Sygn. akt: KIO 29/22

WYROK

z dnia 2 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez wykonawcę: PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej - Curie Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne uwzględnienie zastrzeżenia informacji zawartych we wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o., AW 2ARCHITECTS OY z siedzibą lidera we Wrocławiu z powodu uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego;

2. Umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne uwzględnienie zastrzeżenia informacji zawartych we wniosku wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie w jakim zamawiający uwzględnił odwołanie, a przystępujący GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie wniósł sprzeciwu;

3. Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne uwzględnienie zastrzeżenia informacji zawartych we wniosku wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:

a. wykazie osób,

b. wykazie usług złożonym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożonym na potrzeby kryterium oceny ofert,

c. dokumentów potwierdzających należytą realizację usług, wskazanych w wykazach wymienionych w lit. b powyżej,

d. informacji zawartych w dokumentach finansowych w całości,

e. załączników do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa,

f. wyjaśnieniach wykonawcy z 3 grudnia 2021 r., składanych na wezwanie

zamawiającego

i nakazuje zamawiającemu uznanie zastrzeżenia informacji znajdujących się w wymienionych w sentencji dokumentach za bezskuteczne;

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od wykonawcy: GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy: PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 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:

Sygn. akt KIO 29/22

UZASADNIENIE

Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej - Curie Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp" pn: Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy i modernizacji Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej Curie Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie, znak sprawy: NzO-160/21/ZS (dalej: „postępowanie" lub „zamówienie").

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 sierpnia 2021 roku, numer ogłoszenia: 2021/S 167-437935.

Dnia 3 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, odwołanie złożył wykonawca PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej jako „odwołujący".

Odwołanie wniesiono wobec zaniechań i czynności zamawiającego niezgodnych z ustawą Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne uwzględnienie zastrzeżenia informacji zawartych we wnioskach wykonawców: GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „GRAPHIT") i konsorcjum MIASTOPROJEKT WROCŁAW Sp. z o.o., AW 2ARCHITECTS OY z siedzibą lidera we Wrocławiu (dalej „Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław") i wyjaśnieniach do nich tajemnicą przedsiębiorstwa pomimo, iż zamawiający powinien w tym zakresie, kierując się zasadą jawności postępowania, uznać te informacje jako niezasadnie zastrzeżone, gdyż wykonawcy nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący, podnosząc powyższe, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności dokonanej pismem z dnia 22 grudnia 2021 r.

w zakresie uznania za zasadne dokonanych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu udostępnienia innym wykonawcom dokumentów bezprawnie zastrzeżonych przez wykonawców GRAPHIT i Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław, załączonych do wniosków, z poszanowaniem zasady, o której mowa w art. 74 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, iż wnioski są jawne od dnia przekazania informacji o wynikach ich oceny. Odwołujący wniósł o udostępnienie w stosownym terminie pełnej treści złożonych wniosków wraz z załącznikami oraz pełnej treści wyjaśnień i uzupełnień, które również były w konsekwencji zastrzeżone, w szczególności wyjaśnień wykonawcy

GRAPHIT z dnia 3 grudnia 2021 r. W stosunku do wykonawcy GRAPHIT wnosił o udostępnienie następujących dokumentów: (1) wykazu osób; (2) wykazu usług - w zakresie warunków udziału (3) wykazu usług w zakresie kryteriów selekcji; (4) dokumentów potwierdzających należytą realizację usług; (5) zobowiązania do udostępnienia zasobów podwykonawcy; (6) JEDZ tego podwykonawcy; (7) Dokumentów potwierdzających zdolność finansową i ekonomiczną; (8) JEDZ wykonawcy w zakresie dotyczącym podwykonawcy; (9) Załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa a także (10) dokumentów złożonych na wezwanie zamawiającego. Z kolei w stosunku do Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław odwołujący wniósł o udostępnienie następujących dokumentów: (1) JEDZ Miastoprojekt Wrocław w zakresie danych projektanta branży drogowej; (2) JEDZ AW2 Architects OY co do danych projektantów; (3) Wykazu osób, wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami/ uzupełnieniami w tym zakresie.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania odwołujący dowiedział się 22 grudnia 2021 r. W tym dniu zamawiający nie dokonał jeszcze oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, niemniej przekazał wykonawcom informację o uwzględnieniu wniosków dwóch wykonawców w przedmiocie zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa zawartych we wnioskach o dopuszczenie, jak i w złożonych do nich wyjaśnieniach. Tym samym odwołujący, mając na uwadze treść przepisu art. 74 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i wiedząc, że żądania odwołania mogą być spełnione dopiero po przekazaniu informacji o ocenie wniosków, z uwagi jednak na fakt upublicznienia już w chwili obecnej informacji o wynikach badania, na okoliczność skuteczności zastrzeżenia tajemnicą - zobowiązany był wnieść odwołanie, gdyż datą powzięcia informacji o tym był 22 grudnia 2021 r. Oczekiwanie z wniesieniem środka ochrony prawnej do dnia przekazania informacji o ocenie wniosków o dopuszczenie mogłoby odwołującego narazić na ryzyko uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż odwołanie w przedmiocie tajemnicy byłoby wówczas spóźnione. Przedmiotem zaskarżenia w tych okolicznościach jest oświadczenie zamawiającego o respektowaniu i uznaniu za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wnioskach wykonawców, w stosunku do których w niniejszym odwołaniu zostały sformułowane zarzuty.

Uzasadniając swoje stanowisko w przedmiocie objętym odwołaniem, odwołujący w pierwszej kolejności przypomniał treść przepisów, mających zastosowanie do rozpoznania przedmiotowej sprawy. W szczególności wskazał, że stosownie do art. 18 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Wskazał również na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, która znajduje się w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk") podkreślając, że ta została zmieniona w wyniku nowelizacji ww. ustawy, która weszła w życie 4 września 2018 r. Ustawa zmieniająca, tj. ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2018 poz. 1637) miała na celu implementację do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem. Podstawowym założeniem dyrektywy było ustanowienie minimalnego standardu w zakresie zasad ochrony informacji poufnych przedsiębiorstwa, jako narzędzia zarządzania konkurencyjnością oraz innowacyjnością. Poziom ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w systemach prawnych poszczególnych państw członkowskich nie może być niższy niż określony w dyrektywie, w związku z czym przyjęte w dyrektywie cele mają zmierzać do pełnego ujednolicenia ustawodawstw państw Unii Europejskiej.

Odwołujący wskazał, że Dyrektywa nr 2016/943 przewiduje przede wszystkim wprowadzenie ujednoliconej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przepisów dotyczących ochrony przed nieuprawnionym pozyskaniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez inne osoby. Jak wynika bowiem z motywu 8 dyrektywy „Różnice między państwami członkowskimi pod względem ochrony prawnej tajemnic przedsiębiorstwa oznaczają, że tajemnice przedsiębiorstwa nie są objęte ochroną w równoważnym stopniu w całej Unii, co prowadzi do rozdrobnienia rynku wewnętrznego w tej dziedzinie i do osłabienia ogólnego efektu

odstraszającego, jaki powinny mieć odnośne przepisy.”. Dlatego też jak określono w motywie 14 dyrektywy „Należy przyjąć jednolitą definicję tajemnicy przedsiębiorstwa bez ograniczania zakresu ochrony przed przywłaszczeniem. Taka definicja powinna zatem być sformułowana w sposób uwzględniający know-how, informacje handlowe i informacje techniczne w przypadkach, w których istnieje zarówno uzasadniony interes w utrzymaniu poufności, jak i uzasadnione oczekiwanie, że taka poufność zostanie zachowana.”.

Z kolei dla zrozumienia kierunku zmian w samym definiowaniu pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa” duże znaczenie ma Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej - załącznik 1C do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu, sporządzone w Marakeszu w dniu 15 kwietnia 1994 r., (Dz. Urz. UE L 336 z 23.12.1994, s. 214 - 233, polskie wydanie specjalne: Rozdział 11 Tom 021 p. 305 - 324, zob. Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 12 lutego 1996 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), Dz.U. z 1996 r. Nr 32 poz. 143), dalej jako: Porozumienie TRIPS. W art. 39 Porozumienia TRIPS przyjęto, iż informacjami nieujawnionymi są informacje, które: „a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są poufne; c) poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności.”

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w ramach krajowego i europejskiego systemu zamówień publicznych obowiązuje zasada jawności postępowania, która jest jedną z naczelnych przesłanek każdego prowadzonego postępowania, zaś każdy wyjątek od niej powinien być interpretowany w sposób ścisły oraz winien zostać należycie uzasadniony. Respektowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez zamawiającego winno być przedmiotem wnikliwej oceny zmierzającej do ustalenia, czy rzeczywiście mamy do czynienia z informacjami spełniającymi wszystkie przesłanki ujęte w treści art. 11 ust. 2 uznk i czy działanie wykonawcy zastrzegającego informacje nie jest podyktowane tylko i wyłącznie zamiarem utrudnienia podmiotom konkurencyjnym weryfikacji prawidłowości działań podmiotu zamawiającego.

Przekładając powyższe rozważania na stan postępowania prowadzonego przez zamawiającego, w pierwszej kolejności stwierdził, że wykonawca GRAPFIT składając wniosek, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa pełną treść wymienionych w petitum odwołania dokumentów, jak też dokumenty złożone na wezwanie zamawiającego. Co znamienne, zdaniem wykonawcy GRAPHIT to nie poszczególne informacje, lecz całe dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co jak wskazuje się w orzecznictwie jest niedopuszczalne.

W zakresie wykazu osób wykonawca na str. 2 uzasadnienia wskazał, że upatruje wartości gospodarczej przez pryzmat ryzyka przejęcia pracowników przez konkurencję, gdyż nie posiada on skutecznych instrumentów zobowiązujących personel w stosunku wyłączności. Taka argumentacja jest wyłącznie subiektywnym przekonaniem wykonawcy, iż nie mógł podjąć stosownych czynności prawnych celem zabezpieczenia się przed przejściem pracowników. Na rynku pracy i w obrocie gospodarczym powszechnie stosowane sią klauzule i umowy o zakazie konkurencyjności i umowy o zachowaniu poufności, które z przyczyn finansowych zmuszają pracowników i współpracowników do zachowania zasad wynikających z tych klauzul. To właśnie tego typu porozumienia stanowią dla przedsiębiorcy zasadniczą ochronę przed przejściem pracowników do konkurencji albo wyciekiem informacji. Oczywiście należy liczyć się z tym, że podpisanie z pracownikami tego typu porozumień wiązałoby się z koniecznością godziwego odszkodowania. Sama odpłatność za tego typu zakaz konkurencyjności, czy zachowanie poufności nie powoduje jednak blokady możliwości faktycznego zabezpieczenia się przedsiębiorcy. Wręcz przeciwnie, dla kluczowego personelu trudno wyobrazić sobie, aby przedsiębiorca nie podpisał z tymi osobami umów o zakazie konkurencji czy umów o poufności. Skoro zaś w niniejszym postępowaniu wykonawca wskazał, że powołane w wykazie osoby mają szczególne cechy i z tego powodu ochronie podlegają dane umożliwiające ich identyfikację to w pierwszej kolejności powinien był udowodnić, że w ramach swojego przedsiębiorstwa, w sposób szczególny informacje te chroni w bieżącej działalności. Powinien był więc ewentualnie powołać się na stosowne umowy o zakazie konkurencyjności, czy umowy o poufności z tymi osobami, a dopiero w konsekwencji środków podjętych wcześniej, mógłby zastrzegać dane tych osób tajemnicą.

Dodatkowo odwołujący zauważył, że z uzasadnienia (str. 4) wynika, że osoby, na które powołuje się wykonawca nie stanowią jego własnego personelu lecz są to osoby pozyskane z rynku, a co za tym idzie dostęp do tych osób jest otwarty i możliwość skorzystania z ich usług nie stanowi prawa wyłącznego wykonawcy GRAPHIT, w konsekwencji czego takie zasoby zewnętrzne nie mogą stanowić wartości gospodarczej wykonawcy. Jak wskazał sam wykonawca nie jest to jego własny personel, a więc trudno

przyjąć, że informacja o nim może stanowić przedmiot ochrony na podstawie art. 11 ust. 2 uznk. Tym samym twierdzenia o tym, że wykaz osób posiada wartość gospodarczą są gołosłowne i pozostają jedynie w sferze deklaracji.

Natomiast gdyby uznać dywagacje wykonawcy o kosztach pozyskania i weryfikacji personelu jako podstawę stwierdzenia, że informacje te mają wartość gospodarczą to należałoby dojść do przekonania, że zasadą nie jest wcale jawność postępowania o zamówienie publiczne, lecz jego poufny charakter - przygotowanie bowiem wniosku o dopuszczenie czy oferty, włącznie z weryfikacją osób, sporządzeniem kosztorysów, czy opracowanie oferty stanowi w większości postępowań publicznych bardzo kosztotwórczy proces. Podsumowując, same nakłady poczynione celem pozyskania i weryfikacji kadry nie mogą przesądzać o wartości gospodarczej tych informacji. Dysponowanie własnym personelem może stanowić wartość gospodarczą jeśli wykonawca wykaże, iż posiada w związku z tym realną przewagę konkurencyjną a ujawnienie tych informacji doprowadzi do wymiernej szkody. Natomiast doraźne pozyskanie na potrzeby konkretnego postępowania określonych osób z rynku nie naraża wykonawcy na wymierne straty, gdyż wykonawca nie ponosi choćby kosztów utrzymania tego personelu.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że dobór kadry pozwala na oszacowanie pozycji wykonawcy. Oświadczył, że jako wykonawca stale ubiegający o tego typu zamówienia projektowe służby zdrowia zna sytuację rynkową i wie, który z jego konkurentów ma określony potencjał i na jakim poziomie. Wobec tego, ewentualne strategie działania, jak je określił wykonawca GRAPHIT na str. 5 uzasadnienia są to jedynie ogólniki przytoczone na potrzeby uzasadnienia tajemnicy. Trudno sobie wyobrazić przedsiębiorcę działającego w tego typu wyspecjalizowanych usługach, który nie śledzi na bieżąco rynku i nie zna współwykonawców. Sam wykonawca wskazuje, że w postępowaniach tego typu biorą udział zawsze te same podmioty, co potwierdza powyższą tezę. W swoim uzasadnieniu wykonawca wprost oświadcza, że informacje o osobach w ogóle nie mają wartości materialnej, a jedynie są jednym ze składników wpływających na kondycję spółek (s.7). Natomiast, jak wynika z orzecznictwa (np. KIO 1701/21), informacja stanowiąca tajemnicę ma wartość gospodarczą tylko wówczas, gdy może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów, czego wykonawca GRAPHIT nie wykazał.

W tym kontekście odwołujący zaznaczył, że tego typu pobudki nie spełniają pierwszej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, a mianowicie dotyczącej wartości gospodarczej. W orzecznictwie podkreśla się, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Nawet więc jeśli wykonawca poniósł pewne koszty (podobnie jak każdy inny wykonawca), związane z doborem kadry, to informacje te same w sobie nie stanowią wartości gospodarczej, gdyż są zebrane jedynie na potrzeby tego jednego postępowania, unikatowego w skali kraju i nie będą wykorzystane w całości w innych postępowaniach skoro sam wykonawca twierdzi, że nie jest to jego personel, lecz doraźny zespół osób zbudowany celem uzyskania tego konkretnego zamówienia. Nieadekwatne więc pozostaje orzecznictwo przywołane przez wykonawcę, które referuje do pracowników danego wykonawcy. Zamawiający natomiast przyjął deklaracje wykonawcy i uznał za prawidłowo zastrzeżone informacje w tym zakresie, co w ocenie odwołującego stanowi naruszenie zasady jawności.

Odwołujący stwierdził, że w przeciwieństwie do wykonawcy GRAPHIT, który powołuje się na orzeczenia sprzed dekady, przytoczyć można szereg najnowszych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, które w znakomitej większości podważają fakt jakoby podkupowanie kadry mogło stanowić podstawę do znoszenia ustawowej zasady jawności postępowania (tak np. wyrok z dnia 13 kwietnia 2021 r., sygn. akt 796/21). W przywołanym wyroku Izba zanegowała część argumentacji dotyczącej kadry i wskazała, że „z proceduralnego punktu widzenia wątpliwe jest powoływanie się przez wykonawcę na zasób w postaci danych osób (do tego jeszcze punktowany w ramach kryteriów oceny ofert) przy jednoczesnym twierdzeniu, że już sam fakt podania imienia i nazwiska danej osoby może spowodować, że wykonawca obawia się, że tą osobą nie będzie dysponował. Zatem albo wykonawca posiada ten zasób i się na niego powołuje, albo też stosunek prawny lub faktyczny pomiędzy wykonawcą a zasobem jest tak wątły, że powoływanie się takie nie jest uzasadnione". Podobnie, w niniejszym postępowaniu, albo wykonawca jest przekonany, co do dysponowania kadrą i zawarł stosowne porozumienia z wszystkimi osobami, w tym porozumienia o poufności i zakazie konkurencyjności, albo nie jest do tego przekonany, gdyż nie dokonał tego typu czynności, a udział tych osób przy realizacji zamówienia jest mocno wątpliwy i niepewny. Argumentacja wykonawcy GRAPHIT skłania jednak do drugiej konkluzji. To właśnie bowiem gwarancje kontraktowe (zwłaszcza dla kadry z zewnątrz) powinny zabezpieczać wykonawcę (podobnie w wyroku KIO 1602/21, KIO 1605/21). Racjonalnie działający przedsiębiorca, który takie działania podjął, nie musiałby się następnie obawiać, że w publicznym postępowaniu ujawnione zostaną nazwiska osób

realizujących te usługi, gdyż nie byłoby w ich interesie naruszenie podpisanych kontraktów. Osoby te (projektanci) w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, zostaną wymienione zarówno w zawartym kontrakcie, jak również publicznie dostępnej dokumentacji projektowej po jej opracowaniu, która zostanie udostępniona nieograniczonemu kręgowi osób w ramach postępowania na roboty budowlane. Na etapie realizacji robót osoby te, jako pełniące nadzór autorski, zostaną ujęte w umowie z zamawiającym i dzienniku budowy dla tej inwestycji.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że w tym zakresie w uzasadnieniu wykonawcy GRAPHIT brakuje zarówno spójnych i logicznych argumentów co do wartości gospodarczej, którą wskazany wykaz osób posiada (w rozumieniu szkody, którą wykonawca mógłby ponieść w wyniku jego ujawnienia), jak i dokumentów, które w sposób bezsprzeczny dowodziłyby tej wartości i podstaw zastrzeżenia tych informacji jak np. umowy o zakazie ujawniania nazwisk z poszczególnymi osobami, czy zobowiązań tych osób do zachowania ich doświadczenia i kwalifikacji (np. nr uprawnień) w poufności, czy też umowy o poufności z podmiotami, które te osoby udostępniają. Po wtóre, z uwagi na charakter usług, jakie mają wykonać wskazane w wykazie osoby, z uwagi na procedury administracyjne nazwiska tych osób będą widniały na dokumentach w prowadzonych postępowaniach administracyjnych, a więc będą podlegały swobodnemu udostępnianiu, co z kolei wskazuje, że nie zaszły obiektywne przesłanki uznania takich informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dalszej części odwołujący odniósł się do kwestii zastrzeżenia wykazów usług i dokumentów podmiotowych z nim związanych. Wykonawca GRAPHIT wydaje się w sposób szczególny podkreślać, iż ochronie podlegają nie tyle informacje o samych usługach w nim opisanych, lecz nazwa podwykonawcy, który udostępnił zasoby. Wskazuje na str. 7 uzasadnienia, że szczególną wartością gospodarczą jest nazwa i doświadczenie podmiotu trzeciego, jako czynnik determinujący możliwość udziału w postępowaniu. Przede wszystkim sama nazwa podmiotu nie może stanowić wartości gospodarczej. Ewentualnie o takiej wartości można by mówić, gdyby wykonawca wykazał, że istnieje związek przyczynowo skutkowy pomiędzy ujawnieniem tej nazwy a wpływem na poniesienie realnej szkody u podmiotu zastrzegającego te informacje, czego wykonawca nie wykazał. Wykonawca upatruje wartości gospodarczej jako kosztu samego procesu doboru podwykonawcy i jego weryfikacji. Jak wskazano wyżej odnośnie kadry, z tego powodu powinna być zastrzegana większość informacji w postępowaniach publicznych, co z przyczyn oczywistych jest absurdalne. Wykonawca ponownie i w tym przypadku odwołuje się do tendencyjnej argumentacji związanej z próbami podjęcia współpracy przez innych wykonawców z tym podwykonawcą, jednak nie dowodzi jaką szkodę poniesie z tego powodu.

Ponadto, trudno uznać, iż podwykonawca posiadający tak znamienite doświadczenie, jak to wymagane w niniejszym postępowaniu nie upublicznia danych o tych projektach. Praktyka i doświadczenie życiowe pokazują, że im bardziej wyrafinowana usługa, tym chętniej przedsiębiorcy publikują informacje na jej temat, aby pozyskać nowe możliwości współpracy i poszerzać swoje horyzonty - a obawa przed konkurencją jest im wówczas obca. Realizacja znaczących usług stanowi, przeciwnie niż twierdzi wykonawca, o jego przewadze konkurencyjnej a nie o możliwości poniesienia szkody. Z tego powodu, trudno przyjąć argumentację wykonawcy GRAPHIT, że mając do dyspozycji podmiot o tak wysokim poziomie doświadczenia postanawia utajnić te informacje.

Wykonawca odwołuje się przy argumentacji dotyczącej wartości gospodarczej do bardzo ogólnikowego stwierdzenia na str. 7 uzasadnienia, że nawiązanie współpracy przez innych wykonawców z podwykonawcą GRAPHIT spowoduje zmniejszenie zainteresowania współpracą przez te podmioty z wykonawcą lub wymusi zmiany warunków wynegocjowanych. Po pierwsze skoro wykonawca dokonał, jak twierdzi weryfikacji podmiotu i zdecydował się na jego usługi, zapewne podmiot ten złożył mu stosowną ofertę z określonym terminem związania, co może być dochodzone na gruncie obowiązujących przepisów. Również w tym zakresie wykonawca działający z należytą starannością zamiast zastrzegać tajemnicą przedsiębiorstwa dane podwykonawcy, co jest działaniem wtórnym o mocno niepewnym efekcie, powinien był zawrzeć z tym podwykonawcą stosowny kontrakt, dający mu gwarancję współpracy na określonych warunkach. Wreszcie, wykonawca wskazując jedynie ogólnikowo hasło „podkupienia" podwykonawcy nie przytoczył ani jednej sytuacji, której ewentualnie doświadczył lub choćby o której słyszał, która potwierdzałaby jego obawy. Jak zapewne wynika z dokumentacji postępowania wnioski złożyło kilku wykonawców, którzy wykorzystali zapewne różne usługi wykonane przez różne podmioty. Nie jest więc tak, że podwykonawca GRAPHIT jest jedynym, który może zapewnić tego typu doświadczenie, co będzie się wiązało z podejmowaniem prób współpracy przez innych wykonawców. Wobec tego dywagacje wykonawcy na ten temat należy rozważać jedynie jako hipotetyczne i nie mające pokrycia w faktach.

Co więcej, z punktu widzenia ostatniej przesłanki tajemnicy, jaką jest podjęcie działań w celu ochrony informacji to działający z należytą starannością wykonawca powinien był zaprezentować zamawiającemu dowody potwierdzające, że informacje zawarte w wykazie usług są to dane poufne. W pierwszej kolejności wykonawca powinien złożyć oświadczenie

podmiotu trzeciego zobowiązujące do zachowania w poufności danych dotyczących jego doświadczenia. Oczywiście, przy założeniu, że ów podmiot trzeci zobowiązał do tego wykonawcę, czego weryfikację odwołujący pozostawia Wysokiej Izbie. Wykonawca w załącznikach do uzasadnienia powinien przedłożyć takie zobowiązanie podmiotu trzeciego i umowę typu NDA, czy inne porozumienia o poufności z podwykonawcą - podmiotem trzecim, z których jasno wynikałoby z jakich powodów i w jakim zakresie podmiot trzeci odmawia ujawnienia swojego doświadczenia.

Poza wszystkim pozostaje oczywisty fakt, iż skoro warunki udziału w postępowaniu dotyczą obiektów służby zdrowia o dużej skali, to z dużą dozą prawdopodobieństwa usługi wskazane przez wykonawcę zostały wykonane dla podmiotów publicznych - krajowych czy zagranicznych - a co za tym idzie są to dane jawne.

Z kolei w zakresie dokumentów dotyczących zdolności finansowej i ekonomicznej swoje uzasadnienie GRAPHIT oparł właściwie jedynie na ogólnych argumentach, iż informacje o charakterze finansowo-ekonomicznym jako dokumenty organizacyjne i biznesowe - nie podlegają ujawnieniu na mocy przepisów prawa bankowego i ubezpieczeniowego. Jednocześnie ujawnił, iż potencjał finansowy i ekonomiczny został mu udostępniony przez podmiot trzeci. Wobec tego absolutnie konieczne z punktu widzenia skuteczności zastrzeżenia tych informacji jest powołanie się wykonawcy na stosowne działania, które podjąłby ten podmiot celem zachowania ochrony tych informacji. Oczywiście, nie jest wiadome odwołującemu czy załączniki do uzasadnienia potwierdzają powyższe, jednak odwołujący wnosi o dokonanie weryfikacji w tym zakresie przez Wysoką Izbę. Trudno ponadto mówić o wykazaniu, iż powyższe informacje posiadają wartość gospodarczą, gdyż wykonawca nie wykazał na czym miałaby polegać szkoda w ich ujawnieniu. Wykonawca jedynie odwołał się do hipotetycznej możliwości podejmowania działań w celu zaburzenia relacji wykonawcy z podmiotem trzecim. Tego typu abstrakcyjne ryzyko nie może być podstawą uznania, że zastrzeżenie jest skuteczne. Skoro, jak wskazywano wyżej, utajnienie informacji jest wyjątkiem, to decyzja w tym przedmiocie powinna opierać się na stosowaniu ścisłych i obiektywnych przesłanek.

Odwołujący wskazywał, że co do zasady w orzecznictwie przyjmuje się, że tego typu dokumenty nie mogą być skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (chyba, że wykonawca będzie w stanie przedstawić zaistnienie szczególnych okoliczności). Izba uznaje na ogół brak możliwości zastrzeżenia opinii bankowej jako tajemnicy przedsiębiorstwa jako, że dokumenty te zawierają jedynie bardzo ogólne informacje, potwierdzające, że dany wykonawca posiada określone zdolności na poziomie wymaganym przez zamawiającego, których ujawnienie nie może spowodować żadnej szkody po stronie wykonawcy. Przykładowo ujawnienie tego typu dokumentów nakazała Izba w wyrokach o sygn. akt KIO 1542/14 czy sygn. akt KIO 2395/18. Podobnie Izba wypowiedziała się w wyroku o sygn. akt KIO 102/17, KIO 110/17 z 6 lutego 2017 r. wskazując, że żądanie utajnienia dokumentu polisy ubezpieczeniowej oraz opinii bankowej, z powodu zawartych w nich informacji o zasadach współpracy jak i wynegocjowanych preferencyjnych stawkach, nie zasługują na uwzględnienie. Fakt zawarcia w tych dokumentach informacji, które mogą decydować o szczególnie uprzywilejowanych warunkach współpracy, nie może skutkować prawem do żądania utajnienia całego dokumentu, który jest wymaganym dokumentem w SIWZ. Wykonawca może jedynie wskazać, które konkretnie wymienione w tych dokumentach informacje powinny być chronione. Sama zdolność kredytowa i potencjał finansowy są wynikiem kondycji ekonomicznej przedsiębiorcy, ta zaś w przypadku spółek prawa handlowego każdorazowo wynika i powinna zostać ujęta w sprawozdaniu finansowym i bilansie rocznym. Dokumenty te są dokumentami publicznie dostępnymi, obejmującymi wszystkie przepływy finansowe przedsiębiorcy, jak również jego aktywa i pasywa. Usługa dostępu do tych dokumentów znajduje się na stronie w funkcji „Przeglądarka dokumentów finansowych” i została uruchomiona przez Ministerstwo Finansów z dniem 15 marca 2018 r. Aby korzystać z funkcjonalności „Przeglądarki dokumentów finansowych”, nie jest wymagane posiadania konta użytkownika ani logowania na konto. Aby wyszukać dokumenty przypisane do danego nr KRS w Repozytorium Dokumentów Finansowych należy uzupełnić pole „Podaj nr KRS”, co powoduje, że są to informacje publicznie dostępne.

Przechodząc do uzasadnienia w zakresie nie ujawnienia wskazanych dokumentów, a więc drugiej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca na str. 9 uzasadnienia wskazał, że informacje te są chronione w taki sposób, iż tylko jedna osoba pan P. W. była odpowiedzialna za przygotowanie wniosku, a co za tym idzie prowadziła ustalenia z podmiotami trzecimi i osobami współpracującymi. Wykonawca wskazał również na szyfrowanie wiadomości i korzystanie z jednego adresu e-mail, posiadanie stosownych systemów teleinformatycznych czy też działania prawne. Co interesujące nazwisko pana P. W. również w pierwszej części uzasadnienia zostało objęte tajemnicą, pomimo iż następnie zostało ujawnione. Pytanie jakie się nasuwa to czy jest możliwe, aby tak skomplikowany wniosek, obejmujący wiele wątków od weryfikacji osób po analizę rynku podwykonawców i analizę finansową był sporządzony jedynie przy udziale jednej osoby. Wydaje się oczywiste,

że tego typu przedsięwzięcie realizuje cały zespół a nie jedna osoba, a co najmniej Zarząd jest powiadomiony o najważniejszych aspektach.

Odnośnie argumentacji odnoszącej się do posiadanych systemów informatycznych, zdaniem odwołującego, obecnie każdy z przedsiębiorców takowe posiada. Skuteczność tych systemów pod względem ochrony informacji powinna być raczej wykazywana poprzez opisanie stosowanych procedur przyznawania uprawnień, procedur dostępu do poszczególnych informacji, czy stosowanie zabezpieczeń przeciwko ewentualnym atakom jako konkretnej procedury postępowania z informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, czego wykonawca nie wykazał.

Dalej, odwołujący zaznaczył, że co do działań prawnych wykonawca GRAPHIT wymienił: Certyfikat Bezpieczeństwa Przemysłowego ABW, którego posiadanie jest irrelewantne z punktu widzenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż dotyczy innego rodzaju informacji tj. informacji niejawnych w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych a nie tajemnicy przedsiębiorstwa; politykę poufności danych, która jak sam wykonawca stwierdza zobowiązuje jedynie jego pracowników do zachowania poufności, co w obliczu korzystania z zasobów zewnętrznych jest działaniem wtórnym do ochrony informacji po stronie podmiotów, które dane te udostępniły; zobowiązania do zachowania poufności złożone przez Pana W. i członków zespołu, których dane znajdują się w wykazie osób, co również nie stanowi stosownego dowodu. Osoby powołane w wykazie nie są pracownikami GRAPHIT, a co za tym idzie zastrzeżenie informacji na ich temat, jak odwołujący wskazał wcześniej, nie spełnia przesłanek tajemnicy samego wykonawcy. Ewentualnie można by mówić o tym, że to po stronie tych osób istnieje określony powód, iż traktują one swoje dane i kwalifikacje jako tajemnica, ale wówczas to te osoby powinny zobowiązać wykonawcę do zachowania ich danych w poufności. Takich dowodów czy choćby twierdzeń w złożonym uzasadnieniu brak. Z kolei co do klauzul o poufności w zobowiązaniach podmiotów trzecich - analogicznie również w zakresie potencjału podmiotów trzecich - podwykonawców odwołujący zwrócił uwagę, że rozumowanie wykonawcy w uzasadnieniu przybrało odwrotny kierunek - to podmioty trzecie powinny zobowiązać wykonawcę do zachowania poufności, a nie wykonawca powinien zobowiązywać te podmioty do zachowania poufności. To bowiem usługi stanowiące przedmiot użyczenia mogą podlegać ochronie, ale każdorazowo decyduje o tym podmiot udostępniający - bez jego oświadczenia, iż informacji tych zabrania ujawniać nie ma mowy o tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy, gdyż nie jest to jego zasób własny.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że zasadnicze uchybienie w poczynionym uzasadnieniu tajemnicy polega na tym, że dla żadnego z zastrzeganych dokumentów wykonawca nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej.

Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób ujawnienie treści tych dokumentów może wpłynąć na konkurencyjność wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu, jak i na rynku, na którym wykonawca prowadzi działalność gospodarczą. Innymi słowy, wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja na rynku, jak również nie wskazał jaką konkretnie szkodę poniesie w wyniku ujawnienia tych informacji. Samo stwierdzenie, iż ujawnienie newralgicznych informacji o potencjale kadrowym, ekonomicznym/ finansowym czy zdobytym doświadczeniu, jak również informacji na temat podmiotów z jakimi spółka współpracuje może zostać wykorzystane przez konkurencję w celu utrudnienia jej działalności, nie jest wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

W dalszej części odwołania odwołujący odniósł się do zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, dokumentów załączonych do wniosku Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław.

Stwierdził w pierwszej kolejności, że w tym zakresie adekwatne pozostają argumenty powołane w części odwołania dotyczącej potencjału kadrowego, zastrzeżonego tajemnicą przez wykonawcę GRAPHIT. Podobnie jak wykonawca GRAPHIT, Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław również powołuje się na wysiłek pozyskania informacji o określonych osobach, które stanowią jego zdaniem informacje o znacznej wartości rynkowej oraz wskazuje, że informacje te dotyczą wypracowanych kontaktów gospodarczych, trudno dostępnych na rynku i przez to unikalnych. Należy zauważyć, że tak ogólne stwierdzenia również nie uzasadniają w czym wykonawca upatruje szkody poniesionej w wyniku ujawnienia tych danych. Wykonawca twierdzi, że dane te, jako zbiór nie są powszechnie znane, co jest oczywiste, z uwagi na to, że zostały złożone jako odpowiedź na skonkretyzowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Fakt ten nie jest jednak wystarczający, celem objęcia całości dokumentu tajemnicą.

Wykonawca dalej posługuje się na str. 2 uzasadnienia kolejnym ogólnikiem, iż informacje te zawierają dane które, w przypadku ich ujawnienia, mogłyby stanowić źródło wiedzy dla podmiotów konkurencyjnych w odniesieniu do tego obszaru aktywności gospodarczej przedsiębiorcy, który stanowi o jego przewadze konkurencyjnej nad tymi

podmiotami. Tego typu twierdzenia, jako lakoniczne i abstrakcyjne, nie mogą znosić ustawowej zasady jawności postępowania.

Podobnie należy traktować gołosłowne twierdzenie o ewentualnym podejmowaniu prób wykluczenia wykonawcy ze współpracy z tymi osobami, czy też równoległe korzystanie z ich usług przez innych przedsiębiorców, co miałoby pozbawić wykonawcę przewagi konkurencyjnej oraz doprowadzić do utraty uzyskiwanych przez niego zysków. Wykonawca nie tłumaczy w jaki sposób miałoby do tego dojść, nie wskazuje przykładów tego typu sytuacji zaistniałych uprzednio, jak również nie wskazuje w czym miałaby materializować się ewentualna utrata zysków.

W zakresie działań podjętych celem zachowania danych w poufności również ten wykonawca powołał się na str. 3 uzasadnienia na system informatyczny, choć również w tym przypadku jego tezy nie znajdują pokrycia w jakichkolwiek dowodach oraz pozostają na dużym poziomie ogólności. Opisane działania są standardowymi procedurami funkcjonującymi właściwie w każdym przedsiębiorstwie. Wykonawca jednak nie wykazał, że stosowne działania i procedury zostały podjęte i w jaki sposób na potrzeby zachowania informacji w tajemnicy w ramach tego konkretnego zamówienia. Same wytyczne co do funkcjonowania systemów nie mogą upoważniać do twierdzenia, że te konkretnie informacje są skutecznie chronione.

Równie ogólna i gołosłowna jest argumentacja, iż wykonawca zobowiązał podmioty i osoby współpracujące do zachowania poufności, skoro nie zostały załączone żadne dowody potwierdzające ww. tezy i nie wykazano, że to te podmioty zobowiązały wykonawcę do zachowania określonych danych w poufności. Problem z nieskutecznym zastrzeżeniem tajemnicy jest w tym aspekcie tym bardziej oczywisty, iż wniosek został złożony przez dwa podmioty występujące wspólnie, a więc każdy z wykonawców powinien podjąć i wykazać stosowne działania celem ochrony informacji.

Innymi słowy, również w zakresie zastrzeżenia poczynionego przez Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław, poczynione zastrzeżenia powinny zostać uznane za nieskuteczne, z uwagi na brak wykazania wartości gospodarczej tych informacji, jak również z uwagi na nie wykazanie, iż informacje stanowią tajemnicę. Wykonawca nawet nie poczynił wysiłku złożenia jakichkolwiek dowodów, a powołane przez niego argumenty opierają się na ogólnych, powszechnie powtarzanych twierdzeniach innych wykonawców, które wielokrotnie nie poddawały się weryfikacji w Krajowej Izbie Odwoławczej.

Zarówno w sytuacji jednego, jak i drugiego wykonawcy odwołujący podkreślił, że aby dokonane zastrzeżenie było skuteczne musi ono w momencie składania informacji zawierać pełną i zupełną argumentację wskazującą, że przedstawione zamawiającemu informacje spełniają przesłanki ustawowe. Konieczność wykazania, rozumianego jako udowodnienia tajemnicy podkreślana jest nie tylko przez Krajową Izbę ale również Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Zamówień Publicznych (tak w wyroku z dnia 1 października 2021 r., XXIII Zs 53/21). W niniejszym postępowaniu zaś zamawiający poprzestał na przyjęciu jedynie ogólnikowych i sprzecznych ze sobą oświadczeń wykonawców i jak sam twierdzi w piśmie z 22 grudnia 2021 r. uwzględnił wniosek wykonawców co do utajnienia. Nie było zadaniem zamawiającego uwzględnianie czegokolwiek w tej materii, lecz rzetelna, obiektywna ocena co do wykazania wszystkich wskazanych wyżej okoliczności przesądzających czy informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co ważne, wielokrotnie zwraca się w orzecznictwie uwagę, że moment skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma o tyle istotne znaczenie, że nie jest dopuszczalne wyjaśnianie, czy też uzupełnianie wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w przypadku gdy wykonawca poprzestanie jedynie na wskazaniu, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też w przypadku gdy wykonawca nie wykaże zasadności takiego zastrzeżenie, bądź też gdy takie wykazanie będzie lakoniczne czy też niepełne (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 14 września 2015 r., sygn. akt KIO 1809/15). Tym samym wykonawcy utracili możliwość ochrony tych informacji, gdyż nie dokonali ich skutecznego zastrzeżenia w odpowiednim momencie procedury ubiegania się o zamówienie.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Odwołujący jako wykonawca, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu ma interes w tym, aby wnioski innych wykonawców zostały odtajnione, gdyż to pozwoli mu zapoznać się z dokumentami złożonymi przez inne podmioty i zweryfikować, czy potwierdzili oni spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Podjęcie nieprawidłowych czynności przez zamawiającego pozbawia odwołującego możliwości weryfikacji decyzji zamawiającego w zakresie oceny wniosków, a co za tym idzie możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej, w szczególności w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku wystąpienia podstaw wykluczenia. Uwzględnienie tego zarzutu spowoduje udostępnienie odwołującemu bezprawnie zastrzeżonych dokumentów, co z kolei umożliwi mu sformułowanie zarzutów w stosunku do ich oceny, a w konsekwencji może doprowadzić do wyeliminowania z postępowania ww. wykonawców i udzielenia zamówienia odwołującemu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swoje przystąpienie wykonawca: GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca: Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Z kolei po stronie odwołującego przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca: INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy: GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego oraz wykonawcy: INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku po stronie odwołującego.

Skład orzekający stwierdził, że przystąpienie złożone przez wykonawcę: Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu należy uznać za nieskuteczne. Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że w postępowaniu swój wniosek złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz AW2 Architects Oy z siedzibą w Helsinkach. Z kolei przystąpienie do postępowania zgłosił wykonawca: Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Z treści przystąpienia, ani z załączonych do niego dokumentów nie wynika w żaden sposób, że przystąpienie tego wykonawcy nastąpiło w imieniu obydwu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W tym miejscu należy przywołać treść przepisu art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może zgłosić swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z kolei zgodnie z art. 525 ust. 3 ustawy Pzp uczestnikami postępowania stają się wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Szczególną uwagę, w treści wyżej cytowanych przepisów należy zwrócić na sformułowanie: „wykonawca”. Definicja legalna tego pojęcia zawarta jest w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp i w myśl tego przepisu wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast kategoria „innych osób”, o której mowa w przepisie obejmuje, jak wskazuje się w orzecznictwie, potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują

prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego - zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów uprawnionych do zgłoszenia przystąpienia, Izba stwierdziła, iż Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie należy do żadnej z wyżej wymienionych kategorii, w szczególności nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Wprawdzie spółka ta jest osobą prawną, to nie ona złożyła wniosek w niniejszym postępowaniu, ale wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, działający w formie konsorcjum.

Izba przypomina, że w przypadku, gdy o zamówienie ubiegają się wykonawcy wspólnie to wykonawcą, w myśl art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, są podmioty wspólnie składające wniosek. Przepis ten bowiem nakazuje stosować do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednio przepisy o wykonawcy. W konsekwencji to wszystkim działającym łącznie wykonawcom, wspólnie ubiegającym się o zamówienie

publiczne - przysługuje także prawo do zgłaszania ewentualnych przystąpień. Prawo to nie przysługuje natomiast w takim przypadku podmiotom działającym samodzielnie, wchodzącym w skład konsorcjum.

Z kolei z treści złożonego przystąpienia wynika bezsprzecznie, że zostało ono zgłoszone przez jeden, wymieniony w treści tego zgłoszenia podmiot. Z żadnego innego dokumentu nie wynika wola Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, do działania w imieniu i na rzecz drugiego z członków konsorcjum. Do przystąpienia nie załączono także jakichkolwiek dokumentów, z których można byłoby wywieść wolę działania tego podmiotu w imieniu innym niż własne.

Mając na uwadze powyższe - Izba nie dopuściła tego podmiotu do postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia przedmiotowe odwołanie w całości.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca GRAPHIT, działając na podstawi art. 523 ust. 1 ustawy Pzp złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne uwzględnienie zastrzeżenia informacji zawartych we wniosku wykonawcy GRAPHIT w zakresie zastrzeżenia informacji zawartych w następujących dokumentach: (a) wykazie osób; (b) wykazie usług złożonym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz (c) złożonym na potrzeby kryterium oceny ofert; (d) potwierdzających należytą realizację usług, wskazanych w wykazach wymienionych w lit. b i c powyżej; (e) informacji zawartej w opinii bankowej z dnia 9 września 2021 r. w zakresie, w jakim ujawnia ona stan środków pieniężnych na koncie bankowym wykonawcy; (f) załączników do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa; (g) wyjaśnieniach wykonawcy z 3 grudnia 2021 r., składanych na wezwanie zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła i oceniła dowody wnioskowane przez odwołującego, złożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu z powodu uwzględnienia części zarzutów odwołania przez zamawiającego, odnoszących się do wniosku Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław, a także w tej części, w której odwołanie dotyczyło objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów wymienionych w treści odwołania, a w odniesieniu do których GRAPHIT nie wniósł sprzeciwu. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w punktach 1 i 2 sentencji.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie, czego wyrazem jest punkt 3 sentencji orzeczenia.

Na wstępie, mając na uwadze charakter sporu między stronami należy sformułować następujące uwagi natury ogólnej.

Należy na wstępie przypomnieć, że zasada jawności postepowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad w systemie zamówień publicznych, a co za tym idzie ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą Pzp. Przypadki te nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni prawa exceptiones non sunt extentandae. Zasada jawności zaś jest jednym z podstawowych narzędzi do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem jego przejrzystości, jak i wymogami uczciwej konkurencji, a więc podstawowych założeń instytucji zamówień publicznych, wskazanych w art. 16 ustawy Pzp. Jednym z podstawowych wyjątków od zasady jawności jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią.

Izba nie może z urzędu doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru.

Dalej, należy także wskazać, że aby można było uznać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca jest zobowiązany wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Dla owego „wykazania" nie wystarczą jednak same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek, warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Wykazanie", o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.).

Z kolei sama definicja „tajemnicy przedsiębiorstwa" została zawarta w art. 11 ust. 4 uznk i zgodnie z nią 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. Tym samym, w myśl przywołanej definicji, za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: (i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa; (ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej; (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Co istotne spełnienie powyższych trzech przesłanek uznania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, musi wynikać z treści uzasadnienia, które przedkłada wykonawca wraz z dokumentami, które zastrzega jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Nie ma zatem znaczenia, czy treść uzasadnienia zastrzeżenia jest obszerna, ale czy jest przekonująca, jak też - na ile jej obszerność przekłada się na wartość merytoryczną.

Izba w pełni podziela także stanowisko prezentowane w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) gdzie wskazano, m.in.: „Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla

tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.” Tym samym nie można zgodzić się z dostrzeganą m.in. w praktyce orzeczniczej Izby skłonnością wykonawców, a niekiedy też zamawiających, do nadmiernie „liberalnego” traktowania przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących objęcie przedstawianych przez wykonawców informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe, jak też biorąc pod uwagę treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji przekazanych przez GRAPHIT jako tajemnica przedsiębiorstwa, skład orzekający doszedł do przekonania, że wykonawca nie udowodnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Złożone wyjaśnienia zawierają bowiem jedynie ogólnikowe twierdzenia, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu. Wykonawca podejmuje próby wykazania, że dla niego informacje przekazane w dokumentach przedstawiają wartość gospodarczą, w szczególności skupiając się w swojej argumentacji na zasadności dokonanego zastrzeżenia w zakresie, w jakim objął on tajemnicą wykaz osób dedykowanych do realizacji zamówienia oraz wykaz usług i referencje.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia wykazu osób, jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy, Izba doszła do przekonania, że GRAPHIT nie wykazał, iż zastrzegane informacje mają dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Dostrzeżenia wymaga, że w wykazie osób wykonawcy zobowiązani byli ujawnić tylko taką ilość informacji dotyczących danej osoby, które pozwalałyby uznać, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu tj. imię i nazwisko kilku osób, opis fragmentu ich doświadczenia zawodowego, odnoszący się do wymagań postawionych w treści warunku, podstawy dysponowania przez wykonawcę daną osobą, kwalifikacje (posiadane uprawnienia). W analizowanej sprawie istotnym było, że należało ujawniać nie całe doświadczenie zawodowe kandydata, ale opis jego doświadczenia, w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym wykaz osób dotyczył w tym przypadku jedynie tego konkretnego postępowania i stanowił zbiór informacji o osobach, dedykowanych do realizacji zamówienia, zawierając dane o nich niezbędne celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w tym konkretnym postępowaniu.

Sama argumentacja wykonawcy odnośnie wartości gospodarczej ww. informacji nie zasługiwała na uwzględnienie w zakresie, w jakim wykonawca powoływał się, jedynie lakonicznie, na obawę „podkupienia” personelu o specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu. W treści uzasadnienia nie opisano bowiem w sposób szczegółowy w jaki sposób i kto takie próby podejmował, jakiego postępowania i jakiej liczby osób taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też zamawiającemu żadnego dowodu.

Nie zostało również wykazane, aby wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. W szczególności nie wiadomo, ile osób z takim samym czy podobnym doświadczeniem zawodowym, wymaganym przez zamawiającego, jest dostępnych na rynku.

Dodatkowo, należało też zgodzić się z argumentacją odwołującego, że w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie usług projektowych na rzecz podmiotu publicznego (szpitala) to powszechnie wiadomym jest, że podmioty takie zlecają wykonywanie takich usług w trybie postępowań o zamówienia publiczne. Z kolei dokumenty związane z takimi postępowaniami są co do zasady jawne i każda zainteresowana osoba może się z nimi zapoznać w trybie dostępu do informacji publicznej. Analiza złożonego wykazu osób wskazuje, że w przeważającej części doświadczenie tych osób dotyczy właśnie doświadczenia w wykonywaniu usług projektowych na rzecz szpitali czy też publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Nie sposób zatem uznać, że dane w tym zakresie nie są dostępne powszechnie, albo też, że nie można ich z łatwością pozyskać. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że inny wykonawca w pierwszej kolejności musi wiedzieć jakimi osobami posługuje się GRAPHIT w tym postępowaniu, aby następnie pozyskać odpowiednie informacje. Wystarczy przecież zapoznać się z podobnymi, realizowanymi w referencyjnym okresie wymaganym przez zamawiającego zamówieniami, aby ustalić jakie podmioty je wykonywały i jakimi osobami posługiwały się one celem zrealizowania tych zamówień.

Tym samym bez znaczenia jest, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ujawnił nazwę podmiotu trzeciego tj. AB-PROJEKT i ułatwił odwołującemu możliwość dotarcia do informacji na jego temat. Kluczowe w okolicznościach niniejszej sprawy jest, że jak wykazał odwołujący za pomocą złożonych na rozprawie dowodów (informacje zamieszczone na stronie AB-PROJEKT; treść odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 614/19, listy referencyjne i wykaz osób AB-PROJEKT) z łatwością można pozyskać dane dotyczące osób, wraz z posiadanym przez nie doświadczeniem, którymi dysponuje wykonawca

AB-PROJEKT. Nawet jeśli w całości informacje te nie pokrywają się z tymi, które przekazał przystępujący w złożonym w tym postępowaniu wykazie, to niewątpliwie stanowi to dowód na to, że AB-PROJEKT nie tylko, że nie poddaje szczególnej ochronie informacji na temat posiadanego wykształcenia czy uprawnień osób, którymi dysponuje, ale też ujawnia szczegółowe dane odnoszące się do ich doświadczenia w zakresie, w jakim rzekomo posiadane przez nie kwalifikacje zasługiwać miały na szczególną ochronę.

Odnosząc się natomiast wprost do argumentu wykonawcy w zakresie obawy przed „podkupieniem" osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, należy wskazać, iż w jego interesie winno być zabezpieczenie się przed utratą tych osób w taki sposób, aby nie były one zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Dodatkowo, jeżeli przystępujący twierdzi, że mamy do czynienia z osobami o tak unikalnym na rynku doświadczeniu, to tym bardziej należałoby zadbać, aby pozyskane osoby zatrzymać dla realizacji tego kontraktu.

O wartości gospodarczej zastrzeganych informacji nie może świadczyć również fakt, że wykonawca zmuszony był podjąć szereg działań celem pozyskania takiego personelu, następnie weryfikacji jego doświadczenia, w końcu też oceny czy dają one gwarancje realizacji zamówienia w stopniu wystarczającym. Zgodzić się należy z odwołującym, że gdyby uznać, że o wartości gospodarczej świadczy fakt ponoszenia kosztów dotyczących przygotowania oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - to zasadą byłaby niejawność postępowania. Udział w każdym zamówieniu wiąże się bowiem dla wykonawcy z jakimś, określonym nakładem osobowym i wymiernym kosztem, koniecznym do poniesienia w związku z przygotowaniem dokumentów, oceną doświadczenia posiadanej kadry i jej właściwym doborem.

Co z tym związane, na co również należy zwrócić uwagę, jeśli GRAPHIT przywołuje argument, że pozyskał personel zewnętrzny i tak dobrał określoną grupę projektantów, która w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia daje gwarancję, że osiągnięte zostaną rezultaty realizacji zamówienia dla zamawiającego, oznacza to, że informacje zebrane w ten sposób zostały przygotowane i dobrane wyłącznie na potrzeby tego określonego postępowania. Tym samym ów zbiór danych, w takiej samej konfiguracji, nie będzie przydatny w przypadku ubiegania się o inne zamówienia publiczne. Jak wielokrotnie podkreślała Izba w swoich orzeczeniach wartość gospodarczą może stanowić jedynie taki zbiór danych dotyczących wykonawcy, który może być przez niego wykorzystany w przyszłości, nie zaś jak w tym przypadku wyłącznie raz.

Nie zasługiwała także na uwzględnienie argumentacja GRAPHIT w zakresie, w jakim dowodził, że na ochronę zasługuje treść wykazów usług i dokumentów składanych na potwierdzenie należytego wykonania usług w tych wykazach wymienionych. W tym przypadku również nie sposób podzielić oceny co do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w treści uzasadnienia przystępujący skupił się nie tyle na kwestii danych zawartych w samym wykazie usług i dokumentów podmiotowych, które potwierdzać miały należytą ich realizację, co na kwestii nieujawniania do wiadomości publicznej nazwy podwykonawcy, który udostępnił swoje zasoby. Jako kluczowy argument wskazywał, że sam dobór podmiotu, który legitymuje się stosownym doświadczeniem w tej branży i mógłby użyczyć GRAPHIT swój potencjał, stanowi wartość gospodarczą, jako że jest efektem pracy wykonawcy, uzyskanym w wyniku nakładu jego środków i niedostępnym publicznie.

Jak już wcześniej wspomniano, w odniesieniu do podobniej argumentacji odnoszącej się do utajnienia wykazu osób, sama okoliczność, że wykonawca ubiegając się o dane zamówienie, musi przeznaczyć na ten cel pewną ilość zasobów pieniężnych i osobowych - nie przesądza o wartości gospodarczej takich informacji. Nie ma też dowodów na to, gdyż GRAPHIT takich nie przedstawił, że istnieje realne ryzyko „podkupienia" podwykonawcy w przypadku ujawnienia samej nazwy tego podmiotu. W tym zakresie w treści uzasadnienia znalazły się jedynie ogólne, niedowiedzione twierdzenia, gdyż uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przystępujący twierdził, że: "udostępnienie informacji o nazwie podmiotu trzeciego, a także jego doświadczeniu referencyjnym spowoduje, że konkurenci wykonawcy wejdą w posiadanie wartościowych danych, które następnie mogą stanowić podstawę do: (i) nawiązania współpracy z tym podmiotem na potrzeby kolejnych projektów (...), (ii) podjęcia próby podkupienia podmiotu trzeciego w celu zablokowania wykonawcy możliwości złożenia oferty w postępowaniu".

Izba zwróciła w szczególności uwagę na zawarte w cytowanym fragmencie sformułowanie „może stanowić podstawę". Tego rodzaju twierdzenie, wskazujące na jedynie potencjalnie negatywny skutek dla wykonawcy, mógł zawrzeć każdy z oferentów biorących udział w postępowaniu przetargowym. W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa każdy przedsiębiorca doskonale wie, jaką wartość ma określona informacja i jakie mogą być

konsekwencje jej ujawnienia, jakiego rodzaju i gdzie poniesie straty wskutek jej ujawnienia, jaką konkretnie może ponieść stratę i jaka będzie jest wysokość. Stwierdzenie przypuszczające oznaczało jedynie, że przystępujący jedynie chce zabezpieczyć się na wypadek, gdyby taka sytuacja miała miejsce, ale wcale nie jest pewny, że ujawnienie zastrzeżonych przez niego informacji, rzeczywiście spowodowałoby dla niego negatywne konsekwencje, w szczególności naraziło na straty.

Dodatkowo, należy zauważyć, że wymienione w treści wykazu zamówienia referencyjne dotyczą obiektów, które udzielają zamówień w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem informacje dotyczące tych projektów są co do zasady jawne. Dotyczy to również dokumentów składanych na potwierdzenie należytego wykonania usług ujętych w treści wykazu, które podobnie jak treść oświadczeń, również podlegają udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej. Jedynie na marginesie należy podkreślić, że także objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie usług na rzecz podmiotów prywatnych, nie mogło by być uznane per se za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie, jeśli w treści uzasadnienia nie wskazano by podstaw uprawniających wykonawcę do dokonania takiego zastrzeżenia.

Tym samym należało uznać, że nie ma podstaw, aby dokumenty te objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa, w konsekwencji należało uznać, że zawarte w wykazach usług informacje, jak też treść referencji nie zasługują na ochronę.

Z kolei odnosząc się do informacji zastrzeżonych przez GRAPHIT w złożonych dokumentach finansowych to w pierwszej kolejności dostrzec należało, że w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w dokumentach finansowych, wykonawca w sposób niezwykle lakoniczny odniósł się do tego z jakich powodów uznał, że dokumenty te posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Trudno z treści uzasadnienia wywieść jaką to wartość gospodarczą posiadają zastrzeżone dane, w szczególności jaką szkodę poniósłby przystępujący w przypadku ujawnienia danych w nich zawartych.

W zasadzie cała argumentacja, zarówno w treści samego uzasadnienia, jak też przywołana w piśmie procesowym z 20 stycznia 2022 r. skupia się na danych zawartych w opinii bankowej, w szczególności informacji o wysokości posiadanych środków finansowych. Tu jednak nie sposób jest zgodzić się z twierdzeniem, że pozyskanie przez inny podmiot informacji w tym zakresie mogłoby zagrozić w jakikolwiek sposób pozycji wykonawcy i być przeciwko niemu wykorzystane, w szczególności w celu zaburzenia relacji na linii wykonawca - podmiot trzeci. Samo uzyskanie wiedzy o wysokości środków finansowych na koncie, przy czym co należy podkreślić posiadanych w danym banku i na dany dzień kiedy takie jest wystawiane, nie świadczy przecież o kondycji finansowej danego podmiotu. Z oczywistych powodów saldo na rachunku obrazuje stan środków posiadanych przez dany podmiot w danym banku i na dany dzień. Są to dane z oczywistych powodów stale ulegające zmianie i na tej podstawie żaden inny podmiot nie jest w stanie ocenić kondycji finansowej wykonawcy. Obawy takie są zatem czysto abstrakcyjne, a przystępujący nie wykazał żadnego rzeczywistego zagrożenia, wynikającego z faktu ujawnienia wszystkich dokumentów finansowych w pełnym zakresie.

Z kolei w odniesieniu do pozostałych dokumentów, takich jak treść załączników do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa GRAPHIT w treści uzasadnienia nie wykazał, że spełnione zostały przesłanki do uznania, że spełnione są przesłanki uzasadniające objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd przedmiotowe należało odtajnić.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania wykonawcę wnoszącego sprzeciw.

Przewodniczący: