

WYROK

z dnia 25 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Kraków - Urząd Miasta Krakowa,

przy udziale wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ujawnienie złożonych przez

Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dokumentów:

- wykazu dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznika nr 1A do SWZ - załącznika do Formularza Oferty) w zakresie informacji zawartych w kolumnie „wskazanie wdrożenia serwisu internetowego wraz z warstwą zarządzania, zintegrowanego - zgodnie z modelem usługowym SOA z wykorzystaniem mikroserwisów - z co najmniej dwoma innymi systemami informatycznymi (przy czym każdy autorstwa innego podmiotu trzeciego)” oraz „wskazanie zamówienia polegającego na integracji systemu informatycznego z Węzłem Krajowym”;
- zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby do oddania do dyspozycji Integrated Solutions Sp. z o.o. niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wraz z KRS tychże podmiotów z wyjątkiem informacji o imionach i nazwiskach osób zdolnych do wykonania zamówienia wskazanych w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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: .....

Zamawiający - Gminę Miejską Kraków - Urząd Miasta Krakowa - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Zaprojektowanie,

wykonanie i wdrożenie w UM Krakowa zintegrowanego portalu Krakowskie Centrum

Kontakt - Elektroniczne Usługi Publiczne oraz świadczenie usługi asysty technicznej i konserwacji,. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 października 2021 r. pod nr 2021/S 206-537983.

W dniu 10 stycznia 2022 r. wykonawca Comarch S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1, 2, 3 w zw. z art. 16 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu następujących dokumentów złożonych przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o. o.:

- Wykazu dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznika nr 1A do SWZ - załącznika do Formularza Oferty) w zakresie informacji zawartych w kolumnie „wskazanie wdrożenia serwisu internetowego wraz z warstwą zarządzania, zintegrowanego - zgodnie z modelem usługowym SOA z wykorzystaniem mikroserwisów - z co najmniej dwoma innymi systemami informatycznymi (przy czym każdy autorstwa innego podmiotu trzeciego)” oraz „wskazanie zamówienia polegającego na integracji systemu informatycznego z Węzłem Krajowym”;
- Zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wraz z KRS tych podmiotów z wyjątkiem informacji o imionach i nazwiskach osób zdolnych do wykonania zamówienia wskazanych w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu ww. następujących dokumentów złożonych przez Integrated Solutions Sp. z o. o.

Odwołujący wskazał, że 30 grudnia 2021 r. Zamawiający przekazał informację o wykonawcach, którzy skutecznie objęli tajemnicą przedsiębiorstwa część dokumentów, wskazując, które dokumenty zostały przez wykonawców skutecznie zastrzeżone w postępowaniu. W odniesieniu do wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził, że wykonawca skutecznie objął tajemnicą przedsiębiorstwa m.in.:

- Wykaz dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia w celu ustalenia liczby punktów w kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 19.3. SWZ,
- zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wraz z KRS tych podmiotów.

W ocenie Odwołującego, powyższe informacje w zakresie wskazanym w odwołaniu zostały bezpodstawnie uznane przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, powinny zostać przez Zamawiającego

udostępnione.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a ograniczenie zasady jawności powinno mieć miejsce tylko w wyjątkowych, określonych przypadkach, zaś odstępowania od tej podstawowej zasady, określone w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, należy traktować ściśle i ograniczać do sytuacji, kiedy potrzeba ochrony indywidualnego interesu wykonawcy doznaje prymatu nad umożliwieniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu realizacji zasady jawności i prawa do zapoznania się z zawartością ofert.

Odwołujący powołał się na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa określoną w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i podniósł, że aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, winny być spełnione łącznie, tj. informacja ta musi: 1) mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, 2) nie być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie być łatwo dostępna dla takich osób, 3) w stosunku do niej muszą zostać podjęte działania w celu zachowania poufności. Odwołujący podkreślił, że zamawiający prowadząc postępowanie każdorazowo ma obowiązek zweryfikowania czy dane informacje, oznaczone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawowe przesłanki zastrzeżenia. W wypadku gdy zamawiający stwierdzi, że nie posiadają one takiego charakteru wówczas podlegają one ujawnieniu. Odwołujący podkreślił, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Zdaniem Odwołującego, Integrated Solutions - wbrew obowiązki wynikającemu z treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp - nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

W odniesieniu do sposobu ochrony informacji przed dostępem osób trzecich, a nawet części pracowników danego przedsiębiorcy, Odwołujący stwierdził, że Integrated Solutions co prawda powołał się na obowiązującą u wykonawcy Politykę Bezpieczeństwa Informacji, jednak nie przekazał wyciągu z tej Polityki, a także nie przedstawił dowodów na stosowanie zabezpieczeń informacji, np. w postaci umów z pracownikami czy też umów o zachowaniu poufności.

W zakresie Wykazu dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia Odwołujący zakwestionował zastrzeżenie informacji zawartych w kolumnie „wskazanie wdrożenia serwisu internetowego wraz z warstwą zarządzania, zintegrowanego - zgodnie z modelem usługowym SOA z wykorzystaniem mikroservisów - z co najmniej dwoma innymi systemami informatycznymi (przy czym każdy autorstwa innego podmiotu trzeciego)” oraz „wskazanie zamówienia polegającego na integracji systemu informatycznego z Węzłem Krajowym” - tj. w zakresie informacji o zrealizowanych zamówieniach przez osoby skierowane do realizacji zamówienia (nazw projektów, w których te osoby brały udział). Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje skuteczności zastrzeżenia imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia, a jedynie informacji o zrealizowanych przez te osoby zamówieniach (nazw projektów).

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Integrated Solutions uzasadnia konieczność zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie dodatkowego doświadczenia niemal wyłącznie ryzykiem podkupienia osób skierowanych do realizacji umowy przez innych wykonawców. Wykonawca wskazuje, że informacja, iż dana osoba posiada konkretne doświadczenie i kompetencje, ma dla niego wartość gospodarczą właśnie z uwagi na ryzyko podkupienia specjalistów przez innych wykonawców. Odwołujący stwierdził, że o ile informacja o imieniu i nazwisku danego specjalisty pozwala na jego identyfikację, to informacja wyłącznie o zrealizowaniu przez jakiegoś (niesprecyzowanego) specjalistę dodatkowego, konkretnego zamówienia nie umożliwia identyfikacji tego specjalisty. Informacja o zrealizowaniu przez niezidentyfikowane osoby konkretnych zamówień, jest informacją o tym, czy osoba jaką wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia spełnia konkretne warunki określone indywidualnie przez Zamawiającego, w tym konkretnym postępowaniu. Co za tym idzie, w przypadku ujawnienia powyższej informacji, ryzyko podkupienia specjalisty nie istnieje, w związku z brakiem możliwości zidentyfikowania tego specjalisty. Wobec powyższego, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, jakoby skonkretyzowanie posiadanego doświadczenia i uprawnień, w gronie osób posiadających wysokie i rzadkie kwalifikacje, miało umożliwić identyfikację tych osób także bez ujawniania imion i nazwisk. Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał rzadkich i unikalnych kwalifikacji czy uprawnień, których ujawnienie umożliwiłoby identyfikację osoby skierowanej do realizacji zamówienia. W załączniku do oferty wykonawcy byli zobligowani do wskazania specjalistów, którzy

wykonali wymagane przez Zamawiającego dodatkowe punktowane zamówienia.

Zamawiający nie wymagał od specjalistów szczególnych uprawnień, kwalifikacji, certyfikatów czy też innych, konkretnych informacji, których ujawnienie umożliwiłoby identyfikację osoby skierowanej do realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu, informacja wyłącznie o zrealizowanym zamówieniu, bez powiązania z jakimikolwiek innymi danymi, nie umożliwia identyfikacji konkretnego specjalisty skierowanego do realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w pozostałym zakresie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Integrated Solutions jest lakoniczne, gołosłowne i nieoparte dowodami. Wykonawca wskazał m.in., że doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia dotyczy również doświadczenia uzyskanego przy realizacji projektów i inwestycji realizowanych poza sektorem publicznym, co do których obowiązują umowne klauzule o poufności. Zdaniem Odwołującego fakt, że dane zamówienie było realizowane poza sektorem publicznym przesądza, że informacja ta stanowi informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie przedstawił żadnych argumentów, dlaczego zamówienie wskazywane w wykazie doświadczenia, a realizowane na rzecz podmiotów nieobjętych reżimem ustawy Pzp miało stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, w szczególności przywoływanych klauzul umownych o poufności, a tym samym nie udowodnił faktu, z którego wywodzi skutki prawne.

Odnosząc się do twierdzenia Integrated Solutions, że na podstawie danych zawartych w Wykazie dodatkowego doświadczenia jest prawdopodobne ustalenie, czy wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych oraz w jaki sposób może uzyskać zasoby, którymi sam bezpośrednio nie dysponuje, Odwołujący podniósł, że wskazane zostało jedynie lakonicznie, że wartość gospodarcza powyższych informacji wynika zarówno z tego, że stanowią zbiór informacji zebranych na potrzeby konkretnego postępowania, lecz również dlatego, że ich ujawnienie może utrudnić pozyskiwanie i realizacji kolejnych zamówień w przyszłości, a zatem odnosi się do stałego waloru Wykonawcy wskazując jakimi osobami i od jakich podmiotów może dysponować wykonawca w przyszłości. W ocenie Odwołującego, twierdzenia te są bezzasadne i nieudowodnione. Wykonawca w jakikolwiek nawet sposób nie wykazuje i nie udowadnia, że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub są innymi informacjami, przedstawiającymi dla przystępującego wartość gospodarczą. Brak jest w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazania, w jaki negatywny sposób na wykonawcę wpłynie fakt pozyskania przez inne firmy wiedzy o posiadanych możliwościach (zasobach) lub ich braku. Wykonawca nadto w żaden sposób nie dowodzi, w jaki sposób ujawnienie informacji o zrealizowaniu przez specjalistę zamówienia w wykazie dodatkowego doświadczenia miałoby utrudnić pozyskanie i realizację kolejnych zamówień w przyszłości. W ocenie Odwołującego taki związek nie istnieje, a twierdzenia w tym zakresie są gołosłowne.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, twierdzenia Integrated Solutions są ze sobą sprzeczne. Wykonawca z jednej strony wskazuje na rzekomy wymóg unikalnych kompetencji po stronie osób skierowanych do realizacji zamówienia, zebranych na podstawie konkretnego postępowania, z drugiej zaś strony twierdzi, że podjęcie informacji o jego potencjalne kadrowym miałoby utrudnić możliwość realizacji poszczególnych projektów i przyszłych zamówień. Zdawałoby się, że skoro wiedza specjalistów jest tak unikalna i zebrana na potrzeby konkretnego zamówienia, to ryzyko utrudnienia realizacji przyszłych zamówień wskutek ujawnienia informacji o zrealizowanych zamówieniach nie powinno zachodzić (trudno bowiem zakładać, że tak unikalne wymogi się jeszcze powtórzą). Wykonawca w żaden sposób nie wskazuje na konkretną wartość zastrzeżonych informacji. Ponadto, w ocenie Odwołującego, fakt czy specjaliści realizujący zamówienie są zasobem własnym czy użyczonym, jest bez znaczenia. Odtajnieniu powinna podlegać nazwa projektu, w którym brała udział osoba skierowana do realizacji zamówienia, bez względu na to jakiego podmiotu zasób ta osoba stanowi.

Odnosząc się do twierdzeń, jakoby ujawnienie potencjału kadrowego wykonawcy umożliwiłoby konkurentom ocenę skali prowadzonej działalności, jak również możliwości realizacji poszczególnych projektów i dostosowanie działań biznesowych w innych projektach, Odwołujący podniósł, że brak jest podstaw do takiej tezy. Zdaniem Odwołującego, wskutek ujawnienia informacji o zrealizowanych przez specjalistów zamówieniach konkurenci mogą co najwyżej zweryfikować, czy te zamówienia są zgodne z wymaganiami SWZ, z pewnością zaś nie mogą dokonać oceny prowadzonej przez wykonawcę działalności (oczywiste jest, że wykonawca prowadzi działalność w szerszym zakresie niż wynika ze złożonego wykazu). Ponadto Integrated Solutions nie wykazał, w jaki sposób ujawnienie informacji o zrealizowaniu przez specjalistę zamówienia w wykazie dodatkowego doświadczenia miałoby umożliwić konkurentom ocenę możliwości realizacji poszczególnych projektów i dostosowanie działań biznesowych w innych projektach (zwłaszcza mając na względzie przywoływaną przez wykonawcę specyfikę przedmiotowego

zamówienia). Wykonawca w żaden sposób nie wskazuje na konkretną wartość zastrzeżonych informacji.

W ocenie Odwołującego, Integrated Solutions nie wykazał, że informacja o zrealizowanych dodatkowych zamówieniach przez osoby skierowane do realizacji umowy stanowi informację techniczną, technologiczną lub organizacyjną przedsiębiorstwa, ani nie wykazał że posiada wartość gospodarczą. Informacja o zrealizowanych zamówieniach stanowi wyłącznie informację, czy osoba jaką zamierza Integrated Solutions Sp. z o.o. skierować do realizacji zamówienia, spełnia konkretne warunki określone indywidualnie przez Zamawiającego, w tym konkretnym postępowaniu, powyższa informacja w żaden sposób nie może mieć wartości gospodarczej, w szczególności zaś nie stanowi zabezpieczenia przed utratą zasobów kadrowych. Wiedza konkurentów dotycząca tego, czy osoby skierowane do realizacji zamówienia spełniają czy też nie punktowane wymagania Zamawiającego, nie ma znaczenia z punktu widzenia możliwości podkupowania czy też pozyskiwania takich osób przez konkurencję. Informacja wyłącznie o zrealizowanym przez specjalistę zamówieniu, bez powiązania z jakimkolwiek innymi danymi, nie umożliwia identyfikacji konkretnego specjalisty skierowanego do realizacji zamówienia, a zatem ryzyko podkupienia specjalisty nie zachodzi.

Zdaniem Odwołującego, wskazywanie przez Integrated Solutions na możliwość przejmowania/podkupowania specjalistów przez konkurencję, to wyłącznie twierdzenie i niczym nieoparta spekulacja. Wykonawca nie wskazał w uzasadnieniu tajemnicy nawet jednego przykładu, jakichkolwiek okoliczności, czy też dowodów na powyższy fakt i ryzyko. Przedmiotowe stwierdzenia są bardzo lakoniczne, ogólnikowe i w zasadzie każdy mógłby je przytoczyć, w żaden sposób tym samym nie uzasadniają zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że Integrated Solutions nie wykazał przesłanki wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, poprzestając na twierdzeniu, że informacje taką wartość posiadają, jest to jednak zbyt mało, aby zastrzeżenie było skuteczne. Wykazanie przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa musi być spełnione łącznie - brak wykazania wartości gospodarczej implikuje konieczność uznania bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia i odtajnienia dokumentów.

W ocenie Odwołującego, wykonawca nie wykazał również, że informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, oraz że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Odwołujący podkreślił przy tym, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem decyzja Zamawiającego o uznaniu zastrzeżenia całości dokumentów obarczona jest wadą, jeśli niektóre części danego dokumentu nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce.

Co do zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wraz z KRS tychże podmiotów Odwołujący oświadczył, że kwestionuje objęcie ww. informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, z wyjątkiem informacji o imionach i nazwiskach osób zdolnych do wykonania zamówienia wskazanych w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów.

Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu zastrzeżenia nie zostało wykazane ani udowodnione, że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub są innymi informacjami, przedstawiającymi wartość gospodarczą. Analiza treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do wniosku, że Wykonawca nie podołał obowiązkowi wykazania, że spełniona została przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca podaje wyłącznie gołosłowne argumenty, nie przedstawiając ani szczegółowego uzasadnienia ani też żadnych dowodów na potwierdzenie podnoszonych przez siebie okoliczności, z wyjątkiem powołanie się na orzecznictwo KIO z lat 2008 i 2010.

Odwołujący podkreślił, że pomimo przywoływanego przez wykonawcę faktu zawarcia zobowiązań do zachowania poufności w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów,

zobowiązanie to nie zostało przedłożone. Odwołujący zakwestionował także skuteczność

uzgodnienia między podmiotami godzącymi się na udział w procedurze publicznego przetargu nieograniczonego (poprzez udostępnienie zasobów) generalnego i ogólnego

warunku współpracy, z którego wynika, iż jakiegokolwiek dane ich dotyczące (jako podmiotów

udostępniających zasoby) nie zostaną ujawnione podmiotom trzecim (innym wykonawcom).

Biorąc udział w procedurze publicznej, nie tylko wykonawcy, ale także takie podmioty trzecie,

godzą się na zasady rządzące takimi postępowaniami, w tym na jawność procedury. Zdaniem Odwołującego, dane udostępniane w toku postępowania (w szczególności w zakresie warunków udziału oraz podstaw wykluczenia) nie są danymi dotyczącymi biznesowej współpracy stron, a ich ujawnienie nie jest jednoznaczne z udostępnieniem szczególnych warunków współpracy.

Odnosząc się do argumentu, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa także z uwagi na potrzebę zachowania w tajemnicy informacji na temat usług zrealizowanych na rzecz podmiotów prywatnych, Odwołujący podniósł, że fakt, iż dane zamówienie było realizowane poza sektorem publicznym nie przesądza, że informacja ta stanowi informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie przedstawił żadnych argumentów, dlaczego fakt realizacji zamówienia w reżimie nieobjętym ustawą Pzp miałby uzasadniać utajnienie nazwy podmiotu użyczającego zasoby. Wykonawca nie przedstawił dowodów, w szczególności przywoływanych klauzul umownych o poufności z klientem końcowym.

Dalej Odwołujący podniósł, że Integrated Solutions nadto nie wyjaśnia, w jaki sposób wiedza o danej współpracy z danymi podmiotami oraz wiedza o korzystaniu z brakującego potencjału od podmiotów trzecich przekłada się na wartość gospodarczą. Niewykazane i nieudowodnione są twierdzenia o rzekomej szkodzie, która mogłaby powstać poprzez ujawnienie kontrahentów i partnerów handlowych, z którymi współpracuje i możliwości pozyskania kontrahentów i partnerów wykonawcy przez konkurencyjne podmioty, co miałyby utrudnić udział w kolejnych postępowaniach. Odwołujący podniósł, że skoro wykonawca ma stałych partnerów biznesowych, z którymi współpracuje przy realizacji wielu zamówień publicznych, to nie wydaje się, aby możliwe było pozyskanie tych kontrahentów przez konkurencję.

Również w odniesieniu do zobowiązania do udostępnienia zasobów Odwołujący przedstawił argumentację o niewykazaniu zaistnienia przesłanki wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Podniósł także, że nie zostało wykazane, iż informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, oraz że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący podkreślił, że każde odejście od zasady jawności postępowania winno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający szczegółowego uzasadnienia. Jeśli dany wykonawca obejmujący tajemnicą przedsiębiorstwa jakąś część informacji zawartych w wytworzonej przez siebie dokumentacji nie wykazał jednocześnie spełnienia przesłanek do ich utajnienia lub/ oraz nie przedstawił w odniesieniu do potrzeby utajnienia tych informacji stosownych dowodów, to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien poinformować o nieskuteczności utajnienia określonych informacji, a następnie w określonej sytuacji udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie tych informacji.

Odwołujący zaznaczył, że uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane jako narzędzie służące do utrudniania i uniemożliwiania pozostałym wykonawcom dokonywania weryfikacji złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert i dokumentów. Zdaniem Odwołującego, zakres informacji zastrzeżonych przez Integrated Solutions w ofercie prowadzi do wniosku, że zastrzeżenie to nastąpiło wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji oferty przez konkurencję.

Odwołujący dodał, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą liczyć się z tym, że postępowanie prowadzone jest jawnie, a zastrzeganie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa podlega ograniczeniom. Jawność postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało

wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba - na podstawie art. 523 ust. 3 ustawy Pzp - rozpoznała sprawę merytorycznie, w związku z wniesieniem przez Przystępującego sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty złożone w postępowaniu:

- wykaz dodatkowego doświadczenia - Załącznik nr 1A do SWZ, służący ocenie ofert w ramach kryterium „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” (pkt 19.3 SWZ);
- zobowiązanie do udostępnienia zasobów wraz z dokumentami dotyczącymi tych podmiotów, w tym JEDZ, KRS i nazwa podmiotu udostępniającego zasoby;
- oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom.

Przystępujący przedłożył uzasadnienie zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu tym, obok przytoczenia przepisów prawa oraz cytatów

z orzecznictwa, w zakresie objętym zarzutami odwołania przedstawił następującą argumentację:

Ad 1. Wykaz dodatkowego doświadczenia - Załącznik nr 1A do SWZ.

Specyfika zamówienia, którego dotyczy postępowanie, wymaga dysponowania przez Wykonawcę wysokokwalifikowanym personelem. Informacje na temat osób zdolnych do wykonania zamówienia obejmują m. in. dane dot. specjalistycznych kwalifikacji i unikatowego doświadczenia zawodowego tych osób, w tym uzyskanego przy realizacji projektów i inwestycji realizowanych poza sektorem publicznym, co do których obowiązują umowne klauzule o poufności. Skonkretyzowanie posiadanego doświadczenia i uprawnień, w gronie osób posiadających wysokie i rzadkie kwalifikacje, może umożliwić identyfikację tych osób także bez ujawniania imion i nazwisk.

Dane osób posiadających wysokie kwalifikacje zasługują na ochronę choćby z tego powodu, że inni wykonawcy, funkcjonujący na rynku, mogą dane te wykorzystać do pozyskania pracowników i współpracowników Wykonawcy dla siebie. Istotne jest zatem objęcie ochroną informacji mogących zapewnić Wykonawcy konkurencyjną pozycję na rynku, w tym również w kontekście ochrony przed „podkupieniem” wykwalifikowanego personelu przez inne podmioty. Przejęcie przez przedsiębiorców konkurencyjnych personelu Wykonawcy może utrudnić, a nawet uniemożliwić Wykonawcy realizację podobnych projektów w przyszłości.

Już samo zdobycie informacji o tym, że dana osoba posiada konkretne doświadczenie i kompetencje, ma wartość gospodarczą. Istnieje także realne niebezpieczeństwo przejścia

takiego pracownika przez firmę konkurencyjną w sytuacji, gdyby firma ta weszła w posiadanie ww. informacji. Utrata pracownika oznaczałaby dla Wykonawcy konieczność poniesienia realnej szkody, a także wysokich kosztów związanych w procesem rekrutacyjnym, bowiem poszukiwanie odpowiedniej osoby z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez Zamawiającego to proces trwający w czasie i kosztowny. Szczególne kompetencje i doświadczenie, wymagane od osób dedykowanych do udziału w realizacji zamówienia, wymagają korzystania z niestandardowych narzędzi rekrutacyjnych, a nadto zwiększają ryzyko nie znalezienia takiego specjalisty w ogóle.

(...) W niniejszym postępowaniu wiedza fachowa osób realizujących zamówienie, potwierdzona kwalifikacjami i doświadczeniem tych osób, stanowi wręcz kluczową wartość gospodarczą dla Wykonawcy i decyduje o zdolności Wykonawcy do realizacji zamówienia. Tym samym ujawnienie informacji o osobach zdolnych do wykonania zamówienia może spowodować rzeczywiste szkody po stronie Wykonawcy.

Osoby wskazane w Wykazie dodatkowego doświadczenia są specjalistami w danej dziedzinie, a udostępnienie informacji o kluczowych pracownikach dedykowanych do realizacji tego projektu prowadziłoby również do ujawnienia ich specjalistycznych, unikalnych kompetencji, podmiotowi prowadzącemu działalność gospodarczą konkurencyjną wobec Wykonawcy. Powoduje to konieczność zabezpieczenia się Wykonawcy przed dostępem innych osób i podmiotów do danych o dostępnych Wykonawcy zasobach kadrowych. Informacje te mają również charakter organizacyjny przedsiębiorstwa Wykonawcy, wskazują bowiem na to jakiego rodzaju zasoby i do jakiego rodzaju projektów może skierować Wykonawca. Niewątpliwie na podstawie danych zawartych w Wykazie dodatkowego doświadczenia jest prawdopodobne ustalenie, czy Wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, oraz w jaki sposób (od jakich kontrahentów) może uzyskać zasoby, którymi sam bezpośrednio nie dysponuje. Wobec powyższego należy uznać, że informacje na temat osób skierowanych do realizacji zamówienia, wraz z opisem kwalifikacji tych osób, są informacjami organizacyjnymi przedsiębiorstwa, oraz posiadają wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Ich wartość wynika zarówno z tego, że stanowią zbiór informacji zebranych na potrzeby konkretnego postępowania, lecz również z powodu, że ich ujawnienie może utrudnić pozyskiwanie i realizacji kolejnych zamówień w przyszłości, a zatem odnosi się do stałego waloru Wykonawcy wskazując jakimi osobami i od jakich podmiotów może dysponować Wykonawca w przyszłości.

Należy także podkreślić, że ewentualne ujawnienie potencjału kadrowego Wykonawcy umożliwiłoby konkurentom ocenę skali prowadzonej przez Wykonawcę działalności (liczba specjalistów o określonych kwalifikacjach), jak również możliwości realizacji poszczególnych projektów i dostosowanie działań biznesowych w innych projektach, z uwzględnieniem tej wiedzy.

Biorąc pod uwagę charakter informacji zawartych w Wykazie dodatkowego doświadczenia objętych zakazem udostępniania z uwagi na fakt, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, jak również ich wartość gospodarczą oraz przydatność organizacyjną i techniczną dla działalności gospodarczej Wykonawcy, zasadne u słuszne jest wnioskowanie przez Wykonawcę o ograniczenie kręgu osób dopuszczonych do tych informacji.

Ad 2. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów wraz z dokumentami dotyczącymi tych podmiotów, w tym JEDZ, KRS i nazwa podmiotu udostępniającego zasoby.

Zobowiązanie do udostępniania zasobów oraz dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających zasoby Wykonawcy, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz podmiotów udostępniających zasoby w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż mają charakter organizacyjny (handlowy) przedsiębiorstwa Wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, posiadają wartość gospodarczą dla Wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, nie są powszechnie znane, a Wykonawca oraz podmiot udostępniający zasoby podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji. Informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacją handlową będą dane dotyczące prowadzonej działalności handlowej, w tym zawarte przez Wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy, stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu (...). Dane zawarte w tych dokumentach posiadają wartość gospodarczą, która podlega ochronie, a w przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla Wykonawcy, w szczególności poprzez ujawnienie kontrahentów i partnerów handlowych, z którymi

współpracuje Wykonawca w toku prowadzonej działalności gospodarczej. Ujawnienie informacji, o których mowa powyżej pozwoliłoby pozyskać kontrahentów i partnerów Wykonawcy przez konkurencyjne podmioty, co utrudniłoby Wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach.

W tym konkretnym przypadku zobowiązanie do udostępnienia zasobów podlega utajnieniu dodatkowo ze względów, o których mowa w pkt. 3 poniżej tj. ze względu na zawarte w nim informacje pozwalające na zidentyfikowanie osób zdolnych do wykonania zamówienia, które zostały udostępnione Wykonawcy, a co do których podmiot udostępniający zasoby wyraził wolę utrzymania ich tożsamości w tajemnicy poprzez zastrzeżenie, że dane tych osób (obejmujące imię i nazwisko oraz opis kwalifikacji i doświadczenia) oraz zobowiązanie do udostępnienia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a także ze względów, o których mowa w pkt. 1 powyżej, z uwagi na potrzebę zachowania w tajemnicy informacji na temat usług zrealizowanych na rzecz podmiotów prywatnych, które jako zasoby zostały udostępnione na zasadzie art. 118 ust. 1 ustawy Pzp. (...)

Zgodnie z treścią zastrzeżenia dokonanego przez podmioty udostępniające zasoby Wykonawcy w samym zobowiązaniu, Wykonawca zobowiązany jest do zachowania poufności w zakresie odnoszącym się do faktu współpracy przy ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie oraz ewentualnie przy realizacji tego zamówienia. Wszystkie wyżej wskazane dokumenty pozwalają na identyfikację podmiotu udostępniającego zasoby, co zasadnym czyni objęcie ich poufnością z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Treść zobowiązania, jak również fakt złożenia takiego oświadczenia przez podmiot trzeci, nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej, nie są powszechnie znane, jednocześnie Wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania informacji zawartych w tym dokumencie w tajemnicy. (...)

### III. Polityka bezpieczeństwa

Informacje, o których mowa w pkt. I i II powyżej, są chronione zgodnie z politykami bezpieczeństwa, w szczególności są chronione zgodnie z wewnętrznymi procedurami bezpieczeństwa informacji stosowanymi przez Wykonawcę, na podstawie Uchwały Nr 2/2016 Zarządu spółki Integrated Solutions Sp. z o. o. z 31 marca 2016 r. w sprawie uchwalenia Polityki bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o. oraz załącznika do tej uchwały pn. „Polityka bezpieczeństwa informacji w Integrated Solutions Sp. z o. o.” (dalej jako „PBI”). Sposób, w jaki w praktyce są chronione informacje w Integrated Solutions Sp. z o. o., zarówno w postaci dokumentów papierowych, jak i zawartych na elektronicznych nośnikach informacji oraz informacji w postaci cyfrowej, określone są w wyżej wymienionych dokumentach.

PBI powstała w celu uniemożliwienia osobom nieuprawnionym dostępu do informacji i zabezpieczenie chronionych interesów Integrated Solutions sp. z o.o., w tym również podmiotów z nią współpracujących. Swoim zakresem obejmuje zarówno pracowników, jak i współpracowników. W jej treści określono m. in. wymagania w zakresie zarządzania bezpieczeństwem informacji, przetwarzania informacji (w tym także informacji chronionych i ich standardów bezpieczeństwa), zarządzanie zasobami informacyjnymi, konieczne środki bezpieczeństwa, odpowiedzialność, wymagania wobec osób przetwarzających informacje chronione, zasady dostępu do informacji - ich oznaczania, opracowywania i przetwarzania zgodnie ze ściśle przyjętymi zasadami, obsługę kancelaryjną, zaopatrzenie klauzulami bezpieczeństwa, archiwizację i niszczenie, działanie w przypadku incydentu związanego z bezpieczeństwem informacji. Dokumenty wskazane powyżej stanowią również tajemnicę przedsiębiorstwa. W praktyce informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są chronione u Wykonawcy poprzez przechowywanie papierowych egzemplarzy dokumentów zawierających dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w pomieszczeniach, do których dostęp jest kontrolowany (pomieszczenia są chronione i monitorowane, można się do nich dostać jedynie z wykorzystaniem przepustki), jak i w formie elektronicznej poprzez umieszczenie informacji na nośnikach danych zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem za pomocą hasła, a także odpowiednim oprogramowaniem (DLP, antywirusowym, firewall).

Wobec powyższego należy stwierdzić, że informacje o których mowa w pkt I i II powyżej ze względu na swoją treść mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz zważywszy, że Wykonawca jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji nie ujawnił ich do wiadomości publicznej, a także z zachowaniem należytej staranności podjął kroki zmierzające do zachowania ich w tajemnicy, należy stwierdzić, że utajnienie tych informacji jest uzasadnione w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś 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.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest jawność postępowania, która służy też realizacji pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych. Trudno bowiem o zagwarantowanie zasady przejrzystości czy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, które w określonej części nie jest jawne. Zasada ta ma więc charakter fundamentalny, a odstępstwa od niej możliwe są wyłącznie na zasadzie wyjątku, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W związku z tym za naganną należy uznać, dostrzeganą w praktyce orzeczniczej Izbę tendencję do nadużywania przez wykonawców możliwości zastrzegania przedstawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co czyni z niej narzędzie służące raczej uniemożliwieniu weryfikacji prawidłowości postępowania przez konkurentów, niż rzeczywistej ochronie interesów wykonawcy.

W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zauważyć należy, że w poprzednim stanie prawnym, przed nowelizacją z 29 sierpnia 2014 r., ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis 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.

Nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy nałożyła na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika także, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia powinno nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. W związku z tym przedstawianie dopiero w postępowaniu odwoławczym nowych argumentów, mających świadczyć o zasadności takiego zastrzeżenia, należy uznać za spóźnione.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był, przekazując te informacje Zamawiającemu, wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa

lub inny posiadający wartość gospodarczą,

- 2) 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,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Przystępującego nie potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe, obejmujące ogólnostawne deklaracje wykonawcy oraz zbiór tez z orzecznictwa. Ma ono charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Rodzaj przedstawionej argumentacji powoduje, że trudno jest się nawet do niej szczegółowo odnieść, składa się ona bowiem z powielanych ogólnikowych twierdzeń, w żaden sposób nie powiązanych ze skonkretyzowanymi informacjami czy uwarunkowaniami przedmiotowego postępowania.

Analiza przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że Przystępujący nie wykazał ani wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ani tego, że pozostają one poufne.

Co do kwestii wartości gospodarczej informacji zawartych w wykazie dodatkowego doświadczenia oraz w zobowiązaniach do udostępnienia zasobów, Izba stwierdziła, że wartość ta w żadnej mierze nie została wykazana.

Izba wzięła pod uwagę, że żądanie odwołania dotyczące tych dokumentów nie dotyczyło ujawnienia imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W związku z powyższym tym bardziej trudno dopatrzeć się w przedstawionym przez Przystępującego uzasadnieniu wartości gospodarczej pozostałych informacji zawartych w ww. dokumentach.

Ze stanowiska Przystępującego wynika, że nawet przy utrzymaniu niejawności danych osobowych osób skierowanych do realizacji zamówienia, możliwa będzie ich identyfikacja, ponieważ inni wykonawcy, wiedząc, jakie projekty zostały wskazane w ramach doświadczenia tych osób, będą wiedzieć, jakie podmioty i przy pomocy jakich osób zrealizowały te projekty. Powyższe wskazuje, że wiedza o wykonawcach poszczególnych projektów i osobach, którymi się posługiwali, nie jest niejawną, a Przystępujący próbuje raczej chronić informacje o tym, że na doświadczenie takich właśnie osób się powołał, a nie informacje o tym doświadczeniu.

W odniesieniu do argumentacji o ryzyku przejęcia personelu przez innych wykonawców stwierdzić należy, że nawet jeśli takie ryzyko rzeczywiście istnieje, to na pewno nie zostało przez Przystępującego wykazane. Przystępujący ograniczył się w tym zakresie do przedstawienia ogólnych i nieopartych nawet szerszym opisem tez o istnieniu takiego ryzyka oraz ogólnikowo wskazał, że zastrzeżone dane dotyczą specjalistycznych kwalifikacji i unikatowego doświadczenia zawodowego tych osób, co do których obowiązują umowne klauzule o poufności. Przystępujący nie określił jednak na czym polega unikalność takiego doświadczenia, których elementów tego doświadczenia to dotyczy i jak wygląda kwestia dostępności osób z takim doświadczeniem na rynku pracy. Z kolei twierdzenie o tym, że zastrzeżone dokumenty zawierają informacje o specjalistycznych kwalifikacjach personelu nie ma oparcia w treści tych dokumentów. Ani bowiem wykaz dodatkowego doświadczenia, ani zobowiązania do udostępnienia zasobów, nie zawierają opisu kwalifikacji zawodowych (jak np. tytuły zawodowe, uprawnienia, szkolenia, certyfikaty), a jedynie informacje na temat doświadczenia (wskazanie, w jakich projektach i w jakim charakterze poszczególne osoby brały udział, w wykonaniu jakich projektów). Dodatkowo Przystępujący nie wskazał, aby spotkał się z chociażby próbami przejmowania pracowników, a dowód mający potwierdzać istnienie takich przypadków na rynku IT (informację prasową) przedstawił dopiero w postępowaniu odwoławczym. Przystępujący nie wykazał również, że osoby, którymi dysponuje, same nie ujawniają na rynku pracy informacji o swoim doświadczeniu zawodowym.

Powyższa argumentacja znajduje zastosowanie nie tylko do wykazu dodatkowego doświadczenia, ale również do zobowiązań do udostępnienia zasobów. W odniesieniu do tych zobowiązań dodatkowo zauważenia wymaga, że skoro podmiot udostępniający zasoby musi brać udział w wykonaniu zamówienia, to trudno dopatrzeć się możliwości, że pozostanie on niezidentyfikowany. Przystępujący nie podjął nawet próby wykazania, w jaki sposób fakt współpracy na etapie realizacji zamówienia mógłby pozostać niejawnym, nie zostało też wykazane, jaką szkodę na przyszłość może wyrządzić Przystępującemu ujawnienie, z kim współpracuje on na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy w tym zakresie stanowi zbiór ogólnikowych twierdzeń i cytatów z orzecznictwa.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał też, jak chroniona jest poufność informacji, które zastrzegł. Skoro ochrona taka wynika z dokumentu wewnętrznego spółki (Polityka bezpieczeństwa informacji), to nic nie stało na przeszkodzie, aby taki dokument przedłożyć, nawet jeżeli nie w całości, to w postaci wyciągu uwzględniającego regulacje odnoszące się do sposobu ochrony informacji tego rodzaju, jakie zostały zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu. Należy bowiem stwierdzić, że jeśli jest możliwe przedstawienie dowodu na okoliczność spełnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w tym przypadku przesłanki dotyczącej działania w celu utrzymania informacji w poufności), to za niewystarczające i ogólnikowe należy uznać same oświadczenia wykonawcy o istnieniu takich regulacji, zwłaszcza że ich skuteczność czy kompletność nie może być w takiej sytuacji należycie oceniona. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Przystępującego, że polityka bezpieczeństwa nie została przedstawiona, gdyż zawiera ona informacje niejawne. Zauważenia wymaga, że jeśli tak rzeczywiście jest, to możliwa jest ich ochrona przed udostępnieniem innym wykonawcom, nie ma natomiast powodu odmawiać dostępu do takiego dokumentu Zamawiającemu. Niezasadne jest powoływanie się na ryzyko jego nieuprawnionego ujawnienia przez Zamawiającego, przyjęcie takiego stanowiska mogłoby prowadzić do nieakceptowalnego wniosku, że wykonawca mógłby w taki sposób unikać przedstawiania Zamawiającemu również wielu innych informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego, że również Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa analogiczne informacje, wskazać należy, że skuteczność tego zastrzeżenia nie jest przedmiotem orzekania w niniejszej sprawie, zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Kwestia ta nie może też przesądzać o tym, czy Przystępujący zasadnie zastrzegł informacje, rozstrzygające znaczenie w tym zakresie ma to, jak Przystępujący uzasadnił zastrzeżenie przedłożonych informacji. Dodatkowo, nie można wykluczyć sytuacji, że w odniesieniu do tych samych kategorii informacji jeden wykonawca skutecznie wykazuje zasadność zastrzeżenia, podczas gdy inny nie sprostą temu ciężarowi. Niezależnie od powyższego warto zaznaczyć, że Zamawiający jest zobowiązany do równego traktowania wykonawców, zatem jeśli zastrzeżenie takich samych informacji zostało przez różnych wykonawców nienależycie uzasadnione, to powinien ich potraktować tak samo. Kwestia ta nie jest jednak przedmiotem niniejszego orzeczenia.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy 18 ust.

1 i 3 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie - stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp - podlegało uwzględnieniu.

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 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 2

2020 r.

poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Przystępującego.

Przewodniczący: .....