dowodzi, iż informacje o terminie, zakresie i wartości projektów wykonanych przez osoby trzecie wobec odwołującego, bo takie właśnie informacje są zawarte w Wykazie usług, stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, podmiotów udostępniających swój potencjał odwołującemu, w tym by były one objęte poufnością, zwłaszcza mając na względzie publiczny charakter przedmiotowych projektów.
Z treści przedstawionej umowy dotyczącej zachowania poufności, zawartej pomiędzy odwołującym i Tioman („Umowa o poufności") wiążącej tylko strony tej umowy wynika, zgodnie z brzmieniem par. 2 ust. 2 i 3, iż:
„2. Strony zobowiązują się, że nie ujawnią Poufnych Informacji jakiemukolwiek Podmiotowi jakiejkolwiek osobie trzeciej, z wyłączeniem Zamawiającego w związku z Postepowaniem, osób, będących pracownikami Strony lub jej przedstawicielami, lub pracownikami spółki powiązanej ze Stroną kapitałowo lub jej przedstawicielami, których zaangażowanie jest niezbędne w celu zapewnienia należytego prowadzenia Współpracy.
Strona otrzymująca Poufne Informacje obowiązana test do zawarcia i utrzymania w mocy stosownych umów o zachowaniu poufności ze swoimi pracownikami i przedstawicielami. którzy zgodnie z Umową będą mogli mieć dostęp do Poufnych Informacji. Zawarcie umów, o których mowa w zdaniu pierwszym powyżej nie jest konieczne, jeżeli umowy o zachowaniu poufności zostały już wcześniej zawarte lub jeżeli w umowach ze wskazanymi osobami znajdują się postanowienia dotyczące obowiązku zachowania poufności - pod warunkiem, że treść umów, o których mowa w zdaniu pierwszym lub postanowień dotyczących obowiązku zachowania poufności gwarantuje zakres i stopień ochrony na poziomie proporcjonalnym do niniejszej Umowy."
Powyższe zdaniem zamawiającego wskazuje, iż Umowa o poufności ma charakter wiążący dla odwołującego oraz Tioman Sp. z o.o. sp. r k. „z jednoczesnym i jednoznacznym wskazaniem prawa do udostępnienia poufnych informacji w rozumieniu definicji umownej zamawiającemu w związku z postępowaniem, „W konsekwencji. Wykonawca tak jak każdy podmiot zainteresowany udziałem w postępowaniu prowadzonym w reżimie prawa zamówień publicznych, składając ofertę powinien mieć świadomość konsekwencji jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej Izby:jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarcza wolał by nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa" (Wyrok KIO z dnia 7 października 2020 r., sygn. akt: 1975/20).
Zamawiający podkreślił, iż Umowa o poufności nie ogranicza żadnej ze stron do przekazania danych zamawiającemu w związku z postępowaniem z obowiązkiem zastrzeżenia poufności. Z treści przedmiotowej umowy nie wynika, by informacje poufne stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, czy podmiotu Tioman Sp. z o.o. sp. k., żadna ze stron tego nie oświadcza w Umowie o poufności. Umowa przewiduje jedynie obowiązek zawarcia umów o poufności przez każdą ze stron z jej pracownikami i przedstawicielami, którym udostępniane są Poufne Informacje w rozumieniu umowy.
Wbrew wskazaniu odwołującego w np. punkcie II ust. 16 obowiązek zachowania poufności wynika także z zawartych umów (…), iż Umowa o zachowaniu poufności zabrania mu przekazywania danych o przedmiocie zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w treści rzeczonej umowy. Dowodzi to, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólne, powierzchowne i nie znajduje pokrycia w przekazanym materiale dowodowym.
W świetle powyższego zdaniem zamawiającego nie sposób uznać za zasadne, iż Umowa stanowi dowód na okoliczność podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności informacji zawartych w Wykazie usług, Wykazie osób czy Wykazie robót budowlanych. Przedmiotowa umowa nie dowodzi, jakie informacje i dane zostały przekazane w jej zakresie, tj. stanowią element Informacji Poufnych w rozumieniu Umowy o poufności. Podkreślenia wymaga bowiem fakt, iż z zgodnie z brzmieniem
Par. 1 ust. 3:
„3.Strony ustalają, że Poufnymi Informacjami nie będą:
- informacje, które znajdowały się w posiadaniu Strony przed ich udostępnieniem przez drugą
Stronę, o ile zostały uzyskane w sposób zgodny z prawem,
- informacje, które Strona w sposób zgodny z prawem uzyskała od osób trzecich,"
Odwołujący nie wykazał kiedy, w jakich okolicznościach powziął wiedzę o informacjach zawartych w Wykazie usług, Wykazie robót budowlanych, Wykazie osób, tj. czy przedstawione w postępowaniu informacje mają charakter poufny w rozumieniu Umowy o poufności.
Powyższe w opinii zamawiającego dowodzi, iż bezpodstawnym jest twierdzenie zawarte w punkcie II ust. 20 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 18 stycznia 2021 r., wskazujące, iż odtajnienie podważałoby wiarygodność Vitronic w oczach naszych partnerów handlowych, utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dalszą współprace w przyszłości.
Ujawnienie tych informacji może narazić Vitronic na sankcje odszkodowawcze."
W opinii zamawiającego tego rodzaju próba uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji, podobnie jak inne jego ogólne stwierdzenia o wartości gospodarczej, handlowej i organizacyjnej informacji przekazywanych pismem z 18 stycznia 2021 r., zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajności informacji przedsiębiorstwa, mają jedynie charakter

subiektywny. „Z art. 8 ust. 3 p.z.p. jasno wynika, że zastrzeżeniu podlega informacja posiadająca określoną charakterystykę pozwalającą na obiektywnq ocenę, nie zaś wyrażone ogólnie subiektywne przekonania wykonawcy. Na wykonawcy spoczywa zatem obowiązek Ukazania zastrzeżenia konkretnej informacji podanej w konkretnym dokumencie w indywidualnych okolicznościach sprawy." (Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2021 r., sygn. akt: 3223/20).
Odnosząc się do treści informacji zawartych w Wykazie robót budowlanych zamawiający wyjaśnił, iż podtrzymuje powyższe wyjaśnienia złożone odnoście przedłożonego przez odwołującego dowodu w postaci Umowy o poufności regulującej zasady poufności jej Stron.
Zamawiający wskazał, iż Wykaz robót budowlanych zawiera informacje o przedmiocie projektu wykonanego przez Tioman Sp. z o.o. sp.k., czasie jego realizacji oraz jego wartości. Analogiczne dane zostały wskazane w w/w dokumencie odnośnie projektu odwołującego.
W konsekwencji na uwagę zasługuje okoliczność, iż informacja o realizacji prac, przez Tioman sp. z o.o. sp. k, w ramach wskazanej w Wykazie robót budowlanych inwestycji realizowanej w trybie zamówień publicznych jest powszechnie dostępna. Tioman sp. z o.o. sp. k widnieje na oficjalnej liście zatwierdzonych podwykonawców w ramach inwestycji dotyczącej budowy drogi ekspresowej S17 Warszawa - Garwolin, odc. w. Lubelska - Garwolin (tj. wskazanej w Wykazie robót budowlanych lp. 1 i 2). Informacja jest stale dostępna na oficjalnej stronie GDDKiA: http://s17-obwodnica-kolbieli.pl/podwykonawcy. W załączeniu zamawiający przedkłada wydruk z w/w strony GDDKiA, wskazując, na pozycję nr 59.
Odnosząc się do doświadczenia wskazanego w lp. 2 i 3 Wykazu robót budowlanych zamawiający, w ślad za jednolitym i ugruntowanym stanowiskiem Izby, wyjaśnia, iż: „użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze p.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do "wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek nie tylko jako przedstawienie pełnej argumentacji, ale też "dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter, przy wykorzystaniu dostępnych wykonawcy środków dowodowych. Wszelkie odstępstwa od zasady jawności powinny być bowiem wykazane, co należy rozumieć, jako nie tylko uzasadnione, ale też, w przypadku, gdy rodzaj informacji na to pozwala, udowodnione. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, na dokonywanie zastrzeżeń informacji zawartych w ofertach, bez konieczności podjęcia uprzednich konkretnych działań zapewniających zachowanie ich poufności, co mogłoby prowadzić do złamania kolejnych zasad postępowania o dzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, (Wyrok KIO z dnia 14 października 2020 r., sygn. akt: KIO 1747/20, Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1692/20).
W opinii zamawiającego ogólne wskazanie w punkcie II ust. 13, 14, 15 uzasadnienia pisma z dnia 18 stycznia 2021 r., iż informacje zawarte w Wykazie usług, robót budowlanych mają wartość handlową, organizacyjną, gospodarczą, pozwalają ustalić poziom posiadanego przez wykonawcę potencjału w danym sektorze, zachowanie ich poufności decyduje o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy, nie prowadzi do zgodnego z Pzp ustalenia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tego rodzaju ogólne argumenty może przedstawić każdy wykonawca. „Samo powołanie się przez wykonawcę na fakt, że informacje te mają dla niego określoną wartość, bez opisania ani w jaki sposób fakt ujawnienia tych informacji mógłby wpłynąć na działalność przystępującego a ponadto jakie ujemnie skutki wiązałyby się z ich ujawnieniem, należy uznać za niewystarczające dla dokonania zastrzeżenia tych danych jako tajemnica przedsiębiorstwa. (Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2020 r., sygn. akt: 3227/20).
Podkreślenia według zamawiającego wymaga, iż brak jest podstaw do ustalenia, iż potencjał podmiotów trzecich pozwala ustalić potencjał odwołującego w danym sektorze. Zamawiający nie wymagał wykazania w Wykazie usług i Wykazie robót budowlanych kompleksowego potencjału wykonawcy w danym sektorze, w tym z uwzględnieniem potencjału możliwego do zbudowania przy udziale podmiotów trzecich. Wykonawca nie podniósł, nie wykazał, by w ramach postępowania przedstawił cały swój potencjał. Teza, iż utrzymanie w poufności danych zawartych w Wykazie usług, robót budowalnych decyduje o przewadze konkurencyjnej nie została wykazana, uwiarygodniona. Teza została ograniczona do ogólnych subiektywnych ocen i oświadczeń odwołującego. Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udzielenia posiadanego potencjału w ramach danego postępowania nie jest równoznaczne z trwałym posiadaniem przedmiotowego potencjału przez odwołującego, nie staje się elementem doświadczenia odwołującego.
Zamawiający powołał wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019% sygn. akt: KIO 148/19.
Odnośnie wykazu usług zamawiający powołał wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 846/20.
Przechodząc do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie przedłożonych referencji potwierdzających należyte wykonanie usług i robót wykazywanych w ramach potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wskazał, iż z treści przedmiotowych dokumentów nie wynika, by podmiot wydający referencje jak i podmiot, na rzecz którego zostały one wydane zastrzegł obowiązek zachowania ich treści w poufności. Mając na uwadze cel uzyskiwania przez wykonawców referencji, tj. uzyskanie dowodu wymaganego dla wykazania warunków udziału w postępowaniach prowadzonych w reżimie prawa zamówień publicznych przyjęcie, iż przedmiotowe dokumenty wydano z zamiarem zachowania ich poufności nie znajduje uzasadnienia w praktyce jak i w świetle obowiązujących przepisów prawa, możliwych do przyjęcia domniemań prawnych czy faktycznych. Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z, dnia 13 listopada 2014 r., sygn. akt: V Ca 2953/14.
Zamawiający podkreślił, iż referencje przedłożone przez odwołującego w postępowaniu zawierają informacje przekazane w załączniku nr 1 i 2 do pisma odwołującego z dnia 15 października 2020 r., tj. zawierają opis projektu, wskazanie czasu ich wykonania, podmiotu realizującego projekt oraz podmiotu, na rzecz którego projekt został zrealizowany.
Zarzut w zakresie braku podstaw do uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do referencji przedłożonych dla wykazania należytego wykonania usług za nieskuteczne, mając na uwadze opisane w treści powyżej okoliczności odtajnienia przedmiotowych informacji po zakończeniu posiedzenia Izby w sprawie o sygn. akt. KIO 3307/20 jest spóźniony, dodatkowo niezasadny, co w opinii zamawiającego zostało szczegółowo uzasadnione w niniejszej odpowiedzi na odwołanie zarówno w odniesieniu do referencji przedłożonych dla wykazania należytego wykonania usług jak i robót budowlanych.
Mając na uwadze powyższe, w toku postępowaniu, zamawiający słusznie ocenił, iż nieskuteczne dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentów wskazanych w odwołaniu oraz w piśmie odwołującego z dnia 18 stycznia 2021 r., tj. działając zgodnie z Pzp uznał, iż brak jest podstaw do utajnienia Wykazu usług, robót budowlanych jak i referencji.
Odnosząc się do braku skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w Wykazie osób zamawiający podniósł, iż w zakresie potencjału kadrowego wymagał, aby wykonawca wskazał osobę, która pełniła funkcję kierownika w określonym zakresie, tj. oczekiwał wskazania imienia i nazwiska jednej bądź dwóch osób oraz przedstawienia opisu doświadczenia

względem konkretnych czynności. Zatem zakres wymaganych danych i informacji jest bardzo ograniczony, a wykonawca nie ma obowiązku ujawnienia całego doświadczenia zawodowego kandydata, uprawniony jest do wskazania jedynie opisu części jego doświadczenia, tj. w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
Zamawiający podniósł, iż uczestnicy postępowań często podejmują próby zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykazu osób, które zostaną oddelegowane do realizacji zamówienia, argumentując to w sposób analogiczny do uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, tj. m. in. ryzykiem wrogiego przejęcia pracowników. Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza, aby skorzystać z takiej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykonawca musiałby szczegółowo wykazać „czy w ogóle zetknął się z taką praktyką, jakiej liczby osób w jego firmie to dotyczyło, a także czy wskazany w dokumentach składanych wraz z ofertą i na wezwanie zamawiającego personel oraz jego doświadczenie miało charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego". (Wyrok KIO z dnia 24 maja 2019 r. KIO 860/19).
W stosunku do ustawicznie powtarzanej przez wykonawców argumentacji o "podkupowaniu' personelu, podwykonawców powołał wyrok KIO 20 marca 2017 r., sygn. akt: 2113/16.
Zamawiający powołał także wyrok KIO z dnia 6 lutego 2019 r., sygn. akt: 131/19.
Zamawiający wskazał, iż w jego opinii, wykonawca nie wykazał, iż ograniczona ilość danych przedstawiana w zastrzeżonych dokumentach miała wartość gospodarczą. Uzasadnienie wykonawcy przedstawione w przedmiotowym zakresie zarówno w piśmie z 18 stycznia 2021 r. jak i w odwołaniu jest ogólne, lakoniczne i nie poparte żadnymi dowodami. Wykonawca nie wykazał doznania zjawiska podkupienia pracowników, wrogiego ich przejęcia. Wykonawca w sposób dość ogólny podał, że informacje zawarte w wykazach mają wartość gospodarczą, bo mają istotny wpływ na budowanie pozycji i konkurencyjności spółki na rynku, są kluczowe z punktu widzenia Wykonawcy. W ślad za opinią Izby zamawiający uznał, iż „o ile rzeczywiście informacje z wykazu osób obejmujące wykształcenie i doświadczenie kadry mogą potencjalnie mieć dla wykonawcy pewną wartość gospodarczą, to jednak w tym postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawca (...) nie wykazał, iż taka sytuacja wystąpiła. Powołał wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 846/20.
Zamawiający wskazał na wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 863/17, wyrok KIO z dnia 26 listopada 2018 r., sygn. akt: 2319/18).
Wykonawca nie wykazał, by utajnienie Wykazu osób dokonane zostało za wiedzą i aprobatą zainteresowanych osób.
Podsumowując zamawiający słusznie ocenił brak skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji zawartych w Wykazie osób.
Zamawiający podniósł, iż nie znajduje uzasadnienia stanowisko odwołującego przedstawione w ramach uzasadnienia zarzutu nr 1, w punkcie 11 i następnych (strona 12 i następne odwołania) treści odwołania w zakresie zarzutu ogólnego charakteru i braku merytorycznej oceny zawartości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez odwołującego. W piśmie z dnia 11 lutego 2021 r. zamawiający szczegółowo wyjaśnił powody, dla których, w jego opinii, w świetle PZP zobligowany był do uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
Odnosząc się do zarzucanego zamawiającemu braku konsekwencji postępowania przez odwołanie się do równolegle prowadzonych postępowań, zamawiający wyjaśnił, iż czynności podejmowane w ramach innych postępowań nie stanowią zarzutów odwołania, w tym w szczególności nie prowadzą do wykazania skutecznego w świetle PZP zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie objętym pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. Odwołujący nie wykazał, w tym nie uwzględnił w przedstawionych zarzutach, iż sposób procedowania innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia przepisów Pzp, w szczególności stanowiących przedmiot zarzutów odwołania.
Odwołujący w punkcie 22 uzasadnienia do zarzutu nr 1 odwołania, przytaczając orzeczenie ETS wyjaśnia, iż „ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ponadto zarówno ze względu na swój charakter, jak i zgodnie z systemem regulacji wspólnotowych w omawianej dziedzinie postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych oparte są na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a uczestniczącymi w nich podmiotami gospodarczymi. Podmioty te powinny móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te przekażą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym podmiotom szkody", dalej wskazuje, iż z uwagi na powyższe ograniczył się do niezbędnego minimum zakresu zastrzeżenia przedkładanych informacji. Odwołujący wyjaśnił, iż zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie w zakresie 5 spośród 66 złożonych dokumentów.
Odnosząc się do powyższego, zamawiający wskazał, iż o skuteczności i zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wyłączeniu jawności informacji i dokumentów, składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie decyduje ilość zastrzeżonych dokumentów, zakres i wielkość ich skali na tle ogółu dokumentów przedkładanych przez wykonawcę dla potrzeb wykazania spełnienia warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia z postępowania.
Dowód przywołany na stronie 14 odwołania, stanowiący załącznik nr 4, w zakresie w jakim odwołujący przywołuje go na okoliczność ilości dokumentów zastrzeżonych przez odwołującego jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia skuteczności dokonania zastrzeżenia pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. Zamawiający nie kwestionuje ilości zastrzeżonych dokumentów tylko skuteczność dokonanego zastrzeżenia w świetle Pzp. Stwierdzenie odwołującego (punkt 27 uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołania) w brzmieniu: „Odwołujący dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie w niezbędnym zakresie, czyniąc tym samym zadość zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego." nie uzasadnia ograniczenia jawności postępowania w świetle art. 8 Pzp, w tym nie dowodzi zasadności zarzutu jego naruszenia przez zamawiającego. Dobór sposobu wykazania elementów niezbędnych dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy do odwołującego, który w konsekwencji ponosi ryzyka poprawności podjętych działań.
Odnosząc się do wyjaśnień odwołującego zawartych zarówno w piśmie z 18 stycznia 2021 r. jak i w uzasadnieniu odwołania, wskazujących, iż wartość gospodarcza informacji zawartych w Wykazie usług, Wykazie robót budowlanych, referencjach, Wykazie osób wyraża się m.in w ich szczególnym zestawieniu, odnosząc się do wskazania, iż przedmiotowe informacje zostały opracowane specjalnie na potrzeby prowadzonego postępowania, podkreślenia, iż pozyskanie przedmiotowych informacji było trudne i czasochłonne „co całościowo buduje przewagę konkurencyjną odwołującego nad innymi podmiotami działającymi w branży, czego konsekwencją było złożenie przez odwołującego oferty w postępowaniu" (strona 20 odwołania punkt 47-49). Zamawiający podnosi, iż każdy wykonawca zainteresowany

złożeniem oferty w danym postępowaniu, w tym w postępowaniu związanym z niniejszym odwołaniem musi poświecić czas, ustalić zakres posiadanego potencjału, zakresy wymaganego do uzyskania potencjału, tj. brakującego danemu podmiotowi dla potrzeb wykazania spełnienia ustalonych warunków udziału. Tego rodzaju działania nie stanowią w opinii zamawiającego „unikalnego zestawienia projekt'" (jak wskazano w punkcie II ust. 24 pisma z 18 stycznia 2021 r.). W opinii zamawiającego informacje przedkładane w ofercie, w dokumentach składanych zgodnie z wymaganiami SIWZ nie stanowią informacji przetworzonej w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej.
Informacją prostą, a nie przetworzoną jest informacja, którą podmiot zobowiązany może udostępnić w takiej formie w jakiej ją posiada, przy czym jej wyodrębnienie ze zbiorów informacji (rejestrów, zbiorów dokumentów, akt postępowań), nie jest związane z koniecznością poniesienia pewnych kosztów osobowych lub finansowych trudnych do pogodzenia z bieżącymi działaniami zobowiązanego do udzielenia informacji podmiotu. Informacja prosta nie zmienia się w informację przetworzoną przez proces przekształcenia. Wymagane jest za to jej przetworzenie. Przetworzenia informacji nie stanowi sięganie do materiałów archiwalnych.
2. Wyszukanie prostej informacji w elektronicznych bazach danych w zakresie występowania tam konkretnych podmiotów oraz ustalenie wartości zamówień na podstawie posiadanych dokumentów, nie stanowi informacji przetworzonej.” (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 25 października 2012 r., sygn. II SAB/Kr 140/12).
Powołał też wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 02 lipca 2020 r., sygn. II SA/Ol 309/20, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 października 2020 r., sygn. I OSK834/20.
Mając na uwadze powyższe rozumienie pojęcia informacji prostych i przetworzonych, zamawiający podniósł, iż po pierwsze informacje zawarte w dokumentach zastrzeżonych przez odwołującego były upublicznione w zakresie informacji dotyczących projektów realizowanych w reżimie zamówień publicznych, na co zamawiający wskazywał w treści niniejszego pisma. Dodatkowo, przedmiotowe informacje podlegają udostępnieniu w trybie informacji publicznej. Fakt łącznego przedstawienia potencjału wymaganego dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu w formie tabeli opracowanej przez zamawiającego, określającej zakres wymaganych danych nie prowadzi do przetworzenia informacji prostych, w tym do powstania informacji podlegającej szczególnej ochronie jako informacja przetworzona.
Podsumowując „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”. (Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2020 r., sygn. akt: 3061/20).
Odnosząc się do zarzutu niezgodnego z w/w przepisami prawa podjęcia decyzji o udostępnieniu innym wykonawcom, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, informacji i dokumentów złożonych w toku postępowania przez odwołującego, zamawiający wskazał, iż przedmiotowy zarzut jest niezasadny i podlega oddaleniu.
Zamawiający wyjaśnia, iż złożone wraz z ofertą odwołującego dokumenty, tj. zobowiązania podmiotów trzecich w przedmiocie udzielenia odwołującemu potencjału zawodowego, przywołane w punkcie 74 na stronie 27 odwołania dokumenty, tj. Wykaz usług, Wykaz robót budowalnych, Wykaz osób, opis zdolności kredytowej udostępnianej przez podmiot trzeci to dokumenty, które podlegają udostępnieniu pozostałym uczestnikom postępowania przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Powyższe wynika zarówno z zasady jawności postępowania ustalonej w art. 8 ust. 1 Pzp jak i treści art. 96 ust. 2 i 3 Pzp. Wszelkie oświadczenia, dokumenty, wyjaśnienia, w tym składane na wezwanie z art. 26 ust. 3 i4 Pzp, na podstawie art. 87 ust 1 Pzp „nie stanowią innych dokumentów składanych przez zamawiającego i wykonawców, o których mowa w art. 96 ust. 2, ponieważ dokumenty te są de facto treścią ofert (sensu largo), do których zamawiający i wykonawcy powinni mieć dostęp bezpośrednio po otwarciu ofert” (patrz. Kom. Pod red. E Nowicki do prawa zamówień publicznych).
Jak wyjaśnił Wojewódzki Sąd Administracyjny „Literalne brzmienie art. 96 ust. 1 wskazuje na obowiązek sporządzania protokołu na bieżąco, a zasada jawności wyrażona w art. 96 ust. 3 nakazuje udostępniać protokół bez żadnych ograniczeń czasowych, a więc tuż w trakcie sporządzania. jedynie oferty udostępnia. się od chwili ich otwarcia, gdyż do tego momentu, zgodnie z art. 86 ust. 1, z zawartością ofert nie można się zapoznać, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert (ostatecznych), a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu są jawne od chwili przekazania informacji o wynikach oceny wniosków.
(Wyrok WSA w Łodzi z dnia 14.10.2016 r., 11 SAB/Łd 190/16, LEX nr 2154477).
Zamawiający wskazuje, iż brak jest uzasadnienia dla przyjęcia poglądu prezentowanego przez odwołującego o odrębności wobec oferty zobowiązań podmiotów trzecich udzielających potencjału, czy innych dokumentów, oświadczeń składanych w toku postępowania.
„Pojęcie "oferta” w prawie zamówień publicznych jest traktowane funkcjonalnie i odnosi się bądź to do samego oświadczenia woli, bądź łącznie do tego oświadczenia i składanych wraz z nim załączników. przy czym załącznikami stanowiącymi elementy oferty są informacje zawarte w dokumentach żądanych na podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, takich może żądać zamawiający od wykonawcy.” (Wyrok KIO z dnia 13 października 2020 r., sygn. akt: 2417/20).
Odwołujący błędnie przyjmuje, iż postanowienia art. 96 ust. 3 Pzp ograniczają jawność postępowania de facto co do kluczowych informacji, dokumentów składanych w toku postępowania do daty wyboru oferty najkorzystniejszej. W świetle w/w przepisu prawa protokół wraz z załącznikami jest jawny, załączniki ujawnia się najwcześniej od chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz przedmiotowe ograniczenie czasowe jawności postępowania nie dotyczy oferty, która podlega ujawnieniu z chwilą otwarcia ofert.
Dodatkowo zamawiający wskazał, iż zgodnie z punktem 5.5 SIWZ „Ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” (Formularz OF,O.), Formularz cenowy (Formularz OF.I) oraz dokumenty wymienione w Warunkach szczególnych SIWZ.”
Zgodnie z punktem 5.6 SIWZ:
Wraz z ofertą powinny być złożone:
5.6.1. oświadczenia wstępnie potwierdzające brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu
5.6.2. pisemne zobowiązanie innego podmiotu, w przypadku, w którym Wykonawca polega na jego zdolnościach

technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej wraz z dokumentami potwierdzającymi okoliczności, o których mowa w Części II SIWZ,
5.6.3. pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie umowa o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo
5.6.4, pełnomocnictwo do podpisania oferty - o ile uprawnienie do podpisania oferty nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą;
5.6.5 dowód wniesienia wadium, jeżeli wadium jest wymagane zgodnie z postanowieniami
Warunków szczególnych SIWZ,'
5.6.6 uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli Wykonawca zastrzega określone informacje składane wraz z ofertą jako tajemnica przedsiębiorstwa, stosownie do zapisów zawartych w punkcie 5.8.1 siwz"
Zgodnie z brzmieniem punktu 20 Formularza Ofertowego mającego zastosowanie w postępowaniu:
„20. załącznikami do oferty są:
1)Formularz cenowy OF.I;
2)pisemne zobowiązanie do udostępnienia zasobów*'
Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż treść oferty nie jest ograniczona do Formularza Ofertowego, co stara się wykazać odwołujący, wbrew wymaganiom SIWZ i obowiązującym przepisom Pzp.
Podsumowując, w toku postępowania zamawiający nie podjął decyzji prowadzącej do naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp.
Zamawiający wniósł o oddalenie wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentów stanowiących załącznik nr 7-1 lb odwołania. Przedmiotowy materiał dowodowy jest spóźniony. Odwołujący zobowiązany był do wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 8 Pzp, z chwilą przedkładania dokumentów i dokonywania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedkładanie dokumentów w toku postępowania odwoławczego nie może stanowić podstawy do oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. Dodatkowo zamawiający wskazuje, iż dokument stanowiący załącznik nr 16 do odwołania wystawiony został w dniu 22 lutego 2021 r., tj. po dacie dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie dokumentów przedkładanych w dniu 18 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem sporu jest zakres dokumentów uznanych przez zamawiającego jako nieskutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i odmowa udostępnienia dokumentacji innych wykonawców i tylko w tym zakresie Izba poczyni ustalenia.
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. oferty odwołującego, wyjaśnień ceny rażąco niskiej z dnia 4 grudnia 2020 r., odpowiedzi na wezwania do uzupełniania dokumentów z dnia 18 stycznia 2021 r., pism zamawiającego z dnia 11 lutego 2021 r., dowodów dołączonych do odwołania.
Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:
W dniu 15 października 2020 r. odwołujący złożył w ofercie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i jego jawne streszczenie, które to streszczenie Zamawiający będzie mógł udostępnić osobom trzecim:
a. Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę Tioman sp. z.o.o. sp. k.;
- dokument zawierający oświadczenie o udostępnieniu zdolności zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia wraz ze wskazaniem szczegółów dot. referencyjnego projektu.
b. Załącznik nr 2 „Wykaz osób udostępnionych w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę Tioman sp. z.o.o. sp. k.;
- dokument zawierający wykaz osób udostępnianych w ramach zdolności zawodowej w zakresie potencjału kadrowego.
c. Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę VETRO Verkehrselektronik GmbH;
- dokument zawierający oświadczenie o udostępnieniu zdolności zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia wraz ze wskazaniem szczegółów dot. referencyjnego projektu.
d. Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę REKON M. B.;
- dokument zawierający oświadczenie o udostępnieniu zdolności zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia wraz ze wskazaniem szczegółów dot. referencyjnego projektu.
e. Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę Mark Electronics sp. z o.o. sp. k.;
- dokument zawierający oświadczenie o udostępnieniu zdolności zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia wraz ze wskazaniem szczegółów dot. referencyjnego projektu.
f. Załącznik nr 1 „Zdolność kredytowa" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez firmę VITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH, zastrzeżenie dot. obu wersji językowych tj. zarówno wersj polskiej i angielskiej.
- opinia bankowa wystawiona na rzecz VITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH wskazująca m.in informacje dot. oceny kredytowej i sytuacji finansowej firmy.
Do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączono dwa objęte tajemnicą załączniki mające służyć jako dowód na poufność informacji i brak jej udostępnienia osobom trzecim tj. umowę o zachowaniu w poufności i umowę o powierzenie sprzętu.
W dniu 23 grudnia 2020 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznej o udostępnienie całości korespondencji prowadzonej z pozostałymi wykonawcami w okresie od 1 grudnia 2020 r. do złożenia wniosku, w szczególności wezwań, wniosków, oświadczeń i wyjaśnień.
W dniu 31 grudnia 2020 r. zamawiający poinformował, że zamierza odtajnić dokumenty złożone w postępowaniu wraz z ofertą odwołującego, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. zawierające opis projektów udostępnionych w ramach zdolności zawodowej, wykaz osób udostępnionych przez podmioty trzecie w ramach zdolności zawodowej, dokumenty dotyczące zdolności kredytowej. Zamawiający poinformował, że odtajnienie dokumentów nastąpi po zakończeniu postępowania wszczętego na skutek odwołania złożonego przez Wykonawcę Kapsch Telemetic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 14 grudnia 2020 r., odnoszącego się z zarzutach do braku podstaw do wyłączenia jawności dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę VIATRONIC Machne Vision Polska Sp. z o.o. w ramach uzasadnienia tajemnicy lub po przekazaniu przez wykonawcę potwierdzenia, że ww. informacje w stanie faktycznym nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w zależności od tego, które z w/w okoliczności wystąpi jako pierwsze.

W dniu 7 stycznia 2021 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego do złożenia, aktualnych na dzień składania oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, określonych w Części II SIWZ (Warunki Szczególne) lit A pkt 7 oraz pkt 11., w terminie do dnia 18 stycznia 2021 r.
W dniu 18 stycznia 2021 r. odwołujący złożył wymagane dokumenty obejmując dokumenty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i jednocześnie załączając streszczenie, które zamawiający będzie mógł udostępnić osobom trzecim:
a. Wykaz usług sporządzony na formularzu DP.2, składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- dokument zawierający zestawienie usług zrealizowanych przez Wykonawcę oraz podmioty trzecie wraz z informacjami dot. m.in. podmiotu na rzecz którego usługi były realizowane, przedmiotu usług, ich wartości oraz czasu realizacji.
Przy czym dla warunku cz. II 1.1.1.1a siwz w poz. 1 opisano usługę udostępnioną przez VETRO Verkehrseletronik GmbH, informacją szerszą niż w opisie jest wskazanie adresu zamawiającego, na czym polegała usługa, co odpowiada brzmieniu siwz cz. II pkt. 1.1.1.1a, oraz wartości,
W poz. 2 opisano usługę udostępnioną przez Mark Elektronics sp. z o.o. sp. k. informacją szerszą niż w opisie jest wskazanie adresu zamawiającego, na czym polegała usługa, co odpowiada brzmieniu siwz cz. II pkt. 1.1.1.1a, oraz wartości i numeru umowy
Przy czym dla warunku cz. II 1.1.1.1b siwz w poz. 1 opisano usługę udostępnioną przez VETRO Verkehrseletronik GmbH, informacją szerszą niż w opisie jest wskazanie adresu zamawiającego, na czym polegała usługa, co odpowiada brzmieniu siwz cz. II pkt. 1.1.1.1b, oraz wartości,
W poz. 2 opisano usługę udostępnioną przez Mark Elektronics sp. z o.o. sp. k. informacją szerszą niż w opisie jest wskazanie adresu zamawiającego, na czym polegała usługa, co odpowiada brzmieniu siwz cz. II pkt. 1.1.1.1b, oraz wartości i numeru umowy
W poz. 3 opisano usługę udostępnioną przez TIOMAN sp. z o.o. sp.k. informacją szerszą niż w opisie jest wskazanie adresu zamawiającego, na czym polegała usługa, co odpowiada brzmieniu siwz cz. II pkt. 1.1.1.1b, oraz wartości i numeru umowy
b. Referencje potwierdzające należyte wykonanie usług ujętych w Wykazie usług,
- dokumenty potwierdzające należyte zrealizowanie ujętych w Wykazie usług pozycji wraz z informacjami dot. m.in. podmiotu na rzecz którego usługi były realizowane, przedmiotu usług, ich wartości oraz czasu realizacji.
c. Wykaz robót budowlanych sporządzony na formularzu DP.3, składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- dokument zawierający zestawienie robót budowlanych zrealizowanych przez Wykonawcę oraz podmioty trzecie wraz z informacjami dot. m.in. podmiotu na rzecz którego roboty były realizowane, przedmiotu robót, ich wartości oraz czasu realizacji.
przy czym z poz. 1 wykazu wynika usługa udostępniona przez TIOMAN sp. z o.o. sp. k. informacją szerszą niż w opisie jest wskazanie adresu zamawiającego, oraz wartości i numeru umowy i nazwy tej umowy, a opis odpowiada zakresowi wskazanemu w opisie
W poz. 2 wykazu wynika usługa udostępniona przez TIOMAN sp. z o.o. sp. k. informacją szerszą niż w opisie jest wskazanie adresu zamawiającego, oraz wartości i numeru umowy i nazwy tej umowy, a opis odpowiada zakresowi wskazanemu w opisie
W poz. 3 robota zrealizowana przez odwołującego na rzecz podmiotu prywatnego,
W poz. 4 robota zrealizowana na rzecz zamawiającego publicznego.
d. Referencje potwierdzające należyte wykonanie robót ujętych w Wykazie robót budowlanych, - dokumenty potwierdzające należyte zrealizowanie ujętych w Wykazie robót budowlanych pozycji wraz z informacjami dot. m.in. podmiotu na rzecz którego roboty były realizowane, przedmiotu robót, ich wartości oraz czasu realizacji.
e. Wykaz osób sporządzony na formularzu DP.4, składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- dokument zawierający wykaz osób skierowanych realizacji Zamówienia.
- przy czym są to osoby wskazane z imienia i nazwiska w opisie TIOMAN, dane dodatkowe, których nie ma w opisie to informacje dotyczące zakresu doświadczenia.
W dniu 19 stycznia 2021 r. odwołujący ponowił wniosek o udostępnienie mu korespondencji z innymi wykonawcami. Kolejny taki wniosek odwołujący złożył 3 lutego 2021 r.
W dniu 11 lutego 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o tym, że zamierza odtajnić dokumenty:

1. Złożone pismem z 4 grudnia 2020 r., jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego w zakresie wyjaśnienia dotyczącego sposobu wyliczenia ceny - zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa:
   - Treść wyjaśnień wykonawcy wraz z załącznikami, oraz

2.złożone pismem z 18 stycznia 2021 r., jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa:
- wykaz usług sporządzony na formularzu DP.2, składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz usług"),
- referencje potwierdzające należyte wykonanie usług ujętych w Wykazie usług,
- wykaz robót budowlanych sporządzony na formularzu DP.3, składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz robót budowlanych"),
- referencje potwierdzające należyte wykonanie robót ujętych w Wykazie robót budowlanych,
- wykaz osób sporządzony na formularzu DP.4, składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz osób"), a także oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty stanowiące załącznik do uzasadnienia objęcia tajemnica przedsiębiorstwa:
- umowa dotycząca powierzenia sprzętu oraz wykorzystywania komputera i telefonu służbowego w firmie VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o.2
- umowa o zachowaniu poufności pomiędzy Vitronic a Tioman sp. z o.o. sp. k.
Zamawiający podniósł, że dokonał analizy pism wykonawcy z dnia 4 grudnia 2020 r. oraz z dnia 18 stycznia zawierających uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odnośnie dokumentów wyszczególnionych powyżej. Zamawiający uznał, iż dokonane przez wykonawcę zastrzeżenie objęcia ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest skuteczne bowiem utajnione dokumenty jako całość, jak i samodzielnie, nie zawierają informacji, danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz.1913; dalej: „Ustawa"). W świetle definicji wynikającej z ww.

przepisu prawa, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Jak wynika z ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, aby dane informacje zostały objęte poufnością, w tym w szczególności w procesie zamówień publicznych, którego naczelną zasadą jest zasada jawności postępowania, informacje muszą mieć oznaczony przez ustawodawcę charakter, wartość gospodarczą, a podmiot zainteresowany objęciem ich poufności musi wykazać, iż podjął działania prowadzące do skutecznego zachowania ich poufności. „Dla uznania informacji za "tajemnicę przedsiębiorstwa" muszą być spełnione 2 przesłanki: formalna, jak i materialna. Przesłanka formalna dotyczy podjętych przez przedsiębiorcę konkretnych działań w celu zachowania poufności informacji. Nie jest zatem wystarczające przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że dane te mają charakter poufny, ale konieczne jest wykazanie faktu zastrzeżenia przez przedsiębiorcę poufności danych. Przesłanka materialna odnosi się natomiast do treści informacji (danych technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub innych posiadających dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą), których ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy.” (Wyrok Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt: IISa/Rz 1266/19). Zamawiający, w ślad za orzecznictwem sądów powszechnych, wyjaśnia, iż „Samo zastrzeżenie poufności nie jest wystarczające dla uznania, że obiektywnie występuje stan, który stanowi tajemnicę przedsiębiorcy. Nadto nieujawniona, poufna i zabezpieczona informacja musi mieć charakter informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej lub innej posiadającej wartość gospodarczą).” (Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. akt: IV Sa/Wr). „Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda ustawowo chroniona tajemnica, ma charakter obiektywny, nie można zatem istnienia takiej tajemnicy subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę.” (Wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 maja 2020 r., sygn. akt: VI SA/Wa 2590/19). Podsumowując, w opinii zamawiającego nie budzi wątpliwości fakt, iż przyczyna wyłączenia jawności musi mieć charakter obiektywny. Przechodząc na grunt regulacji przewidzianych ustawą Pzp, zamawiający podkreślił, iż podstawową zasadą prawa zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania. W konsekwencji, wykonawca tak jak każdy podmiot zainteresowany udziałem w postępowaniu prowadzonym w reżimie prawa zamówień publicznych, składając ofertę powinien mieć świadomość konsekwencji jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy. Jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej Izby: jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnice przedsiębiorstwa (Wyrok KIO z dnia 7 października 2020 r., sygn. akt: 1975/20). Podkreślenia wymaga również fakt, iż zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczalne jest tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z brzmieniem 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 o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, iż nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie zamawiającego, wykonawca zastrzegając poufność informacji, nie spełnił ciążącego na nim obowiązku wykazania, iż konkretne przedmiotowe, zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca jak i podmioty trzecie, których dotyczą zastrzeżone informacje podjęły działania gwarantujące utrzymanie ich poufności. Zamawiający, w ślad za jednolitym i ugruntowanym stanowiskiem Izby, wyjaśnia, iż: użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze p.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do "wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek nie tylko jako przedstawienie pełnej argumentacji, ale też "dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter, przy wykorzystaniu dostępnych wykonawcy środków dowodowych. Wszelkie odstępstwa od zasady jawności powinny być bowiem wykazane, co należy rozumieć, jako nie tylko uzasadnione, ale też, w przypadku, gdy rodzaj informacji na to pozwala, udowodnione. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, na dokonywanie zastrzeżeń informacji zawartych w ofertach, bez konieczności podjęcia uprzednich konkretnych działań zapewniających zachowanie ich poufności, co mogłoby prowadzić do złamania kolejnych zasad postępowania o dzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (Wyrok KIO z dnia 14 października 2020 r., sygn. akt: KIO 1747/20, Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1692/20). Zamawiający jako organizator postępowania podległego reżimowi zamówień publicznych został zobligowany przez ustawodawcę do badania czy w okolicznościach konkretnego postępowania/przypadku wystąpiła przesłanka uzasadniająca zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz do ustalenia czy zachodzą podstawy do ograniczenia jawności postępowania w zakresie wnioskowanym przez wykonawcę. „Skoro więc skuteczność dokonanego przez wykonawcę, nawet w wymaganym terminie, zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania, została uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to oczywiste jest, iż właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiła omawiana przesłanka. (...) Jego obowiązkiem jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i u.z.n.k., którego interpretację zawiera ustabilizowane już orzecznictwo” (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67 i z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59). Wykonawca w przedstawionych uzasadnieniach zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazuje, że informacje zawarte w części tych dokumentów oraz załączników do nich, zawierają istotną wartość gospodarczą oraz stanowią wartość organizacyjną i handlową. Wykonawca wskazuje powyższe jedynie w sposób ogólny, bez wykazania że dokumenty zawierają tajemnice przedsiębiorstwa, w szczególności przez przedstawienie konkretnych dowodów, że taka sytuacja ma miejsce. Mając na uwadze uzasadnienie tajemnicy przedstawione przez wykonawcę, charakter objętych zastrzeżeniem tajemnicy dokumentów i zawartych w nim informacji oraz przedłożony materiał dowodowy, zamawiający wskazał, iż wykonawca wbrew ustawowemu zobowiązaniu nie wykazał wdrożenia środków stosowanych dla potrzeb zachowania poufności dokumentów, jak na przykład wewnętrzne procedury, klauzule w umowach o prace, umowy o poufności. W konsekwencji zamawiający, w ślad za opinią Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, iż wykonawca „nie sprostał ciężarowi wykazania przesłanek ustawowych. Samo powoływanie się na klauzule poufności z pracownikami, współpracownikami oraz kontrahentami bez udowodnienia, że takie postanowienia istnieją, a nawet bez wykazania, że taka umowa została faktycznie zawarta nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. W ocenie Izby nie wystarczy jedynie twierdzenie wykonawcy, niezbędne jest przedłożenie konkretnych

dowodów, lecz na etapie zastrzegania informacji, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym." (Wyrok KIO z dni 5 czerwca 2020 r., znak: KIO 458/20). Wykonawca nie przedstawił konkretnych dowodów w powyższym zakresie na dzień zastrzegania tajności informacji zawartych w dokumentach. Odnosząc się do dokumentów podmiotów trzecich – przedstawione oferty ww. firm, wskazać należy, iż brak jest przedstawienia jakichkolwiek dowodów by Wykonawca lub podmioty udostępniające swe zasoby podjęły konkretne działania prowadzące do zachowania poufności informacji zawartych w załączonych dokumentach. Brak jest dowodu na okoliczność objęcia poufnością informacji dotyczących składanych ofert przez przedmiotowe podmioty jak i brak dowodu na okoliczność zobowiązania Wykonawcy przez ww. podmioty do zachowania poufności danych tj. konkretnych informacji przedkładanych w postępowaniu. Przedstawiony jako dowód przez wykonawcę dokument - umowa o zachowaniu poufności pomiędzy Vitronic a Tioman sp. z o.o. sp. k. ma charakter szeroki, ogólny i dotyczy nieskonkretyzowanych informacji zwanych informacjami poufnymi, które dotyczą każdej ze stron. Nie wynika z niego, że strony zobowiązały się do zachowania poufności dotyczącej konkretnie tych informacji, które zostały przedstawione w składanej u zamawiającego dokumentacji dotyczącej niniejszego postępowania. Z dokumentu tego wynika tylko, że strony będą dopiero badać jakie skutki ma ujawnienie informacji oraz ewentualnie stosować sankcje wobec drugiej strony (patrz zapisy § 4 umowy, w którym użyto otwartych sformułowań – „może żądać", nie obligujących żadnej ze stron do konieczności stosowania konkretnej sankcji). Niezależnie od powyższego w ww. umowie przedstawionej jako dowód, w § 2 ust 3, istnieje zapis o obowiązku zawierania i utrzymywania umów o zachowaniu poufności ze swoimi pracownikami i innymi osobami, a jednak wykonawca na potwierdzenie powyższego nie przedstawił ani jednej zawartej z kimkolwiek umowy o zachowaniu poufności w zakresie przedstawionych przez Wykonawcę w postepowaniu dokumentów. Wykonawca jako drugi dowód przedstawił wzór umowy powierzenia sprzętu oraz wykorzystywania komputera i telefonu służbowego w firmie VITRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o. Należy zauważyć, że jest to jedynie niewypełniony i niepodpisany wzór i nie potwierdza on, że osoby mające dostęp do danych zawartych w składanych w postępowaniu dokumentach ze strony wykonawcy lub podmiotów trzecich były zobligowane do stosowania określonych w nim obostrzeń. Powyższe nie może więc stanowić dowodu na okoliczność ziszczenia ustawowych przesłanek ograniczenia jawności postępowania.
Zamawiający podniósł, iż uzasadnienie przesłanki dotyczącej wartości gospodarczej zastrzeżonych danych wykonawcy „miało charakter ogólny, sprowadzający się w istocie do obaw wykonawcy przed spadkiem konkurencyjności, utratą kontraktów o podobnym charakterze, czy też pogorszenia sytuacji finansowej. Zdaniem Izby Konsorcjum nie wykazał, iż dobór podmiotu udostępniającego zasoby czy też dobór podwykonawcy w przedmiotowej sprawie ma wartość gospodarczą z uwagi na jakąś szczególną specyfikę tych podmiotów. Ponadto taką specyfikę należałoby szczegółowo opisać i poprzeć dowodami wskazującymi np. że pozyskanie, danego podmiotu wiązało się z pozyskaniem wyjątkowej oferty, albo że dany podmiot dysponuje nowym, nieznanym rozwiązaniem itp. Jednocześnie Konsorcjum nie wykazało, iż zasoby podmiotu trzeciego/podwykonawcy posiadają jakieś szczególne umiejętności czy oferty do których dostęp jest utrudniony i które powodują, że tylko ww. wykonawca może z tymi podmiotami współpracować." (Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 11/20) Zamawiający podkreślił, jak wyjaśniła Izba, że: „Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana, traktowana rozszerzająco (…). Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 4 u.z.n.k." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt: 260/19). Podsumowując, w opinii zamawiającego, wykonawca nie wykazał, by informacje zawarte w dokumentach złożonych w dniu 4 grudnia 2020 r na wezwanie zamawiającego stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy Pzp i uzasadniały wyłączenie jawności postępowania. Udostępnienie ww. dokumentów nastąpi na wniosek wykonawców uczestniczących w postępowaniu, nie wcześniej jednak niż po upływie terminu na wniesienie przez odwołującego środków ochrony prawnej wobec niniejszej czynności lub po przekazaniu przez odwołującego potwierdzenia, że ww. informacje w stanie faktycznym nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
W dniu 11 lutego 2021 r. zamawiający poinformował także, iż dokumenty, o których przekazanie odwołujący wnosił, zostaną przekazane w terminie wynikającym z obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający zwrócił uwagę na przepis zawarty w art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), z którego wynika, że załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W piśmie odwołujący żądał udostępnienia korespondencji prowadzonej z pozostałymi, konkurencyjnymi wykonawcami, w aktualnie prowadzonym postępowaniu, w którym wybór oferty najkorzystniejszej nie został dokonany. Zamawiający przywołał treść § 4 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający dodatkowo poinformował, że nie zakończył jeszcze badania ofert oraz pozostałej wytworzonej i przekazanej zamawiającemu przez wykonawców w trakcie postępowania dokumentacji, pod kątem prawidłowości objęcia niektórych jej części tajemnicą przedsiębiorstwa.
W dniu 11 lutego 2021 r. zamawiający poinformował także odwołującego, że z uwagi na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 3307/20 z dnia 13 stycznia 2021 r. dotyczące umorzenia odwołania na skutek uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, zgodnie z ww. uwzględnieniem zarzutów udostępnia wykonawcy Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. dokumenty złożone wraz z ofertą przez wykonawcę VITRONIC Machine Vision Polska sp z o.o., które były określone w tym odwołaniu.
W dniu 15 lutego 2021 r. odwołujący zarzucił zamawiającemu nierówne traktowanie podnosząc, że pismami z dnia 11 lutego 2021 r. zamawiający poinformował Vitronic, że zamierza odtajnić i udostępnić łącznie następujące dokumenty i oświadczenia złożone w postępowaniu przez Vitronic:
1. Dokumenty i oświadczenia Vitronic, których dotyczyło postanowienie KIO z 13 stycznia 2021 r. wydane w sprawie o sygn. akt KIO 3307/20, tj.:
a. Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej" stanowiący oraz Załącznik nr 2 „Wykaz osób udostępnionych w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez Tioman sp. z o. o. sp.k.,
b. Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia

zasobów na rzecz Vitronic przez VETRO Verkehrselektronik GmbH,
c. Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez REKON M. B., d. Załącznik nr 1 „Opis projektu udostępnionego w ramach zdolności zawodowej" do zobowiązania do udostępniania zasobów na rzecz Vitronic przez Mark Electronics sp. z o. o. sp. k.,
e. Załącznik nr 1 „Zdolność kredytowa" do zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Vitronic przez Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH;
2. Wyjaśnienia Vitronic z dnia 4 grudnia 2020 r. dotyczące rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami,
3. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, złożone przez Vitronic 18 stycznia 2021 r., jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, tj.:
a. wykaz usług sporządzony na formularzu DP.2, składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz usług"),
b. referencje potwierdzające należyte wykonanie usług ujętych w Wykazie usług,
c. wykaz robót budowlanych sporządzony na formularzu DP.3, składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz robót budowlanych"),
d. referencje potwierdzające należyte wykonanie robót ujętych w Wykazie robót budowlanych, e. wykaz osób sporządzony na formularzu DP.4, składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz osób"),
4. Oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty stanowiące załącznik do uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, tj.
a. umowę dotyczącą powierzenia sprzętu oraz wykorzystywania komputera i telefonu służbowego w firmie VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o.
b. umowę o zachowaniu poufności pomiędzy Vitronic a Tioman sp. z o.o. sp. k.
Jednocześnie, w kolejnym piśmie datowanym na dzień 11 lutego 2021 r. zamawiający poinformował Vitronic, że nie udostępni Vitronic dokumentów, o które wnioskował ten wykonawca, tj. korespondencji prowadzonej z pozostałymi, konkurencyjnymi wykonawcami. Zamawiający jako podstawę odmowy udostępnienia tych informacji na rzecz Vitronic wskazuje, że:
1. zgodnie z art. 96 ust. 3 PZP, załączniki do protokołu udostępnia się dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia,
2. nie zakończył jeszcze badania ofert oraz pozostałej wytworzonej i przekazanej zamawiającemu przez wykonawców w trakcie postępowania dokumentacji, pod kątem prawidłowości objęcia niektórych jej części tajemnicą przedsiębiorstwa.
Działanie takie w sposób oczywisty dyskryminuje Vitronic w stosunku do innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze wezwania, wnioski i odpowiedzi jakie zamawiający kieruje do wykonawców w żadnym wypadku nie mogą jednak zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa bowiem ich autorem jest sam zamawiający. Zamawiający nie musi więc w tym zakresie przeprowadzać jakiegokolwiek badania w zakresie zasadności objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Nadto, zamawiający odmawia Vitronic dostępu do informacji o przebiegu postępowania (w tym m.in. wezwań, wniosków i odpowiedzi, jakie kieruje do wykonawców), zasłaniając się tym, że stanowią one załączniki do protokołu postępowania, które udostępnia się dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Działanie takie jest bezpodstawne, choćby z tego powodu, że zgodnie z §2 ust. 2 pkt 11-13 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) wezwania do złożenia dokumentów i wyjaśnień jakie zamawiający kieruje do wykonawców nie stanowią załączników do protokołu, lecz element samego protokołu, a zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający udostępnił je Vitronic już na obecnym etapie. Z drugiej strony zamawiający zamierza jednak odtajnić i udostępnić innym wykonawcom oświadczenia i dokumenty złożone przez Vitronic, które w całości stanowią załączniki do protokołu postępowania, a zatem zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego mogłyby zostać udostępnione innym wykonawcom dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Co istotne, w świetle stanowiska zamawiającego, za załączniki do protokołu, które zamawiający udostępnia dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, winny zostać uznane wszystkie dokumenty, oświadczenia, zobowiązania, opisy i wyjaśnienia złożone przez Vitronic. Konsekwencją podejścia zaprezentowanego przez zamawiającego winno być zatem to, że na obecnym etapie innym wykonawcom mogłaby zostać udostępniona jedynie sama oferta Vitronic w postaci formularza ofertowego. Bez znaczenia jest przy tym fakt, że na mocy postanowienia KIO z 13 stycznia 2021 r. wydane w sprawie o sygn. akt KIO 3307/20, niektóre załączniki do zobowiązań podmiotów trzecich, które udostępniają Vitronic swój potencjał zostały odtajnione. Postanowienie to dotyczy bowiem wyłącznie ich tajności, a nie ich udostępnienia innym wykonawcom. W żadnym wypadku ww. postanowienie KIO nie zobowiązuje więc zamawiającego do udostępnienia tych załączników innym wykonawcom już na obecnym etapie.
Mając na uwadze powyższe oraz stosując konsekwentnie podejście zaprezentowane przez zamawiającego, Vitronic wnioskuje o nieudostępnianie innym wykonawcom jakichkolwiek dokumentów, wyjaśnień, oświadczeń, opisów, wykazów, zobowiązań, wniosków, referencji, etc. złożonych przez Vitronic w postępowaniu (zarówno tych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa jak i jawnych), do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej.
Do odwołania odwołujący ponad powyższe ustalenia dołączył objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa dalsze dowody mające służyć wykazaniu zachowania w poufności zastrzeganych danych tj. trzy umowy, jedno oświadczenie oraz jedna instrukcja.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.
Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.
Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „PZP") w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK") przez uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez odwołującego w odniesieniu do następujących informacji i dokumentów przedłożonych przez odwołującego w postępowaniu, tj.
i.wyjaśnień wraz z załącznikami dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez odwołującego w dniu 4 grudnia 2020 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (dalej jako: „Wyjaśnienia RNC")
Zarzut nie podlegał rozpoznaniu.

Zamawiający uwzględnił ten zarzut w odpowiedzi na odwołanie, a przystępujący po jego stronie wykonawca Kapsh nie zgłosił sprzeciwu. Tym samym Izba kierując się art. 522 ust. 4 ustawy zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. Tym samym w tym zakresie w sentencji orzeczenia znalazło się postanowienie o umorzeniu postępowania w zakresie uwzględnionego zarzutu.

W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Izba do rozpoznania merytorycznego skierowała zarzuty nieuwzględnione przez zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany unieważnić czynność odtajnienia wyjaśnień ceny rażąco niskiej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

ii.oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, złożonych przez Vitronic w dniu 18 stycznia 2021 r., jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, tj.:

1)wykazu usług sporządzonego na formularzu DP.2, składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz usług”),

2)referencji potwierdzających należyte wykonanie usług ujętych w Wykazie usług (dalej jako: „Referencje dot. usług"),

3)wykazu robót budowlanych sporządzonego na formularzu DP.3, składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz robót budowlanych"),

4)referencji potwierdzających należyte wykonanie robót ujętych w Wykazie robót budowlanych (dalej jako: „Referencje dot. robót budowlanych"),

5)wykazu osób sporządzonego na formularzu DP.4, składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dalej jako: „Wykaz osób”),

iii.oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących załącznik do uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, tj.

1)umowy dotyczącej powierzenia sprzętu oraz wykorzystywania komputera i telefonu służbowego w firmie VITRONIC Machinę Vision Polska sp. z o. o. (dalej jako: „Umowa powierzenia sprzętu"),

2)umowy o zachowaniu poufności pomiędzy Vitronic a Tioman sp. z o.o. sp. k. (dalej jako: „Umowa o zachowaniu poufności”)

pomimo tego, że wszystkie ww, informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, a Odwołujący skutecznie dokonał ich zastrzeżenia, co oznacza, że te informacje i dokumenty nie powinny podlegać ujawnieniu,

Zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle art. 11 ust. 2 UZNKprzez 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.

Dla zachowania poufności informacji konieczne jest to, aby nie była to informacja łatwo dostępna. W ocenie Izby odpadnięcie tej przesłanki powoduje, że informacja traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w dniu 31 grudnia 2020 r. poinformował odwołującego, że odtajnia opisy projektów zawarte w ofercie. Z opisów tych wynikało jaki podmiot udostępnia, jaki zasób, odwołującemu i konkretnie jakich doświadczeń zawodowych lub osób to udostępnienie dotyczy. Co do doświadczeń zawodowych podane były albo nazwy zrealizowanych projektów, albo zakres czynności wykonany przez dany podmiot udostępniający zasób, podmioty na rzecz których te projekty były wykonanie oraz daty wykonania projektów. Co do osób w opisach podano rolę jaką daną osoba ma pełnić w zamówieniu oraz imię i nazwisko. W ocenie Izby informacje te zawarte w opisach stanowiły uszczegółowienie informacji zawartych z zobowiązaniach podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów. Zobowiązania te w ocenie Izby stanowią element treści oferty, gdyż dotyczą sposobu wykonania zamówienia przez wykonawcę tj. za pomocą podwykonawców udostępniających swoje doświadczenie zawodowe w części odpowiadającej udostępnianemu doświadczeniu oraz za pomocą konkretnych udostępnionych osób, które zostały udostępnione odwołującemu i który przeznaczył im określone funkcje do pełnienia w ramach przedmiotowego zamówienia.

Oznacza to, że informacje zawarte w wykazach, tak jak to podnosił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, były informacjami, które zamawiający już w dniu 31 grudnia 2020 r. odtajnił i co do których postępowanie odwoławcze prowadzone z udziałem odwołującego pod sygn. akt KIO 3307/20 zostało umorzone wobec braku sprzeciwu odwołującego wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Tym samym od momentu upływu terminu na skargę na postanowienie z dnia 13 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3307/20 dane te były danymi jawnymi, które mogły być łatwo dostępne.

Odwołujący podnosił wprawdzie, że dane zawarte w wykazach są szersze niż w opisach projektów, jednakże Izba nie podzieliła tej argumentacji. W ocenie Izby dodatkowe dane to adresy zamawiających, informacje odpowiadające treści warunku, i wartość zamówienia lub też nazwa postępowania czy numer umowy. Dane te zdaniem Izby same w sobie nie mają unikalnego charakteru, a w szczególności, skoro dane doświadczenie jest identyfikowalne na podstawie opisów projektu, to dodatkowe informacje w tym zakresie nie stanowią same w sobie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadto odwołujący nawet nie próbował wyjaśnić, jaki walor organizacyjnych, techniczny, technologiczny, czy posiadający wartość gospodarczą posiadają dodatkowe informacje. Izba wzięła także pod uwagę to, że odwołujący powoływał się głównie na możliwość utraty (podkupienia), czy zniechęcenia się partnerów biznesowych – co po pierwsze nie dotyczy jego własnego doświadczenia, na które powoływał się w wykazie robót i dla którego w ocenie Izby nie przedstawił realnych powodów utajnienia. Po drugie już sam fakt, że odwołujący godził się na odtajnienie opisów, a także zobowiązań podmiotów trzecich powodował, że dotarcie do kontrahentów odwołującego było możliwe dla konkurencji. Tym samym Izba nie dała wiary tym powodom.

Ustawodawca wbrew stanowisku odwołującego i przystępującego Konsorcjum Polcam nakazał zamawiającemu badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To badanie zamawiającego nie ma mieć wyłącznie

charakteru formalnego sprowadzającego się do stwierdzenia, że zastrzeżono informację i załączono uzasadnienie powodów zastrzeżenia. W ocenie Izby świadczy o tym również aktualna w swej tezie uchwała Sądu Najwyższego sygn. akt III CZP 74/05 z dnia 21 października 2005 r. „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji." Badanie to ma na celu ustalenie czy wykonawca spełnia ustawowe przesłanki skuteczności zastrzeżenia tj. czy informacja jest informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk i czy wykonawca ją zastrzegł w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz czy wykazał, skuteczność tego zastrzeżenia.

Co do rozumienia pojęcia „wykazać", to w cenie Izby pojęcia używane w danym akcie prawnym muszą być w odniesieniu do tego aktu rozumiane jednakowo. Tym samym nie można uznać, że „wykazać" w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy oznacza co innego niż w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy, gdzie wprost ustawodawca stanowi „wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych", podobnie w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy. Zdaniem Izby z powyższego porównania wynika, że „wykazać" na gruncie ustawy oznacza „dowieść". Dodatkowo można dostrzec, że również w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału lub braku przesłanek wykluczenia, czy wreszcie wykonawca musi wykazać równoważność oferowanych rozwiązań w art. 30 ust. 5 ustawy. W ocenie Izby te dwa ostatnie przywołane przepisy także wymagają od wykonawcy dowodzenia pierwszy za pomocą podmiotowych środków dowodowych, drugi na pomocą dowolnych dowodów pozwalających na ustalenie, że rozwiązania są sobie równoważne. Zatem także na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy słowa „wykazać" nie można rozumieć inaczej jak „udowodnić". W konsekwencji twierdzenia odwołującego, co do tego, że zamawiający nie wpisał do siwz, że wykonawca ma przedstawić dowody, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż obowiązek dowodzenia wynika z mocy samego prawa.

Skoro odwołujący nie jest w stanie wykazać na obecnym etapie postępowania, że informacje, które zastrzegł są nadal poufne, to zamawiający prawidłowo postąpił odtajniając je.

Izba podkreśla, że tajemnica przedsiębiorstwa to informacja, a nie dokument. Jeśli ta sama informacja zawarta jest w różnych dokumentach, to jeśli w jednym z tych dokumentów nie ma ona waloru tajności, to nie może mieć go także w drugim dokumencie. Tym samym fakt, że informacja o doświadczeniu zawodowym partnerów biznesowych odwołującego została zawarta i w opisie projektu i w wykazach usług i robót oraz referencjach, a także analogicznie informacja o osobach udostępnianych została zawarta w opisie i wykazie osób i została skutecznie odtajniona w jednym z tych dokumentów, to nie może pozostać tajna w drugim z dokumentów.

Odnośnie umowy o zachowanie poufności i umowy o powierzenie sprzętu, to w ocenie Izby oba te dokumenty nie zostały skutecznie zastrzeżone. Przede wszystkim dla skuteczności zastrzeżenia odwołujący musiałby przedstawić uzasadnienie powodów zastrzeżenia, czego nie zrobił. Nadto umowa o zachowaniu w poufności zawiera standardowe stwierdzenia występującego w tego typu umowach – czego dowodem są umowy dołączone do odwołania, w których jedyną daną odróżniającą jest podmiot, z którym zawierana jest umowa. Nazwy tych podmiotów zostały odtajnione.

Ustawodawca przewidział jedną procedurę oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i dotyczy ona wszelkich informacji przekazywanych zamawiającemu. Nie ma zatem znaczenia to, czy dokument będący nośnikiem tej informacji służy badaniu lub ocenie oferty, czy tylko jest dowodem na wdrożenie procedur ochrony informacji. Izba nie podzieliła zatem argumentacji odwołującego, co do tego, że zamawiający nie powinien był odtajniać tych dokumentów, gdyż nie są one wymaganymi przez niego dokumentami w postępowaniu. Z tego względu Izba nie uznała, że zamawiający naruszył przepisy ustawy odtajniając umowę o zachowaniu w poufności.

Izba co do umowy o powierzenie sprzętu ustaliła, że umowa ta to zasadniczo niewypełniony wzór, a odwołujący nie wykazał jakie informacje w tym wzorze stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Umowy o powierzenie sprzętu są stosowane standardowo, nie zostało więc wykazane, że akurat umowa odwołującego zasługuje na zachowanie jej w poufności. Z tych wszystkich względów Izba oddaliła powyższe zarzuty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z §2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej jako: „Rozporządzenie w sprawie protokołu") przez podjęcie decyzji o udostępnieniu innym wykonawcom, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, informacji i dokumentów złożonych w toku postępowania przez odwołującego, pomimo tego, że te informacje i dokumenty stanowią załączniki do protokołu postępowania, co oznacza, że mogą zostać udostępnione dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej

Zarzut nie potwierdził się.

Jak już wskazała Izba w rozstrzygnięciu poprzedniego zarzutu informacje o podmiotach udostępniających zasoby doświadczenia zawodowego i potencjału kadrowego są informacjami o przyszłym sposobie wykonania zamówienia. Oznacza to, że są elementem oferty, gdyż określają zakres świadczenia odwołującego. Zgodnie z art. 96 ust. 3 zd. 2 ustawy oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym rację należało przyznać zamawiającemu, że był uprawniony do udostępnienia opisów projektów od momentu uprawomocnienia się postanowienia Izby w sprawie sygn. akt KIO 3307/21. W konsekwencji zachowanie zamawiającego nie naruszało zasad uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy.

Z mocy art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) Izba ustaliła, że właściwym dla rozpoznania skargi na przedmiotowe orzeczenie będzie Sąd Okręgowy w Warszawie, a termin na wniesienie skargi wynosi 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego.

Przewodniczący:……..

Członkowie: ……..

……..