

WYROK

z dnia 6 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 1 września 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2021 roku przez

wykonawcę Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P.J. S. & T. spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A) wykonawcy T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2284/21 po stronie Zamawiającego,

B) wykonawcy GWW G. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi spółka partnerska z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2284/21 po stronie Zamawiającego,

C) wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2284/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania a podniesionych w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę GWW G. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi spółka partnerska z siedzibą w Warszawie oraz oferty złożonej przez wykonawcę T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny z siedzibą w Warszawie z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w

odwołaniu oraz niewniesienie przez ww. wykonawców sprzeciwów co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

2. Oddala odwołanie w zakresie poddanym rozpoznaniu.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Kancelaria Adwokatów i Radców

Prawnych P.J. S. & T. spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą

w Poznaniu i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P.J. S. & T. spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od wykonawcę Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P.J. S. & T. spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:

Sygn. akt: KIO 2284/21

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: usługi doradztwa prawnego w zakresie zadań realizowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji (Regiony) świadczone w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIiŚ), Connecting Europe Facility (CEF) oraz Programu Operacyjnego Polska Wschodnia (POPW) na potrzeby wsparcia zadań inwestycyjnych finansowanych ze środków UE w ramach Pomocy Technicznej POIiŚ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 czerwca 2021 roku pod numerem 2021/S 115-303367.

29 lipca 2021 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 2 w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwana dalej „ustawą Pzp / ustawa”, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

- zaniechaniu odtajnienia całości przedstawionych przez Wykonawców (T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T.S. Radca Prawny; GWW Grynhoff i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp.p.; Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. P.) dokumentów składających się

na ofertę, w szczególności w zakresie dokumentu o nazwie Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert (Załącznik nr 9), zastrzeżonych przez ww. Wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia w całości przedstawionych przez powyższych Wykonawców dokumentu o nazwie Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert (Załącznik nr 9), zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób niegwarantujący zachowanie zasady przejrzystości w związku z brakiem udostępnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o odtajnienie w całości przedstawionych przez powyższych Wykonawców dokumentów o nazwie Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert (Załącznik nr 9), zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podał, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, tj.: 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Zamawiający przekazał Odwołującemu oferty wraz z załącznikami pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu w dniu 19.07.2021 r. Odwołujący dowiedział się o naruszeniu dnia 19.07.2021 r., kiedy to Zamawiający udostępnił oferty wykonawców z wyłączeniem załącznika nr 9 Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert. Termin na złożenie niniejszego odwołania stosowanie do art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp - upływa zatem w dniu 29.07.2021 r.. Oznacza to, że Odwołujący zachował przewidziany 10-dniowy termin na wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. Oferta Odwołującego jest drugą najkorzystniejszą ofertą (pod względem ceny) złożoną w postępowaniu w zakresie Zadania nr 3.

Uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu zweryfikowanie podanych przez Wykonawcę Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. P. informacji na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, a tym samym zweryfikowanie podjętych przez Zamawiającego czynności w zakresie przyznania określonej ilości punktów w ramach określonych w SWZ Kryteriów. Nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy zaniechania udostępnienia informacji zastrzeżonych przez pozostałych Wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa spowoduje poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci braku możliwości weryfikacji czynności Zamawiającego ze względu na przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w dalszej kolejności braku skorzystania ze środków ochrony prawnej. Co doprowadzić może do nieuzyskania zamówienia w sytuacji zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. P. lub niezasadnego (błédnego) przyznania punktów w ramach ustalonych w SWZ Kryteriów oceny ofert.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Odwołujący podał, że w ramach prowadzonego postępowania - zgodnie z wymaganiami SWZ - Zamawiający określił kryteria oceny ofert dotyczące doświadczenia Personelu Wykonawcy.

Zgodnie z SWZ „zamawiający wymaga, aby doświadczenie przedstawione przez Wykonawcę do oceny Kryteriów było doświadczeniem osób z Zespołu Ekspertów

określonych w punkcie 8.6.2 ponad wymagane w punkcie 8.6.1. SWZ w okresie nie dłuższym niż 5 lat przed dniem składania ofert, a każdy członek Zespołu Ekspertów wykazał się realizacją co najmniej 15 czynności w kryteriach D1-D4. W przypadku niespełnienia tego, punkty za dane kryterium nie zostaną przyznane." - s. 36 SWZ

Nadto, zgodnie z SWZ - ocena ofert w ramach kryteriów D1-D4 zostanie dokonana na podstawie doświadczenia opisanego przez Wykonawcę w dołączonym do oferty Załączniku nr 9 do IDW. W przypadku nie zamieszczenia przez Wykonawcę w Załączniku nr 9 do IDW, w stosunku do każdej czynności, wszystkich informacji niezbędnych do prawidłowej oceny, czynności te nie będą podlegały ocenie.

Zgodnie z treścią załącznika nr 9 wykonawca składający ofertę zobowiązany był do podania następujących informacji:

Kryterium D1: Dla każdej usługi reprezentacji należy podać co najmniej: a. Przedmiot reprezentacji b. Data reprezentacji c. Nazwa podmiotu reprezentowanego, adres, numer kontaktowy d. Zakres Inwestycji e. Imię i nazwisko osoby reprezentującej f. Wartość umowy (brutto) g. Przedmiot umowy Dla każdej usługi doradztwa należy podać co najmniej: a. Temat, zakres opinii b. Data wydania opinii c. Nazwa podmiotu zlecającego opiniowanie, adres, numer kontaktowy d. Zakres Inwestycji e. Imię i nazwisko osoby wykonującej usługę f. Wartość umowy (brutto) g. Przedmiot umowy

Kryterium D2: Dla każdej usługi i należy podać co najmniej: a. Przedmiot, zakres doradztwa b. Wartość umowy brutto c. Data sporządzenia opinii/umowy/aneksu d. Nazwa podmiotu reprezentowanego, adres, numer kontaktowy e. Zakres Inwestycji f. Imię i nazwisko osoby wykonującej usługę

Kryterium D3: Dla każdej usługi należy podać co najmniej: a. Temat, zakres usługi b. Datę reprezentacji/porozumienia/usługi c. Nazwa podmiotu zlecającego, adres, numer kontaktowy d. Zakres Inwestycji e. Imię i nazwisko osoby wykonującej usługę

Kryterium D4: Dla każdej usługi należy podać co najmniej: a. Przedmiot, zakres doradztwa lub reprezentacji b. Data świadczenia usługi c. Nazwa zamawiającego/inwestora, na rzecz którego świadczone było doradztwo lub reprezentacja, adres i numer telefonu d. Zakres Inwestycji e. Imię i nazwisko osoby wykonującej usługę.

Odwolujący w dniu 16.07.2021 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie ofert wraz z załącznikami wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, tj.:

1. T. S.prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T.S. Radca Prawny;
2. GWW G. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp.p.,
3. Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. P.

Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 19.07.2021 r. tzn. udostępnił oferty oraz załączniki bez Wykazu czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert (Załącznik nr 9), które zostały zastrzeżone przez ww. Wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwolujący wskazał, że informacje zawarte w treści wykazu są jawne i ogólnodostępne w związku z tym, nie mogą zasługiwać na ochronę z uwagi na treść art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był do ich odtajnienia zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

Dodatkowo, Odwołujący poinformował Zamawiającego pismem z dnia 20.07.2021 r. o odtajnieniu ww. Wykazu (załącznik nr 9). Pismo to pozostało bez jakiegokolwiek odpowiedzi ze strony Zamawiającego.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 ze zm.; dalej jako „ZNKU”) „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu

utrzymania ich w poufności". Krajowa Izba Odwoławcza stoi jednoznacznie na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także udowodnienia, tj. wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe potwierdza m.in. wyrok z dnia 26.02.2013 r. sygn. akt KIO 297/16.

Poszczególni wykonawcy powinni wykazać, że w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ofercie podjęli szereg, odpowiednich działań polegających na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom. Wykonawca powinien m.in. wykazać, że dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa podjął działania o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym. Zaliczyć do nich można byłoby m.in. ewentualnie wprowadzone przez wykonawcę wewnętrznych reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, postanowienia w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Okoliczności te powinny być zostać poparte odpowiednimi dowodami, takimi jak m.in. polityka ochrony informacji poufnych czy polityka wewnętrznego obiegu dokumentów bądź też klauzule umowy lub umowy o zachowaniu poufności. „Ponadto można wskazać za orzecznictwem Sądu Najwyższego (por. m.in. wyroki z dn. 6.06.2003 r. IV CKN 211/01, z dn. 3.10.2000 r. I CKN 304/00, z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00), że informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca wyraża wolę jej zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnych toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Jednocześnie art. 11 ust. 4 ZNKU uzależnia istnienie stanu tajemnicy od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przez niekontrolowanym wpływem danych” (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00).

W ocenie Odwołującego, dokonane przez wskazanych Wykonawców zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne, a tym samym Zamawiający powinien być odtajnić całość wyjaśnień i udostępnić go wykonawcom. Wykonawcy Ci nie przedstawili wystarczającego uzasadnienia, które mogłoby stanowić podstawę do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia zostały ograniczone do wyłącznie ogólnikowych twierdzeń, w żaden sposób nie wykazując, że określone informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą. Nie jest bowiem wystarczające jedynie formalne spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 ZNKU. Z dokonanego zastrzeżenia musi jednoznacznie wynikać wykazanie, że konkretne zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wątpliwym jest, że Wykonawcy skutecznie wykazali, że podejmują jakiegokolwiek czynności mające zapewnić bezpieczeństwo informacjom objętym wyjaśnieniami. Wykonawcy nie przedłożyli bowiem żadnych dowodów, które mogłyby w sposób wiarygodny potwierdzić stosowanie określonych procedur. Ograniczyli się wyłącznie do wymienienia rzekomo stosowanych środków ochronnych, co w żaden sposób nie potwierdza ich faktycznego obowiązywania w przedsiębiorstwie Wykonawców. Wykonawcy nie przedłożyli żadnego dokumentu, który mógłby potwierdzić (lub chociażby uprawdopodobnić) stosowanie takich środków. Biorąc pod uwagę, że to na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodowy wykazania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki art. 11 ust. 2 ZNKU, należy stwierdzić, że we wskazanym powyżej zakresie Wykonawcy nie sprostali temu ciężarowi. Odwołujący odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2019 r. sygn. akt KIO 1626/19; 1628/19 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2166/18. Wykonawcy nie wyjaśnili w sposób dostateczny na czym dokładnie miałyby polegać szkoda w przypadku odtajnienia zastrzeżonych informacji oraz jaka mogłaby być wysokość takiej szkody. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego jedynym celem utajnienia przez Wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej było uniemożliwienie konkurencyjnym wykonawcom skontrolowania prawdziwości podanych informacji, a tym samym weryfikacji, czy złożona przez Wykonawców oferta nie podlega odrzuceniu ze względu na przesłanki, o których mowa w art. 226 ustawy Pzp. Lakoniczność merytorycznej części zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie pozwala na uznanie, że zastrzeżenie to zostało dokonane skutecznie.

Odwołujący wskazuje jednocześnie, że w przypadku gdy Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert (Załącznik nr 9) zostanie odtajniony, wówczas Odwołujący powinien mieć możliwość naprowadzenia nowego środka ochrony prawnej, w zakresie w jakim informacje te będą stanowić jego podstawę. W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Odwołującego i uczestników/ uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 lipca 2021 roku od czynności Zamawiającego przekazania Odwołującemu ofert wykonawców w dniu 19 lipca 2021 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego, Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego - Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane w pismach procesowych: wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2021 roku oraz.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Odwołującego w piśmie z dnia 1 września 2021 roku („Pismo procesowe Zamawiającego”).

W sprawie zostało wniesione pismo przez wykonawcę GWW G. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi spółka partnerska z siedzibą w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2021 roku.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 1 września 2021 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” - uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wykonawca T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny z siedzibą w Warszawie - nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Wykonawca GWW G. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi spółka partnerska z siedzibą w Warszawie - nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie - zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Mając na uwadze powyższe Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie jedynie zarzuty podniesione w odwołaniu a odnoszące się do oferty wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie.

W zakresie zarzutów odwołania odnoszących się do oferty złożonej przez wykonawcę GWW G. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi spółka partnerska z siedzibą w Warszawie oraz oferty złożonej przez wykonawcę T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny

z siedzibą w Warszawie z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz niewniesienie przez ww. wykonawców sprzeciwów co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu - postępowanie odwoławcze w powyższym zakresie podlega umorzeniu.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: IDW) Tom I Instrukcja dla Wykonawców (dalej: IDW) Rozdziałem 2 IDW opis przedmiotu zamówienia:

Przedmiotem Zamówienia jest świadczenie usług doradztwa prawnego w zakresie zadań realizowanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. finansowanych ze środków UE w szczególności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Connecting Europe Facility oraz Programu Operacyjnego Polska Wschodnia.

2.2. Zamówienie obejmuje świadczenie usług doradztwa prawnego z obowiązkiem osobistego stawiennictwa, świadczenia dyżurów oraz reprezentacji prawnej. Zamówienie obejmuje 3 części tj. usługi na rzecz:

2.2.1. Część I - Regionu Centralnego Centrum Realizacji Inwestycji PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. (IRE1) - usługi prawne w Warszawie

2.2.2. Część II - Regionu Północnego Centrum Realizacji Inwestycji PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. (IRE2) - usługi prawne w Gdańsku

2.2.3. Część III - Regionu Zachodniego Centrum Realizacji Inwestycji PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. (IRE5) - usługi prawne w Poznaniu

W Rozdziale 14 - Opis przygotowania i złożenia oferty, dokumentów i oświadczeń, porozumiewanie się z zamawiającym

14.15. Tajemnica przedsiębiorstwa

14.15.1. Wykonawca najpóźniej wraz z przekazaniem informacji może zastrzec, że Zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez złożenie stosownego oświadczenia. W przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy,

Wykonawca składa oświadczenie w Formularzu Ofertowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do IDW

14.15.2. W przypadku zastrzeżenia, o którym mowa w pkt. 14.15.1 IDW, Wykonawca zobowiązany jest wydzielić dokumenty i informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa do odrębnego pliku w taki sposób, aby fragmenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa były odłączone od pozostałej części oferty stanowiły odrębny załącznik do Formularza złożenia oferty. Zamawiający zaleca nazwać plik zawierający tajemnicę nazwą „Tajemnica przedsiębiorstwa”. Wykonawca zobowiązany jest także zastrzec dokument jako tajemnicę przedsiębiorstwa poprzez zaznaczenie opcji „tajemnica przedsiębiorstwa” w polu typ dokumentu na etapie załączania dokumentu do Formularza złożenia oferty na Platformie Zakupowej. Analogicznie, Wykonawca jest zobowiązany do wydzielenia dokumentów i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w przypadku zastrzeżenia innych informacji, niż zawartych w ofercie

14.15.3. W przypadku, gdy Wykonawca nie zastosuje się do zapisów pkt 14.15.4 IDW w zakresie wydzielenia części objętych tajemnicą przedsiębiorstwa od pozostałej części oferty, Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności w przypadku ujawnienia informacji w nich zawartych np. podczas dokonywania wglądu do ofert przez osoby trzecie.

14.15.4. Zamawiający nie ujawni informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 poz. 1913 z późn. zm.) (dalej jako: „tajemnica

przedsiębiorstwa”), o ile Wykonawca wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie lub inne dokumenty udowadniające, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w pkt 14.15.6 IDW, należy złożyć wraz z ofertą jako załącznik do Formularza złożenia oferty.

14.15.5. Wykonawca nie może zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujących informacji: nazwy albo imion i nazwisk oraz adresu siedzib lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania Wykonawców oraz cen lub kosztów zawartych w ofertach.

14.15.6. Uzasadnienie podstawy zastrzeżenia informacji musi odpowiadać na następujące pytania:

1. Czy zastrzeżone informacje 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?

2. Jakie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne, które Wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte są w zastrzeżonych informacjach?

3. Czy i ewentualnie jaką wartość gospodarczą posiadają powyższe informacje?

4. Jakie niezbędne działania - przy zachowaniu należytej staranności - zostały przez Wykonawcę podjęte w celu zachowania poufności danych objętych tymi informacjami?

W oparciu o wyjaśnienia z dnia 6 lipca 2021 roku oraz dokonaną modyfikację postanowień SWZ w Rozdziale 15 - Zawartość oferty Zamawiający określił:

15.1. Do Formularza złożenia oferty przekazywanego za pośrednictwem Platformy Zakupowej, należy załączyć następujące dokumenty:

(■■■)

h) Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załącznik nr 9.

Zamawiający dokonany mi wyjaśnieniami treści SWZ z dnia 1 lipca 2021 roku wprowadził zmiany między innymi w ramach kryteriów oceny ofert oraz w treści Załącznika nr 9 - Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert - wzór.

Wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie (dalej: Kancelaria) złożył w postępowaniu ofertę w zakresie Części III zamówienia co wynika z Formularza oferty. Kancelaria załączyła część dokumentów w tym załącznik nr 9 - Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, które objęła tajemnicą przedsiębiorstwa. Kancelaria złożyła przy ofercie pismo datowane na 15 lipca 2021 roku Uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie usług oraz wykazie osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokument ten został złożony w pliku do udostępnienia innym wykonawcom oraz w zestawieniu dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wraz z załącznikami do tego dokumentu.

Izba zważyła:

Izba ustaliła, że w zakresie poddanym rozpoznaniu na rozprawie tj. w odniesieniu do zarzutów odwołania nakierowanych na ofertę wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie (dalej: Kancelaria), Odwołujący wykazał wypełnienie łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia w całości (przedstawionych przez Wykonawców) przedstawionego przez Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy spółka partnerska z siedzibą w Warszawie dokumentu o nazwie Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert (Załącznik nr 9), zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytocza przepisy prawa, jednocześnie zaznacza, że z uwagi na argumentację uzasadnienia rozpoznania zarzutu odwołania określone podstawy prawne będą również wskazywane w uzasadnieniu:

Zgodnie z art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

W oparciu o 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Art. 516 ust. 1 - Odwołanie zawiera: (...) 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) - przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba ustaliła, że wykonawca Kancelaria złożył wraz z ofertą dokumenty, w tym Załącznik nr 9 - Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert, które objęła tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby podniesiony przez Odwołującego zarzut i argumentacja jaką wykonawca Odwołujący przedstawia nie dowodzi, że wykonawca Kancelaria nie przedstawił prawidłowego uzasadnienia dla wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do oferty, w tym Załącznik nr 9 - Wykaz czynności na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert (dalej „Wykaz”).

Izba dostrzegła, że odwołanie w zakresie argumentacji faktycznej sprowadza się do kilku bardzo ogólnych zdań, z pominięciem odniesienia się do argumentacji z dokumentu z dnia 15 lipca 2021 roku Uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie usług oraz wykazie osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Kancelarię, a którego treść (przedstawiona w części jawnej) była znana Odwołującemu.

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że uzasadnienie odwołania odnosi się do prezentowanych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich trzech wykonawców, których wskazał Odwołujący w zakresie kwestionowanych czynności Zamawiającego. Przy czym Odwołujący nie odnosi się w prezentowanym stanowisku do dokonanej oceny zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa przez Zamawiającego w odniesieniu do każdego z wykonawców z osoba lecz ogólnie używając sformułowania „Wykonawcy”. Taka formuła argumentacji Odwołującego przy uwzględnieniu tego, że każdy z wykonawców z osobna przedstawia własne i jemu jedynie właściwe z uwagi na przedstawiane okoliczności uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z odwołaniem do indywidualnej argumentacji zawartej w złożonych zastrzeżeniach, podkreśla że stanowisko prezentowane przez Odwołującego odnoszące się do „ogółu” nie zawiera żadnej nakierowanej na poszczególne zastrzeżenia tajemnicy każdego z wykonawców przedsiębiorstwa argumentacji. W orzecznictwie Izby, jak również sądów powszechnych, wielokrotnie podnoszono, że podstawą rozpoznania zarzutów odwołania jest argumentacja podniesieniowa w odwołaniu i ona w zasadzie wyznacza zakres rozpoznania odwołania. Izba poddaje ocenie stanowisko prezentowane w odwołaniu co do podnoszonej przez Odwołującego niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego, jednakże aby takie stanowisko można poddać ocenie argumentacja nie może być ogólna i blankietowa. Jednocześnie uzupełnianie stanowiska Odwołującego na rozprawie czy w piśmie procesowym polegające na wskazywaniu bardziej skonkretyzowanej argumentacji, nakierowanej na dokonaną ocenę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynioną przez wykonawcę Kancelaria stanowi w ocenie Izby nową argumentację. Brak wskazania takiego stanowiska w odwołaniu nie może być poczytywane na tym etapie postępowania inaczej niż rozszerzenie argumentacji, która po upływie terminu na wniesienie odwołania jest niedopuszczalna i nie może zostać uwzględniona przez Izbę przy ocenie zasadności podnoszonego zarzutu. Dowodzi tego chociażby to, że w odwołaniu w żaden sposób Odwołujący nie odnosi bezpośrednio do zastrzeżenia poczynionego przez Kancelarię i argumentacji jaka kancelaria w zastrzeżeniu prezentuje. Dopiero na etapie składania pisma procesowego i w argumentacji prezentowanej w trakcie rozprawy Odwołujący prezentuje stanowisko bezpośrednio nawiązujące do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Kancelaria. Nie sposób zgodzić się również z tym, że stanowi to „poszerzenie argumentacji”, bowiem w ocenie Izby jest to argumentacja nowa i nieznaną żadnemu z podmiotów po zapoznaniu się z treścią uzasadnienia odwołania. Przyjęcie takiego sposobu jaki proponuje Odwołujący sprowadzałoby się do uznania, że argumentację jednostkową odnoszącą się szczegółowo do konkretnego dokumentu, można budować dopiero na etapie rozprawy, a wystarczające jest wskazanie w odwołaniu ogólnych twierdzeń opartych na obowiązujących przepisach i dotychczasowych orzeczeniach - co w świetle obowiązujących regulacji prawnych jest niedopuszczalne. Każdy wykonawca i Zamawiający mają prawo zapoznać się ze stanowiskiem Odwołującego, które jest prezentowane w odwołaniu, natomiast argumentacja jaka podnoszona jest w trakcie rozprawy to uzasadnienie tego stanowiska a nie budowanie szczegółowej argumentacji jaka nie została zawarta w uzasadnieniu dowołania. Izba podkreśla również, że fakt, że dwóch z trzech wykonawców nie wniosło sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania, co spowodowało umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów podnoszonych co do tych dwóch wykonawców nie prowadzi do zmiany postrzegania prezentowanej w uzasadnieniu dowołania argumentacji, która odnosi się do wszystkich trzech wykonawców. Izba, bowiem nie została wyodrębniona argumentacja w stosunku do Kancelarii, nie ma możliwości postrzegania zawartej w odwołaniu argumentacji li tylko do tego wykonawcy, co doprowadziłaby do zmiany stanowiska Odwołującego. Skoro Odwołujący ogólnie odniósł się do wszystkich wykonawców tak też musi być ono postrzegane przy ocenie czynności dokonanej przez Zamawiającego w stosunku do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Kancelarię.

Wymaga odnotowania, że Odwołującemu znana była treść złożonego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w części jawnej i miał on możliwość, a budując zarzut odwołania a w zasadzie obowiązek, odniesienia się do przedstawionego uzasadnienia w sposób potwierdzający dlaczego elementy uzasadnią zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełniają w ocenie Odwołującego „wykazania” zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych elementów. Ogólne odniesienie się do przedstawionego przez Kancelarię wyjaśnienia nie dowodzi w żaden sposób, że czynność oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonana przez Zamawiającego był nieprawidłowa.

Odwołujący twierdząc, że wykonawca powinien podjąć działania o „charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym” dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie wyjaśnia i nie wskazuje w odwołaniu jakich to tych czynności nie podjął wykonawca Kancelaria. Samo podanie, wyliczenie czynności jakie można byłoby do tego katalogu zaliczyć - a co czyni w kolejnym zdaniu Odwołujący - nie uzasadnia podjęcia czy też nie podjęcia określonych działań przez danego wykonawcę. To Odwołującym ma podać, wskazać co też w jego ocenie kwalifikuje zasadność podniesionego zarzutu odwołania oraz

co w ocenie Odwołującego uzasadnia jego twierdzenia przez wskazanie tych konkretnych okoliczności. Podobnie należy ocenić stanowisko Odwołującego, że „z dokonanego zastrzeżenia musi jednoznacznie wynikać wykazanie, że konkretne zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. To jest twierdzenie oczywiste wynikające z obowiązujących regulacji prawnych jednakże nie zawiera ono żadnej argumentacji odnoszącej się do tego dlaczego owe zastrzeżenia i poczynione uzasadnienia przez Kancelarię nie wypełniają tego obowiązku. Samo wskazanie, że coś ma być, dany dokument ma zawierać określone treści nie przesądza tego, że ich nie zawiera. To właśnie po stronie Odwołującego pozostaje ten obowiązek wykazania czego też w jego ocenie te dokumenty nie zawierały w perspektywie obowiązujących regulacji prawnych.

W prezentowanym w uzasadnieniu odwołania stanowisku Odwołujący powołuje się na konieczność złożenia wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa wyliczonych jako ewentualne dokumentów. Izba stwierdziła, po zapoznaniu się z całością dokumentacji, że złożone zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Kancelaria, w części nieudostępnionej Odwołującemu i objętej tajemnicą przedsiębiorstwa zawierają stosowne dowody również wymienione w załącznikach w piśmie jakie zostało udostępnione Odwołującemu. Izba podkreśla, że Odwołujący twierdził w uzasadnieniu odwołania, że stosowne dowody nie zostały przedstawione, co nie jest zgodne ze stanem faktycznym tej sprawy. Nie znajduje również uzasadnienia dla twierdzenia Odwołującego o braku przedstawienia dowodów przez Kancelarię argumentacja z rozprawy wskazująca na to, że brak przekazania załączników do pisma z dnia 15 lipca 2021 roku uzasadniała takie stanowisko Odwołującego. Po pierwsze argumentacja taka podnoszona była dopiero na rozprawie, co powoduje, że ze swej istoty jest ona spóźniona. Niemniej Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów wymienionych jako załączniki do pisma z dnia 15 lipca 2021 roku zawierającego zastrzeżenia Kancelarii. Wymaga wskazania, że ogólne odniesienie się w odwołaniu do nieujawnienia, nieprzekazania Odwołującemu dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez Kancelarię w ocenie Izby nie może być ocenione jako kwestionowanie nieujawnienia tych załączników do pisma, bowiem były one jednoznacznie nazwane przez wykonawcę Kancelaria. Tym samym Odwołującym miał możliwość ich wskazania tak jak to uczynił w przypadku Załącznika nr 9. Izba podkreśla w tym miejscu, że Kancelaria załączyła dowody do złożonego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co jest zgodne ze sposobem złożenia dokumentów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w IDW, takie dokumenty jak: wzór umowy o zachowaniu w poufności informacji przekazywanych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego - dokument podpisywany przez osoby stale współpracujące z Wykonawców; wzór zobowiązania do zachowania poufności - dokument podpisywany przez osoby współpracujące z Wykonawcą na etapie przygotowania i złożenia oferty; wzór oferty handlowej od podmiotów dysponujących bezpośrednio odpowiednią kadrami, na podstawie której Wykonawca pozyskuje pracowników / osoby zdolne do wykonania danego zamówienia - niemniej Odwołujący w tym zakresie nie kwestionował w odwołaniu tego, że są to wzory dokumentów.

Co do podnoszenia przez Odwołującego braku wykazania stosowania odpowiednich procedur co do dochowania tajemnicy przedsiębiorstwa nazwanych jako „środki ochronne” przez Odwołującego Izba wskazuje, że w przedstawionych dokumentach przez Kancelarię znajdują się dowody potwierdzające podjęcie przez tego wykonawcę działań mających na celu ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo Izba dostrzegła w złożonych zastrzeżeniach wskazanie Kancelarii posiadania poświadczenia bezpieczeństwa przemysłowego 3 stopnia, uprawniające do przetwarzania informacji niejawnych w rozumieniu przepisów prawa. Stanowisko to w żaden sposób nie było kwestionowane przez Odwołującego, a niewątpliwie posiadanie takiego poświadczenia wymaga od wykonawcy szczególnego sposobu zorganizowania pracy kancelarii w tym także obiegu dokumentów w kancelarii oraz podejmowania działań mających na celu ochronę przetwarzanych informacji.

W odniesieniu do wskazania Odwołującego, że „wykonawcy nie wyjaśnili w sposób dostateczny na czym miałyby polegać szkoda w przypadku odtajnienia zastrzeżonych informacji oraz jaka mogłaby być wysokość takiej szkody” Izba ponownie wskazuje, że odniesienie to jest ogólne i nakierowane na wszystkie podmioty składające oferty w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dodać należy, że Odwołujący podnosząc brak dostatecznego wyjaśnienia nie podaje jakich okoliczności i czego w jego ocenie w tych zastrzeżeniach zabrakło w związku z dostatecznym wykazaniem szkody. Nie sposób tym samym poddać ocenie to wskazanie Odwołującego, bowiem nie wyjaśnia dlaczego to zastrzeżenie Kancelarii nie jest wystarczające. Samo podniesienie, że zastrzeżenia w tym zakresie są niedostateczne nie uzasadnia w żaden sposób twierdzeń Odwołującego. Co do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji wykonawca Kancelaria wskazał, że dokładne określenie nie jest możliwe z uwagi na charakter, co nie było kwestionowane w zasadzie przez Odwołującego w zakresie tej argumentacji w zastrzeżeniach. Odwołujący sam zastrzegł tożsame informacje tj. zawarte w załączniku nr 9, co oznacz, że niewątpliwie

zdaje sobie sprawę z ich wartości gospodarczej oraz niewątpliwie dokonał analizy takiej wartości gospodarczej i szkody jaka powstałaby po jego stronie z uwagi na ujawnienie tych informacji. Kancelaria podała w złożonych zastrzeżeniach, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wpływają na zdolność do figurowania na rynku „zamówień publicznych” oraz konkurowania na tym rynku, jak również, że te działania nakierowane są na zapobieganie próbą przejęcia personelu. Odwołujący nie odniósł się do przedstawionej argumentacji w zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa Kancelarii, przy czym w złożonym własnym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa (dokument jawny) kierował się podobnymi argumentami uzasadniającymi wartość zastrzeżonych informacji.

Odwołując twierdzi, że Kancelaria nie wykazała spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Odwołujący pominął w swoim stanowisku odniesienie się do tego jakie faktycznie przesłanki, do których się odwołuje, a które zawarte są w podnoszonym przepisie prawa nie zostały wykazane. Izba nie poszukuje argumentacji za Odwołującego, Izba dokonuje jedynie oceny zasadności podniesionej argumentacji co do podjętych przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby brak argumentacji Odwołującego powoduje, że na podstawie stwierdzenia o tak ogromnym poziomie ogólności nie sposób uznać czynności Zamawiającego za nieprawidłową.

Wymaga wskazania, że wyżej przytoczony art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzuje jakie konkretnie działania musiał podjąć dany podmiot w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, aby można było te informacje uznać jako poufne. Dlatego tak ważne na etapie budowania argumentacji odwołania jest wykazanie, że dane działanie wykonawcy nie może być pozytywnie ocenione, bowiem dla jego prawidłowości wymagane jest zaistnienie w takich okolicznościach określonej argumentacji itp.. Odwołujący nie przedstawia takiej argumentacji, w odwołaniu brak jest takiego stanowiska, które dałoby się poddać ocenie i pozwalała na dokonanie oceny, że pewne elementy są niezbędne i powinny być zawarte w takim zastrzeżeniu, aby mogło być ono skuteczne. Izba podkreśla, że konieczność wykazania przez wykonawcę zastrzegającego określone informacje tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie zwalnia Odwołującego z podnoszenia argumentacji faktycznej w odwołaniu pozwalającej na dokonanie oceny zastrzeżenia w przyznacie stanowiska Odwołującego. Jedyne odnośnienie się do wskazania co powinno być zawarte w zastrzeżeniach nie dowodzi w żaden sposób tego, że w tych zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa tych danych nie ma. Odwołujący winien jest wskazać czego w jego ocenie nie wykazał wykonawca zastrzegający tajemnicą przedsiębiorstwa określone dokumenty, jakich to wymaganych prawem informacji nie ma wskazanych, a które w jego ocenie powinny zostać ujęte w takim zastrzeżeniu i taka właśnie argumentacja podlega ocenie Izby.

W prezentowanym na rozprawie stanowisku, po uwzględnieniu w całości Zarzutów odwołania sam Zamawiający nie przeprowadził argumentacji w zakresie niewypełnienia przesłanek z art. 18 ust. 3 ustawy oraz z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W żaden sposób nie odniósł się Zamawiający do przedstawionych przez Kancelarię dowodów przy złożonych zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa, a poprzestał na odwoływaniu się do orzeczeń Izby i na tym opierał prezentowaną argumentację i uzasadnienie uwzględnienia zarzutów odwołania.

W odniesieniu do dowodu złożonego przez Kancelarię Izba stwierdziła, że potwierdza on możliwość zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji odnoszących się do zespołu doradców na etapie realizacji umowy. Jednocześnie w obliczu powyższej argumentacji Izby, mając na uwadze bardzo ogólną argumentację z odwołania nieodnoszącą się do okoliczności wykazywanych dowodem uznała, że dowód ten dla rozpoznania zarzutu jest zbędny.

W zakresie zarzutu (c) naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób niegwarantujący zachowanie zasady przejrzystości w związku z brakiem udostępnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa

- Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba mając na uwadze całą argumentację poczynioną powyżej przy rozpoznaniu zarzutu 1 uznała, że nie doszło do naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia wskazanych przez Odwołującego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawie odwołanie okazało się, w części skierowanej do rozpoznania niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 9 pkt 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: