

WYROK

z dnia 31 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2022 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Torpol Oil&Gas spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysogotowie, ul. Długa 5 oraz TORPOL spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Świętego Michała 43 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Kasprzaka 25

przy udziale wykonawcy Control Process spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1288/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Torpol Oil&Gas spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysogotowie, ul. Długa 5 oraz TORPOL spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Świętego Michała 43 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Torpol Oil&Gas spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysogotowie, ul. Długa 5 oraz TORPOL spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Świętego Michała 43 tytułem 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 (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Rozbudowa KRNiGZ Lubiatów w celu zwiększenia możliwości produkcyjnych ze złoża Międzychód”, nr postępowania ZP/PGNG/21/0275/GE/DIG2 cz. I - rozbudowa Ośrodka Centralnego Lubiatów (OC Lubiatów) o zespół budynków i obiektów budowlanych wraz z infrastrukturą techniczną; rozbudowa Ośrodka Grupowego Międzychód (OG Międzychód) związana z włączeniem do eksploatacji odwiertu Międzychód-8H” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: DZ.U./S S207 25/10/2021 542787-2021-PL.

Pismem z dnia 6 maja 2022 r., znak DZ.ZB.10-5.2022 zamawiający poinformował odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Torpol Oil&Gas spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysogotowie, ul. Długa 5 oraz TORPOL spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Świętego Michała 43, o udostępnieniu części wnioskowanych przez niego dokumentów, w tym

- (1) wyjaśnień złożonych przez Control Process S.A. w zakresie, w którym zamawiający uznał zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w pkt 1-3 ww. pisma za niezasadne tj. pismo z dnia 26 kwietnia 2022 r., znak: AK/0170/MW/22,
- (2) pismo zamawiającego z dnia 4 maja 2022 do Control Process S.A. z informacją o uznaniu za nieskuteczne zastrzeżenie informacji i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie pkt 1-3 wyjaśnień z dnia 26 kwietnia 2022 r., znak: AK/0170/MW/22 oraz
- (3) wykaz osób złożony przez Control Process S.A.

Z udostępnionego przez zamawiającego pisma Control Process S.A., o którym mowa powyżej w pkt (1) wynika, że zamawiający uznał, że skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje stanowiące wykaz zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, złożone w toku postępowania przez Control Process S.A.

Zamawiający pominął bowiem w odpowiedzi na wniosek odwołującego z dnia 5 maja 2022 r. kwestię udostępnienia wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, złożone w toku postępowania przez Control Process S.A., o które wnioskował odwołujący, a które to dokumenty zostały objęte przez Control Process S.A. tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 13 maja 2022 r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw z dnia 12 maja 2022 r. udzielonych za Torpol Oil&Gas przez prokurenta samoistnego, a za TORPOL przez dwóch wiceprezesów zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 13 maja 2022 r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- (1) nieprawidłowej oceny przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez Control Process S.A. wykazu zamówień wykonanych oraz dowodów, potwierdzających, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie - jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechania przez zamawiającego odtajnienia tych dokumentów;
- (2) niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania zamawiającego polegającego na odmowie udostępnienia odwołującemu wykazu zamówień wykonanych oraz dowodów, potwierdzających, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie złożonych w toku postępowania przez Control Process S.A., jako rzekomo stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa; mających miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Rozbudowa KRNiGZ Lubiatów w celu zwiększenia możliwości produkcyjnych ze złoża Międzychód”, nr postępowania ZP/PGNG/21/0275/GE/DIG2 cz. I - rozbudowa Ośrodka Centralnego Lubiatów (OC Lubiatów) o zespół budynków i obiektów budowlanych wraz z infrastrukturą techniczną; rozbudowa Ośrodka Grupowego Międzychód (OG Międzychód) związana z włączeniem do eksploatacji odwiertu Międzychód-8H (dalej jako „postępowanie”) i zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- (1) art. 18 ust.1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm „UZNK”) przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż informacje zawarte w złożonym przez Control Process S.A. wykazie zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informa-

cje posiadające wartość gospodarczą, a przez to mają zdolność do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a Control Process S.A. wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa;

(2) art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, że informacje zawarte w złożonym przez Control Process S.A. wykazie zamówień wykonanych oraz dowodach potwierdzających, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie nie są powszechnie znane lub dostępne, jak również poprzez uznanie, że Control Process S.A. wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa;

(3) art. 74 ust. 1 i 2 ustawy (w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy) przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na zaniechaniu udostępnienia odwołującemu złożonego przez Control Process S.A. wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.

Wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,

- nakazanie zamawiającemu udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie złożonych przez Control Process S.A.;

a także

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą („KIO”)

oraz

- przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu sklasyfikowaną na drugim miejscu.

W interesie odwołującego, który złożył ofertę w postępowaniu, jest bowiem zweryfikowanie czy oferta Control Process S.A. jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji warunków zamówienia czy też, powinna zostać odrzucona. Celowe dla przeprowadzenia takiej oceny jest zapoznanie się przez odwołującego z informacjami zawartymi we wszystkich podmiotowych środkach dowodowych, których poufność Control Process S.A. bezzasadnie zastrzegła, a zamawiający, powielając błędną kwalifikację Control Process S.A., decyzją z dnia 6 maja 2022 r., odmówił ujawnienia. Nieuwzględnienie odwołania uniemożliwi odwołującemu weryfikację zgodności oferty Control Process S.A., a to z kolei spowoduje poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie.

W postępowaniu, w odniesieniu do części I oferty złożyli następujący wykonawcy: Control Process S.A., odwołujący oraz PGNiG Technologie S.A.

W ramach obowiązującej w postępowaniu zasady jawności odwołujący zawnioskował do zamawiającego o udostępnienie dokumentów złożonych w postępowaniu, a przede wszystkim dokumentów złożonych przez Control Process S.A., którego oferta po otwarciu ofert znajduje się na pierwszym miejscu.

W dniu 6 maja 2022 r. zamawiający przekazał odwołującemu dokument stanowiący odpowiedź na wniosek odwołującego z dnia 5 maja 2022 r. i wcześniejszy wniosek z dnia 22 kwietnia 2022 r. dotyczący udostępnienia dokumentów składanych w toku postępowania

przez Control Process S.A. na wezwanie zamawiającego tj. pismo z dnia 6 maja 2022 r.,

znak DZ.ZB.10-5.2022, przekazując tym samym odwołującemu informację o dokonanej przez zamawiającego anonimizacji w zakresie wykazu wykonanych robót budowlanych. Dowód:

- Wniosek odwołującego z dnia 22 kwietnia 2022 r. (w aktach postępowania u zamawiającego);
- Wniosek odwołującego z dnia 5 maja 2022 r. (w aktach postępowania u zamawiającego);

- Pismo zamawiającego z dnia 6 maja 2022 r., znak DZ.ZB.10-5.2022 (w aktach postępowania u zamawiającego);

Z treści ww. pisma zamawiającego wynika jednoznaczny wniosek, iż zamawiający nie ujawnił wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie złożonych w toku postępowania przez Control Process S.A. na wezwanie zamawiającego z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa, która została zastrzeżona przez tego wykonawcę. Takie działanie zamawiającego odwołujący uznał za wadliwe.

Z przekazanej przez zamawiającego informacji zawartej w piśmie z dnia 6 maja 2022 r. wynika również, że Control Process S.A. złożył uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie wraz z ofertą i w następstwie kolejnych czynności w postępowaniu kolejnych uzasadnień już nie składał.

Wobec powyższego odwołujący podkreślił, że zamawiający uznał zastrzeżenie przez Control Process S.A. wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie uzasadnienia złożonego wraz z ofertą tj. pisma z dnia 27 stycznia 2022 r., pozornie odnoszącego się wyłącznie do dokumentów wskazanych w lit. a-f wyszczególnionych na wstępie pisma.

Dowód:

- Pismo Control Process S.A. z dnia 27 stycznia 2022 r. (w aktach postępowania u zamawiającego);

Zamawiający dokonał pełnego utajnienia wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie tj. dokumentów złożonych w toku postępowania przez Control Process S.A. na wezwanie zamawiającego wystosowane w trybie art. 126 ust. 2 ustawy w dniu 9 marca 2022 r. W ocenie odwołującego odmowa udostępnienia rzeczonych dokumentów nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Przytoczył treść art. 11 ust. 2 UZNK. Powołał zasadę jawności z art. 18 ust. 1 ustawy i wskazał, że zasadę tę eksponuje również art. 74 ust. 1 i 2 ustawy stanowiący, iż protokół postępowania jest jawny, a załączniki do niego udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia

otwarcia ofert.

Wszelkie wyjątki od tej generalnej zasady muszą mieć swe źródło w normie rangi ustawowej, i być interpretowane w sposób ścisły, zgodnie z zakazem rozszerzającej wykładni wyjątków

(exceptiones non sunt extendendae). Na gruncie ustawy jedynym takim wyjątkiem jest przepis art. 18 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przytoczył treść tego artykułu.

Odnosząc się do pisma z dnia 27 stycznia 2022 r. zawierającego uzasadnienie Control Process S.A. zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, na które przystał zamawiający należy zwrócić uwagę na dwa aspekty sprawy.

W pierwszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na czas oraz formę zastrzeżenia ww. wykazu i dowodów jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Control Process S.A. Treść pisma ww. wykonawcy z dnia 27 stycznia 2022 r. na wstępie sugeruje bowiem, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają dokumenty:

- a) Część formularza ofertowego, pkt 9 (Podwykonawcy),
- b) Zobowiązanie podmiotu trzeciego,
- c) JEDZ podmiotu trzeciego,
- d) Tabela pozycji do harmonogramu szczegółowego (Załącznik 6a),
- e) Pełnomocnictwo,

f) Załączniki do pisma

jednakże dopiero analiza treści pisma wskazuje, że w istocie Control Process S.A. uzasadnia zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa „wykazu osób” (strona 5) oraz w części pisma zatytułowanej „Podmioty trzecie” - „wykazu realizowanych zadań” (strona 8), a zupełnie pomija uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów wskazanych w lit. a-f wskazując jedynie na ogólne twierdzenia i wybrane orzecznictwo w temacie tajemnicy przedsiębiorstwa. Niezależnie od powyższego odwołujący zaznaczył, że Control Process S.A. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 9 marca 2022 r. znak DZ.ZB.41-3.2022 również w przeważającej większości zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożone dokumenty, jednak zamawiający na podstawie pisma z dnia 8 kwietnia 2022 r. uznał dokonane przez ww. wykonawcę zastrzeżenie informacji i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne w zakresie dokumentów wskazanych w treści tego pisma z dnia 8 kwietnia 2022 r., znak DZ.ZB.28-4.2022.

Dowód:

- Pismo zamawiającego z dnia 9 marca 2022 r. znak DZ.ZB.41-3.2022 (w aktach postępowania u zamawiającego);

- Pismo Control Process S.A. z dnia 27 marca 2022 r. znak AK/0137/MW/22 (w aktach postępowania u zamawiającego);

- Pismo zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2022 r. znak DZ.ZB.28-4.2022 (w aktach postępowania u zamawiającego);

Wobec faktu, że zamawiający uznał za nieskuteczne zastrzeżenie przez Control Process S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w części formularza ofertowego pkt 9 (podwykonawcy), zobowiązania podmiotu trzeciego, JEDZ podmiotu trzeciego, pełnomocnictwa do reprezentowania podwykonawców (pismo z dnia 7 lutego 2022 r., znak DZ.ZB.18-2.2022), a także dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego oraz Wykazu osób (wskazane w piśmie z dnia 8 kwietnia 2022 r.), niezrozumiałe i nie do przyjęcia jest stanowisko zamawiającego w odniesieniu do wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, które jako jedyne dokumenty w postępowaniu złożone przez Control Process S.A. nie zostały ujawnione i udostępnione przez zamawiającego, a ochrona informacji zawartych w tych dokumentach opiera się na ogólnych twierdzeniach wykonawcy o ich rzekomej wartości gospodarczej, które to argumenty zostały podniesione w stosunku do pozostałych zastrzeżonych dokumentów, a jednak nie przekonały zamawiającego do udzielenia im ochrony.

Dowód:

- Pismo zamawiającego z dnia 7 lutego 2022 r., znak DZ.ZB.18-2.2022 (w aktach postępowania u zamawiającego);

Odnosząc się zatem wyłącznie do wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, których zamawiający zaniechał przekazać odwołującemu odwołujący wskazał, że obowiązkiem Control Process S.A., w celu skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wykazu i dowodów, było wykazanie (rozumiane jako udowodnienie), dlaczego akurat ta konkretna informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy wykonawca tylko ogólnie odnosi się do informacji zawartych w wykazie i dowodach. Uzasadnienie zastrzeżenia zawarte w piśmie z dnia 27 stycznia 2022 r. zawiera zaś tylko i wyłącznie ogólne sformułowania używane przez większość wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zostały tam bowiem przywołane fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, które jednak wskazują tylko ogólnie na to, co może być uznane w określonych sytuacjach za tajemnicę przedsiębiorstwa. Control Process S.A. nie odnosi się szczegółowo do każdej informacji zawartej w wykazie i dowodach. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że Control Process S.A. tylko ogólnie wskazuje na „wykaz zrealizowanych zadań” co nie może sugerować, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy konkretnie wskazanego przez zamawiającego wykazu i dowodów, o których mowa w pkt 10 i 11 Wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 9 marca 2022 r.

Głównym argumentem Control Process S.A. zawartym w piśmie z dnia 27 stycznia 2022 r. uzasadniającym zastrzeżenie „wykazu zrealizowanych zadań” była okoliczność zastrzeżenia we wszystkich dokumentach ww. wykonawcy informacji na temat podmiotów trzecich, z którymi Control Process S.A. współpracuje. Control Process S.A. przyjął, że właśnie z wykazu zrealizowanych zadań można wywieść jaki jest przedmiot działalności podmiotów trzecich oraz ich specjalizacja, a także jakie inwestycje te podmioty zrealizowały, a dla ww. wykonawcy są to informacje mające znaczenie i wartość gospodarczą, gdyż ich ujawnienie może powodować utratę partnerów i konieczność poszukiwania nowych partnerów do realizacji

wspólnych inwestycji. Argument ten staje się jednak bezprzedmiotowy w sytuacji, gdy zamawiający w toku postępowania najpierw pismem z dnia 7 lutego 2022 r., znak DZ.ZB.18-2.2022 r., a następnie pismem z dnia 8 kwietnia 2022 r. znak DZ.ZB.28-4.2022 ujawnił informacje dotyczące podmiotu trzeciego. Tym samym w takim zachowanie zamawiającego nie można dostrzec jakiegokolwiek logiki. Skoro bowiem Control Process S.A. chce ujawnić wszelkie dane dot. podmiotu udostępniającego zasoby, po to żeby nikt poza zamawiającym nie dowiedział się czym się ten podmiot zajmuje, to w sytuacji ujawnienia danych dotyczących tego podmiotu, cała ta argumentacja nie znajduje racji bytu.

Dodatkowym argumentem Control Process S.A. zawartym w piśmie z dnia 27 stycznia 2022 r. uzasadniającym zastrzeżenie „wykazu zrealizowanych zadań” była okoliczność, że wiedza i doświadczenie podmiotów trzecich, na które powołuje się wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu były zdobyte w ramach inwestycji przy których podmioty trzecie nie były zobligowane do stosowania ustawy, „a zatem informacja o zamówieniach realizowanych przez podmioty trzecie, ich zakres rzeczowy oraz wartość mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa tych podmiotów. Wykonawca zobowiązał się do zastrzeżenia wykazu zamówień na mocy ustaleń z podmiotami trzecimi. (...)fakt zawarcia umowy o współpracy pomiędzy dwoma kontrahentami może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a taką właśnie jest umowa zawarta pomiędzy Wykonawcą a podmiotami udostępniającymi zasoby. W celu uniknięcia możliwości powzięcia informacji o zawarciu porozumienia pomiędzy podmiotem udostępniającym zasoby a Wykonawcą, Wykonawca musiał utajnić Wykaz robót budowlanych, dokumenty potwierdzające, że roboty budowlane zostały wykonane należycie oraz dokumenty dotyczące spółki będącej podmiotem trzecim”.

W odniesieniu do tego argumentu odwołujący wskazał, że zgodnie z obowiązującym orzecnictwem, KIO stoi w tego typu sytuacjach na stanowisku, że samo powoływanie się na klauzulę poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że hasłowe podanie ogólnikowych stwierdzeń ma za zadanie uniemożliwienie konkurencji weryfikację oferty wykonawcy (wyrok KIO 1933/19 z 15 października 2019 r.). Wykonawca, który powołuje się na „ustalenia z podmiotami trzecimi” w tym zakresie powinien, przedstawić zobowiązanie do zachowania poufności. Byłaby to okoliczność, która w prosty sposób może (i w związku z tym powinna) być wykazana za pomocą dowodu. Nieprzedstawienie takiego dowodu, w sytuacji gdy jego załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia wymaga jedynie dokonania tzw. anonimizacji obciąża wykonawcę i czyni wyjaśnienia w tym zakresie mało wiarygodnymi.

Niezależnie od powyższego odwołujący uznał, że Control Process S.A. nie tylko nie uzasadnił należyte zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu zamówień wykonanych i dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, ale także w ogóle nie zastrzegł informacji zawartych w dokumentach wskazanych w pkt 10 i 11 Wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 9 marca 2022 r. jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Control Process S.A. odniósł się bowiem do różnych dokumentów stanowiących wykazy zamówień/robót/zadań, ale nie można uznać, że zastrzeżenie to odnosiło się do dokumentów, o których mowa w pkt 10 i 11 Wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 9 marca 2022 r. Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa można uznać za skuteczne o ile wykonawca wykaże, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a także zastrzeże te informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż wraz z ich przekazaniem zamawiającemu. Wobec tego, że Control Process S.A. złożył uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie wraz z ofertą tj. w piśmie z dnia 27 stycznia 2022 r. i na późniejszym etapie postępowania nie były składane jakiegokolwiek inne uzasadnienia to należy uznać, że dokumenty, o których mowa w pkt 10 i 11 Wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 9 marca 2022 r. nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Control Process S.A., a zamawiający nie słusznie odmawia ich udostępnienia.

Powołał wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2022 r. sygn. KIO 22/22.

Jednocześnie stwierdził, że ogólne wrażenie po zapoznaniu się z pismem z dnia 27 stycznia 2022 r. uzasadniającym zastrzeżenie „wykazu zrealizowanych zadań” daje podstawę do stwierdzenia, że ww. uzasadnienie zostało przygotowane w oderwaniu od realiów postępowania, w taki sposób jakby miało służyć jako ogólny wzór na cele różnych postępowań, świadczy o tym chociażby wysoki stopień ogólności twierdzeń i odniesień do postępowania, która przede wszystkim wyraża się w zmianie nazw dokumentów, które mają podlegać ochronie np. „wykaz realizowanych zadań”, „wykaz zamówień”, „wykaz robót budowlanych”, używanie liczby mnogiej w stosunku do podmiotu trzeciego, używanie trybu przypuszczającego. Z uzasadnienia nie wynikają zatem żadne konkretne informacje, które sugerowałyby, że informacje podlegające utajnieniu jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Złożenie ogólnikowego, niekompletnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być zaś podstawą do ograniczenia jawno-

ści przedstawianych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informacji.

Nie ma wątpliwości, iż dokumenty zastrzeżone przez Control Process S.A., powinny zostać poddane szczegółowej weryfikacji pod kątem prawidłowości zastrzeżenia w nich tajemnicy przedsiębiorstwa. Powołał wyrok z dnia 21 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2263/19), wyrok z dnia 5 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2395/18)

Zamawiający w tej sprawie w odniesieniu do wykazu zamówień wykonanych i dowodów, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, dokonał bezkrytycznej akceptacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Control Process S.A. Mając na uwadze generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający powinien każdorazowo dokonać oceny czy w stosunku do informacji, których poufność wykonawca zastrzegł nastąpiło kumulatywne ziszczenie się przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK oraz 18 ust. 3 ustawy. Na zamawiającym spoczywa bowiem obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie informacji zawartych w ofercie wykonawcy. Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie może zatem bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez wykonawcę, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (wyrok KIO z dnia 31 marca

2009 r., sygn. akt: KIO/UZP/338/09). W tym przypadku koniecznym jest ustalenie czy zastrzeżona informacja ma charakter technologiczny, techniczny lub organizacyjny, czy też inny.

W następnej kolejności zamawiający powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje niespełniające przesłanek uznania, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający ma obowiązek odtajnienia treści dokumentów, stosownie do wskazań poczynionych przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05, zgodnie z którymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (tak KIO w wyroku z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11).

Bezpodstawne utrudnienie powszechnego dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania

wykonawców a tym samym naruszać art. 18 ust 1 - 3 oraz art. 11 pkt 2 UZNK.

Może również skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia, na które to okoliczności, uwagę zamawiającego mogli zwrócić wykonawcy, którzy złożyli oferty konkurencyjne, a zatem specjaliści z danej branży posiadający nadto rozeznanie w aktualnościach obowiązujących na rynku.

Wydaje się odwołującemu, że takiego szczegółowego badania zasadności zastrzeżenia poufności informacji, opartego na indywidualnym badaniu ich treści w kontekście ziszczenia się warunków określonych w art.11 ust. 2 UZNK oraz 18 ust. 3 ustawy, zamawiający zaniechał. Tymczasem w sytuacji faktycznej będącej kanwą tego odwołania brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych dla odstąpienia od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nieudostępnienia informacji, o które wnioskował odwołujący.

Zamawiający zobowiązany był odtajnić i udostępnić odwołującemu żądane dokumenty w postaci wykazu zamówień wykonanych i dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, zaś zaniechanie ich odtajnienia i udostępnienia stanowi naruszenie norm wywiedzionych z

art. 18 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 74 ust. 1 i ustawy.

W doktrynie podkreśla się, że ochronie na gruncie UZNK podlegają wyłącznie informacje,

które odznaczają się "wartością gospodarczą" (tak: S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz UZNK pod red. J. Szwejla, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (tak: E. Wojcieszko- Głusko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ,

2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5).

Prawidłowość powyższej interpretacji znajduje przy tym potwierdzenie w art. 39 Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu, przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne, który to przepis był przyczynkiem do sformułowania art. 11 ust. 2 UZNK. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest zatem to, iż nie wystarcza samo stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny 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.

Podkreślił, że odnosząc się do konkretnych realiów postępowania, informacje, których ujawnienia domaga się odwołujący nie mogą w ogóle stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie są to bowiem informacje o charakterze technicznym, technologicznym organizacyjnym, które chociażby potencjalnie mogłyby posiadać wartość gospodarczą dla Control Process S.A.

Informacje zastrzeżone przez Control Process S.A. nie mogą mieć charakteru technicznego, technologicznego organizacyjnego, a także, in genere, nie posiadają wartości gospodarczej dla Control Process S.A. są to bowiem informacje dotyczące jedynie wskazania wykonanych zamówień wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania, podmiotów na rzecz których zamówienia zostały wykonane oraz dowodów, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.

Zastrzeżenie wykazu i dowodów, o których mowa powyżej oraz ich nie odtajnienie przez zamawiającego prowadzi do uznania za słuszną zasadę niejawności. Zastrzeżenie ww. dokumentów nie posiada ani podstaw prawnych ani merytorycznych i w ocenie odwołującego zostało dokonane wyłącznie w celu utrudnienia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu z innym wykonawcą.

Ocena zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez Control Process S.A., a w konsekwencji uznanie przez zamawiającego, że informacje zastrzeżone wykazie zamówień wykonanych wraz z dowodami mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jest nieskuteczne także z innego powodu.

Powoływana już definicja tajemnicy przedsiębiorstwa wyrażona w art. 11 ust. 2 UZNK wymaga także, aby informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa jako całość lub w szczególności zestawieniu i zbiorze ich elementów nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie były łatwo dostępne dla takich osób. Z kolei art. 18 ust. 3 ustawy wymaga, aby wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zestawienie postanowień art. 18 ust. 3 ustawy z art. 11 ust. 2 UZNK prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi wykazać zamawiającemu, że informacje podlegające zastrzeżeniu mają charakter poufny.

Brak wykazania tej okoliczności powoduje, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia standardu z art. 18 ust. 3 ustawy, a w konsekwencji jest nieskuteczne.

W odniesieniu do powyższego odwołujący stwierdził, że wykonawca tajemnicą przedsiębiorstwa nie może objąć informacji czy ofert ad incertum personas, w szczególności opublikowanych w Internecie, jak też informacji czy ofert, które nie są skierowane do niego indywidualnie na szczególnych warunkach, tzn. ofert, które są kierowane do ogółu zainteresowanych, nawet jeśli otrzymał je w odpowiedzi na własne zapytanie - oczywiste jest bowiem, że przedsiębiorca odpowie na takowe zapytanie zainteresowanego klienta, co nie zmienia faktu, że odpowiedziałby w taki sposób każdemu zainteresowanemu klientowi, tj. co może mu zapro-

ponować ze swojej oferty (potwierdza to również wyrok KIO z dnia 13 maja 2021 r., sygn. KIO 807/21).

Podmiot trzeci używający Control Process S.A., wiedzę i doświadczenie w celu wykazania spełnienia warunków postępowania tj. Siirtec Nigi S.p.A. na swojej stronie internetowej pod adresem: nie tylko udostępnia szereg informacji o zrealizowanych przez siebie projektach ale także zachęca do kontaktu w przypadku chęci uzyskania dodatkowych informacji. Ponadto zadania wyszczególnione na wskazanej stronie internetowej, uwzględniające w nazwie zadania układ „Gas Sweetening” (odsiarczanie gazu) mogłyby być instalacjami spełniającymi wymóg zamawiającego, w związku z tym, że do procesu odsiarczania gazu wymagany jest układ regeneracji aminy, czyli układ wymagany przez zamawiającego jako spełnienie zdolności technicznej lub zawodowej. Ponadto w informacjach dotyczących poszczególnych projektów zawarto również dane podmiotów, które były także zaangażowane w realizację tych projektów.

Informacje, które Control Process S.A., chciałby zastrzec jako poufne są zatem z dużym prawdopodobieństwem publicznie dostępne (odwołujący choć nie zna treści wykazu wykonanych zamówień i dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, to z uwagi na znajomość branży i specjalistycznych zagadnień jest w stanie wskazać, które ze wskazanych na stronie internetowej podmiotu trzeciego inwestycji mogłyby ewentualnie spełniać wymogi zamawiającego bez określania zakresu tych realizacji), dlatego wobec nie spełnienia przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 2 UZNK zastrzeżenie informacji zawartych w wykazie zamówień wykonanych i dowodach nie można uznać za skuteczne.

W zaistniałych zatem okolicznościach nie istnieją żadne podstawy do tego, aby zamawiający nie mógł odtajnić treści wykazu zamówień wykonanych wraz dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W konsekwencji wadliwie dokonanej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie Control Process z dnia 27 stycznia 2022 r. w odniesieniu do wykazu zamówień wykonanych i dowodów potwierdzających, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, zamawiający bezpodstawnie odmówił przekazania odwołującemu informacji zawartych w tych dokumentach.

Z uwagi na to, że ten zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do zarzutów przedstawionych powyżej, to uznanie ich zasadności, z konieczności logicznej powoduje uznanie zasadności tego zarzutu.

W dniu 16 maja 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 19 maja 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Control Process Spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16 i wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że prawidłowo, skutecznie i zgodnie z przepisami prawa dokonał zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne, a uwzględnienie odwołania spowodowałoby ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego i poniesienie szkody. Do zgłoszenia dołączył dowody przekazania kopii przystąpienia stronom. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 listopada 2021 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS.

W dniu 26 maja 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W ocenie zamawiającego zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK i art. 74 ust. 1 i 2 ustawy (w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy), ocenić trzeba jako niezasadny.

W istocie wszystkie zarzuty odwołującego sprowadzają się do zakwestionowania skuteczności zastrzeżenia informacji przez przystępującego. Zamawiający wskazał, że ustawodawca dnia 5 lipca 2018 r. — ustawą o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, implementującą Dyrektywę UE Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnica przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywa-

niem i ujawnianiem wprowadził definicję tajemnicy przedsiębiorstwa (obecnie art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej jako „UZNK”), zgodnie z którą „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Jednakże na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spełnienie powyższych wymagań nie jest wystarczające, aby zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa mogło zostać uznane za skuteczne. Zgodnie z brzmieniem art. 18 ust. 3 ustawy, po stronie wykonawcy leży zarówno obowiązek zastrzeżenia, nie później niż wraz z przekazaniem takich informacji, że stosowne informacje nie mogą być udostępniane, ale również obowiązek wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Ustawy. Zatem dopiero łączne spełnienie wymagań wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK oraz art. 18 ust. 3 Ustawy pozwala zamawiającemu uznać, poczynione przez wykonawcę zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu za skuteczne. Natomiast niewykazanie przez wykonawcę zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zawartych w ww. przepisach implikuje po stronie zamawiającego obowiązek uznania poczynionego zastrzeżenia za nieskuteczne.

Zestawiając powyższy wywód z treścią uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający uznał, że przystępujący skutecznie zastrzegł informacje znajdujące się w treści wykazu wykonanych zamówień oraz dowodów potwierdzających, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie. W pierwszej kolejności zauważył, że brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy obliuguje wykonawców do zastrzeżenia informacji oraz wykazania, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa najpóźniej z chwilą ich przekazania, przy czym przepis nie ustanawia zakazu złożenia zamawiającemu wraz z ofertą uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów składanych na kolejnych etapach postępowania, a jedynie odwołuje obowiązek oceny poczynionego przez przystępującego uzasadnienia w czasie. Właśnie z takim stanem faktycznym do czynienia mamy na gruncie prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

Wskazał, że skoro ustawodawca wymaga zastrzeżenia przez wykonawcę, które informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazania, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie później niż w terminie przekazania takich informacji — jak podnosi odwołujący w pkt 13 odwołania — to zastrzeżenie informacji i uzasadnienie objęcia ich tajemnicą może być też skutecznie złożone wcześniej. Zatem zamawiający musiał wziąć pod uwagę stanowisko Control Process S.A. w tych kwestiach zgłoszone przy składaniu oferty, również przy składaniu informacji w toku dalszej części postępowania o udzielenie zamówienia. Innymi słowy w skutek złożenia stosownego uzasadnienia wraz z ofertą, przystępujący zwyczajnie mógł obejmować treść składanych później dokumentów jedynie klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” — co też czynił. To, że zamawiający nie uznał za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy w stosunku do dokumentów złożonych wraz z ofertą, nie mogło przesądzić o bezrefleksyjnym powieleniu oceny zamawiającego w stosunku do kolejnych dokumentów złożonych w postępowaniu i opatrzonych przez Control Process S.A. klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Wskazał również, że wbrew twierdzeniu odwołującego wykaz wykonanych zamówień oraz dowody zostały skutecznie zastrzeżone przez przystępującego, pomimo niewymienienia ich na wstępie uzasadnienia, gdyż — w ocenie zamawiającego — to treść dokumentu jako całość, a nie jego wybrane fragmenty przesądza, że wolą przystępującego było objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych właśnie w tych dokumentach. Również powołanie się przez przystępującego na nieobowiązujący przepis art. 8 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych nie może stanowić automatycznej podstawy do uznania, że poczynione przez przystępującego uzasadnienie było nieskuteczne, bowiem jak opisano powyżej, różnica w stosunku do obowiązującego przepisu art. 18 ust 3 ustawy sprowadza się jedynie do momentu, w którym wykonawcy winni dokonać zastrzeżenia przekazywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia informacji, przy czym obowiązujący przepis jest względniejszy dla wykonawców.

Zauważył, że przystępujący prawidłowo wskazał podstawę prawną zawierającą w swej treści definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. art. 11 ust 2 UZNK i według tej właśnie definicji zamawiający dokonał oceny zasadności poczynionego przez przystępującego zastrzeżenia.

W myśl powyższej definicji, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy przesłanki:

- stanowi informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

- jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

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

Jak wskazał SN w wyroku z 3.10.2000 r. (I CKN 304/00, Legalis), informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacje techniczne mogą dotyczyć cech lub parametrów technicznych określonego produktu. Za informację organizacyjną przyjmuje się całość kształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (zob. wyr. SO w Warszawie z 5.06.2006 r., V Ca 440/06, niepubl., oraz wyr. KIO z 8.06.2018 r., KIO 1006/18, Legalis). Niezależnie od charakteru informacji (technicznego, technologicznego czy organizacyjnego) muszą one posiadać wartość gospodarczą. Poza informacjami kwalifikowanymi jako techniczne, technologiczne czy organizacyjne mogą być zastrzegane tajemnicą przedsiębiorstwa inne informacje, pod warunkiem że obiektywnie posiadają wartość gospodarczą, np. 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. Informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej (tak KIO w wyr. z 6.10.2020 r., KIO 2331/20, Legalis). Takie informacje powinny być dla wykonawcy przynajmniej potencjalnie źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (zob. wyr. KIO z 31.1.2020 r., KIO 9/20, niepubl., oraz z 8.6.2018 r., KIO 1006/18, Legalis).

W opinii zamawiającego informacje zastrzeżone w wykazie zamówień i załączonych dowodach potwierdzających należyte ich wykonanie posiadają wartość gospodarczą, mają znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej podmiotów trzecich — obrazują m.in. zakres przedmiotu wykonanych zamówień, terminy ich realizacji, a także odbiorców — a co za tym idzie, mają znaczenie dla prowadzonej przez podmiot trzeciej działalności.

Wskazał również, że zamówienia wykazane w wykazie zamówień wykonane zostały na rzecz podmiotów prywatnych, których siedziby znajdują się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, tym samym nie sposób stwierdzić, że informacje te podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 902).

Zamawiający podniósł również, że informacje o zamówieniach wykazanych przez przystępującego w wykazie, nie zostały podane do wiadomości publicznej oraz nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Wynika to m.in. z analizy powszechnie dostępnych źródeł takich jak strona internetowa podmiotu trzeciego SIIRTEC spa tj. — na której nie zamieszczono informacji o zamówieniach wykazanych przez przystępującego, w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Podkreślił, że analogicznej analizie dokonał odwołujący, o czym wspomina w pkt 47 odwołania (str. 15), a także inny wykonawca biorący udział w postępowaniu, tj. PGNiG Technologie S.A ul. Naftowa 8, 38-400 Krosno. W wyniku wspomnianych analiz ww. nie udowodnili, że informacje o wykonaniu przez SIIRTEC SPA zamówień wykazanych w wykazie, zostały podane do wiadomości publicznej. Odwołujący nie wykazał również, że zastrzeżone przez przystępującego informacje są powszechnie znane. Na dowód powyższego Zamawiający załączył do przedmiotowej odpowiedzi:

Załącznik nr 1 do pisma PGNiG Technologie z dnia 27.04.2022 r. znak: L.dz. BOZ/2022/354/MM;

Zamawiający podniósł także, że wbrew twierdzeniom odwołującego, Control Process S.A. w piśmie z dnia 27.01.2022 r. w punkcie „Podmioty trzecie” — szczegółowo wyjaśnił i uzasadnił, dlaczego dokumenty zawierające informacje dotyczące osób trzecich z którym współpracuje, w tym informacje umożliwiające ich identyfikację, stanowią dla niego wartość gospodarczą. Przystępujący w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie oraz dowodach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa dowiódł, że podjął działania mające na celu ochronę powierzonych mu przez podmiot trzeciej informacji, m.in. zobowiązał się wobec tego podmiotu do zastrzeżenia wykazu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawił orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające słuszność toku rozumowania o

możliwości zastrzeżenia wykazu oraz dowodów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a także opisał działania w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, m.in. podkreślił, że wyraża wolę zachowania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, opisał procedury wdrożone w jego organizacji mające na celu zachowanie w tajemnicy powierzonych informacji, podkreślił jakie systemy zostały wdrożone w jego organizacji ochrony powierzonych informacji oraz przedstawił dowody na poparcie swoich twierdzeń m.in. wyciąg z umowy o pracę, czy wzór zobowiązania do zachowania poufności. Tym samym przystępujący wykazał należyte zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a zamawiający nie podjął decyzji o uznaniu zastrzeżenia za skuteczne w sposób bezkrytyczny.

W świetle powyższego nie zgodził się z podniesionymi przez odwołującego zarzutami:

- nieprawidłowej oceny przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez Control Process S.A. wykazu zamówień wykonanych oraz dowodów, potwierdzających, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należyte — jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechania przez zamawiającego odtajnienia tych dokumentów;
- niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania zamawiającego polegającego na odmowie udostępnienia odwołującemu wykazu zamówień wykonanych oraz dowodów potwierdzających, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należyte złożonych w toku postępowania przez Control Process S.A., jako rzekomo stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z oferty Control Process, w tym z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 27 stycznia 2022 r., informacji o odtajnieniu dokumentów dołączonych do oferty, odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, informacji o odtajnieniu podmiotowych środków dowodowych, informacji o odtajnieniu wyjaśnień dotyczących dokumentów załączonych do oferty, udostępnienia dokumentów odtajnionych odwołującemu.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 27 stycznia 2022 r. Control Process SA:

Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

- a) Część formularza ofertowego, pkt 9 (Podwykonawcy),
- b) Zobowiązanie podmiotu trzeciego,
- c) JEDZ podmiotu trzeciego,
- d) Tabela pozycji do harmonogramu szczegółowego (Załącz. 6a),
- e) TAJEMNICA_Pełnomocnictwo,
- f) Załączniki do niniejszego pisma (dowody)

Wykonawca nie wyraził zgody na odtajnienie w całości jak i w części wyżej wymienionych dokumentów, jednocześnie załączając stosowne wyjaśnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa:

I. Informacje ogólne

1. Informacje zawarte w dokumentach Wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (dalej ustawy), wykonawca zastrzega ich nieujawnianie. Zgodnie z treścią wskazanego przepisu: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.”

2. Zgodnie z definicją zawartą w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są

łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”

3. Wobec powyższego, jak również w świetle konsekwentnej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Najwyższego (np. KIO 1747/19, I CKN 304/00) dla zastrzeżenia informacji objętych jako tajemnica przedsiębiorstwa, konieczne jest aby zostały spełnione trzy przesłanki:

a) informacja musi być informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją i posiadać wartość gospodarczą;

b) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;

c) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

4. Wskazane wyżej przesłanki są w pełni spełnione dla informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu.

II. Uzasadnienie potwierdzające spełnienie przesłanek ustawowych

1. Zastrzeżone informacje są informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją i posiadają wartość gospodarczą

a. mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, lub posiadają wartość gospodarczą

b. informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,

c. w stosunku do informacji tych podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

1.a. Informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą.

OPIS ROZWIĄZAŃ TECHNICZNYCH

Zastrzeżone informacje powstały w wyniku kontaktów handlowych, negocjacji oraz uzgodnień technicznych z potencjalnymi dostawcami/podwykonawcami. Zaproponowane rozwiązania techniczne/technologiczne są wynikiem autorskiej pracy tych podmiotów we współpracy z Wykonawcą. Tym samym mają one niewątpliwie charakter techniczny i technologiczny (dotyczą bowiem sfery inżynierskiej przedmiotu zamówienia) jak również mają charakter handlowy, gdyż dzięki tym kontaktom i współpracy z podmiotami trzecimi Wykonawca nabywa przewagę konkurencyjną, która winna umożliwić mu pozyskanie zarówno przedmiotowego zamówienia, jak i innych zamówień w branży. Rozwiązania opracowane w ramach tej współpracy, w tym dobór poszczególnych komponentów, mogą także służyć Wykonawcy w innych postępowaniach. W ramach innych projektów wiedza taka może być wykorzystana, w celu zwiększenia własnej konkurencyjności, podniesienia efektywności własnych rozwiązań, zmiany pewnych elementów we własnej metodologii. Tym samym ujawnienie informacji może stanowić wymierną korzyść niematerialną dla pozostałych wykonawców na przyszłość (tak też KIO w wyroku z dnia 13 września 2019 r. KIO 1692/19). Odtajnienie informacji prowadzących do ujawnienia danych nt. dostawców oraz podmiotów, z którymi współpracuje Wykonawca, będzie stanowić ważną informację dla konkurencji w zakresie zawartych umów wstępnych z dostawcami, oferującymi urządzenia niezbędne do prawidłowego funkcjonowania oferowanego jako całości układu, w celu osiągnięcia oczekiwanego efektu przez Zamawiającego. Działania konkurencji oparte na tej wiedzy mogą zniweczyć konsekwentnie budowaną przez Wykonawcę strategię przewagi konkurencyjnej opartej na współpracy z podwykonawcami i dostawcami. W tym miejscu zwracamy uwagę, iż „ocena czy dana informacja techniczna stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa powinna być dokonywana każdorazowo, biorąc pod uwagę konkretne okoliczności faktyczne”. Ochrona informacji leży wyłącznie w gestii przedsiębiorcy. Tego samego rodzaju informacje techniczne mogą być ujawnione przez jednego przedsiębiorcę, a jednocześnie inny przedsiębiorca może zachowywać je w poufności. Podobnie, w gestii przedsiębiorcy leży decyzja co do czasu, w przeciągu którego dane informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa” (wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 r. sygn. KIO 2741/11). Nawet jeśli poszczególne informacje, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne, o tyle cały zbiór informacji, który obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny, stanowi także pracę koncepcyjną, twórczą, posiadającą walor wartościowej informacji o charakterze technicznym, technologicznym (tak również KIO 1692/19). Wykonawca w pełni popiera cytowane stanowisko Izby, które znajduje zastosowanie do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu. Powyżej wskazane oko-

liczności potwierdzają także posiadanie przez zastrzeżone informacje istotne dla Wykonawcy wartości. Jak bowiem stwierdza KIO w wyroku z dnia 26 października 2018 r. KIO 2132/18 - „Informacje utajnione muszą więc posiadać określoną wartość dla przedsiębiorcy, przy czym wartość ta nie musi to jednak być wyłącznie wartością gospodarczą, lecz może to być szerzej rozumiana wartość, określona w każdej wymiernej postaci.” Wykonawca wskazuje, że jego poglądy w tym zakresie wywodzą się z konsekwentnej linii orzeczniczej - tak sądów:

- postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15.05.1996 r. XVII Amz 1/96: (...) za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu.
- Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego - wyrok WSA Opolo z dnia 22-02-2018 II SA/Op 4/18 „Na tajemnicę przedsiębiorstwa składają się należące do tego podmiotu takie informacje, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Warunkiem respektowania tej tajemnicy jest uprzednie złożenie w odniesieniu do konkretnych informacji zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępnione.”
- wyrok WSA Warszawa z dnia 29-11-2017 II SA/Wa 932/17: „Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią takie informacje, których ujawnienie godziłoby w interes przedsiębiorcy w wymiarze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub innym, mającym wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a więc o kwestie wynalazcze, związane z działalnością marketingową, tzw. know-how produkcyjne, ewentualnie know-how handlowe bądź inne.”
- wyrok Sądu Najwyższego - Izba Pracy z dnia 03-12-2014, III SO 8/14: „Informacje zawarte w pracy konkursowej niewątpliwie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro na informacje składają się opracowane przez wykonawcę na potrzeby zamówienia elementy takie jak opis funkcjonalny systemu, opis techniczny, zastosowana metodologia, zawierające „know-how” wykonawcy, jak i wykaz sprzętu i licencji zastosowanych do budowy systemu w ramach oferowanego rozwiązania oraz sposób kalkulacji ceny oferty, uwzględniający szczegółowe elementy kosztowe.”
- wyrok SN - Izba Cywilna z dnia 28-02-2007 V CSK 444/06: „Tajemnicą przedsiębiorstwa są

nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności.” jak i Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego wskazać można następujące orzeczenia:

- wyrok KIO 756/16 z dn. 24.05.2016 r. Wyjaśnienia zawierające informacje na temat metod wyceny danego zakresu zamówienia oraz własnej metodologii wykonywania usług przyjętej przez wykonawcę jako takie stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające dlań znaczenie gospodarcze.
- wyrok KIO 149/16 z dn. 17.02.2016 r. Źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurencji mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia - wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić.

POTENCJAŁ KADROWY

W zakresie Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane kwalifikacje, podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż wskazują dane osób, pełnione funkcje oraz ich kwalifikacje i doświadczenie, które ze względu na wysoko wyspecjalizowany rynek i wąskie grono osób o wymaganym doświadczeniu posiadają niewątpliwą wartość gospodarczą. Wskazane dane zasługują na ochronę choćby z tego powo-

du, że inne firmy, funkcjonujące na tym samym rynku mogą podjąć działania mające na celu przejęcie pracowników i współpracowników Wykonawcy. Dysponowanie osobą jaka została wskazana w zestawieniu, a więc lokalizacja potencjalnego pracownika na rynku poprzez firmę rekrutacyjną, zatrudnienie wskazanej osoby, zwiększenie jego kwalifikacji poprzez szkolenia oraz kursy, jest skutkiem działalności rynkowej Wykonawcy i jest to informacja o charakterze organizacyjnym Wykonawcy. Dodatkowo trzeba podkreślić, że działania te wiązały się z poniesieniem znacznych kosztów przez Wykonawcę, informacja zatem stanowi przez to wartość gospodarczą (ujawnienie informacji może grozić próbą przejęcia pracownika przez konkurencję). W niniejszym zakresie pragniemy zwrócić szczególną uwagę na ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok KIO 245/14 z dnia 28 lutego 2014 r. „(...)Izba uznała, że informacje zawarte w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia mają dla wykonawcy istotne znaczenie gospodarcze. Ujawnienie takich informacji jak dane osobowe, wykształcenie, doświadczenie czy zdobyte uprawnienia, a także forma współpracy z wykonawcą, mogą ułatwić dotarcie konkurencji do poszczególnych osób, a w konsekwencji nawet wpłynąć na pozycję wykonawcy na rynku.(...)”.

- wyrok KIO 2874/12 z dnia 10 stycznia 2013 r. „Odnosząc się do zarzutu dotyczącego utajnienia wykazu osób, Izba stwierdziła, że dokumenty te zostały zasadnie opatrzone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Czterech spośród siedmiu wykonawców złożyło takie zastrzeżenie i w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożyło wyjaśnienia przyczyn dokonanego zastrzeżenia. Specyfika rynku przedmiotowych usług wymagających dysponowania wysoko-kwalifikowanym personelem wymaga, jak wskazuje doświadczenie wykonawców, w tym odwołującego, ochrony informacji o osobach mających wykonywać zamówienie. Wykazy zawierały dane osobowe, w tym imię i nazwisko, kwalifikacje i doświadczenie określonych osób. Łącznie w ocenie składu orzekającego są to tzw. dane wrażliwe, a skonkretyzowanie posiadanego doświadczenia i uprawnień, w gronie osób posiadających wysokie i rzadkie kwalifikacje może umożliwić ich identyfikację także bez ujawniania imion i nazwisk, o co wnosili odwołujący alternatywnie w części końcowej odwołania. Izba uznała, że zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa było uzasadnione, a więc Zamawiający słusznie nie ujawniał wykazu. Dane osób posiadających bardzo wysokie kwalifikacje zasługują na ochronę choćby z tego powodu, że inni wykonawcy, funkcjonujący na rynku właściwym, mogą dane te wykorzystać do pozyskania pracowników dla siebie. Zatem opatrzenie wykazu osób klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne.”

- wyrok KIO 2040/10 z dnia 6 października 2010 r. „W zakresie odtajnienia wykazu osób, które będą wykonywać zamówienia, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego uznając, iż dane osób, jak też ich kwalifikacje i doświadczenie, mając na względzie wysoko wyspecjalizowany rynek w tym zakresie jak też wąskie grono osób o wymaganym doświadczeniu, posiadają wartość gospodarczą i mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba na marginesie zauważa, iż nie jest wyjątkiem na rynku przejmowanie pracowników konkurentów w szczególności, gdy są to osoby o szczególnych uprawnieniach czy też posiadające mało spotykane na rynku doświadczenie lub uprawnienia.”

- wyrok KIO 1615/11 z dnia 16 sierpnia 2011 r. „Izba uznała, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych zawartych w kolumnie czwartej i piątej tabeli było uzasadnione, a więc Zamawiający słusznie nie ujawniał całego wykazu (ujawnienie pierwszych trzech kolumn nie byłoby celowe). Dane osób posiadających bardzo wysokie kwalifikacje zasługują na ochronę choćby z tego powodu, że inni wykonawcy, funkcjonujący na rynku relewanym, mogą dane te wykorzystać do pozyskania pracowników dla siebie. Zatem opatrzenie wykazu osób klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne, co zresztą potwierdza analogiczna czynność Odwołującego w stosunku do danych zawartych we własnej ofercie (tak samo, jak w co do wykazu sprzętu i licencji).”

- wyrok KIO 290/13 z dnia 20 lutego 2013 r. „(...)Niewątpliwie w sprawie, wg, ustaleń Izby jest fakt, że odwołujący dokonał niezbędnych czynności w celu zachowania ich poufności, tak

aby dane tych ww. osób i firm nie były poznawalne dla osób trzecich. (...) Odnosząc się do oceny stanu faktycznego sprawy oraz argumentów odwołującego i zamawiającego co do zasadności utajnienia tych informacji przed dostępem do wiadomości publicznej stwierdzić należy, że w zakresie nieujawnienia danych osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy, podzielić należy pogląd zarówno przystępującego jak i zamawiającego, iż informacje o konkretnych osobach mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Powszechnie wiadomym jest, że wykonanie specjalistycznych robót wymaga określonej wiedzy, którą dysponują osoby posiadające odpowiednie wykształcenie i doświadczenie umożliwiające wykonanie takiej pracy, a także legitymują się określonymi uprawnieniami. Informacja o tych osobach ma określoną wartość gospodarczą - ich ujawnienie zagrozić może interesom majątkowym wykonawcy, z uwagi chociażby na możliwość podejmowania przez podmioty konkurencyjne działań, zmierzających do przejęcia takich osób dla drugiego wykonawcy(„) Wykonawca jednocześnie oświadcza, że w jego przedsiębiorstwie wdrożone są procedury mające na

celu nieujawnianie informacji poufnych bądź stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Pracownicy i współpracownicy mają zawarte w umowach klauzule poufności, do określonych informacji dostęp mają i miennie wskazani pracownicy/współpracownicy, opracowane są też procedury mające na celu uregulowanie sposobu postępowania z takimi informacjami. Powyższe wyjaśnienia dotyczące wykazu osób oraz zastrzeżenie nazw projektów wynika z możliwości pozyskania informacji ogólnodostępnych o osobach pełniących funkcję w trakcie realizacji poszczególnych zadań. Ponadto ponownie wskazujemy, iż ujawnienie informacji może nas pozbawić przewagi konkurencyjnej, gdyż informacje te wskazują na dane osób, pełnione funkcje oraz ich kwalifikacje i doświadczenie, które ze względu na wysoko wyspecjalizowany rynek i wąskie grono osób o wymaganym doświadczeniu posiadają wartość gospodarczą.

PODMIOTY TRZECIE

Wykonawca zastrzegł wszystkie dokumenty we fragmentach zawierających informacje dot. Podmiotów trzecich, z którym współpracuje Wykonawca, jak i fragmenty zawierające dane umożliwiające ich identyfikację. Z wykazu realizowanych zadań można wywieść jaki jest przedmiot działalności Podmiotów trzecich oraz ich specjalizacja, a także jakie inwestycje te podmioty realizowały. Dla Wykonawcy są to niewątpliwie informacje mające znaczenie i wartość gospodarczą, gdyż ich ujawnienie oraz utrata partnerów (np. poprzez podkupienie przez konkurencję) może oznaczać konieczność poszukiwania innych partnerów do realizacji określonego typu projektów, a w konsekwencji pozyskanie droższego partnera biznesowego, lub pozyskanie go w późniejszym czasie, a zarówno czas jak i pieniądz to wartości gospodarcze. Ponadto Wykonawca pragnie zauważyć, iż w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołał się na wiedzę i doświadczenie Podmiotów trzecich. Podmioty trzecie nie były zobligowane przy realizacji zamówień do stosowania ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a więc także do stosowania fundamentalnej zasady postępowania - zasady jawności, a zatem informacja o zamówieniach realizowanych przez Podmioty trzecie, ich zakres rzeczowy oraz wartość mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa tych podmiotów. Wykonawca zobowiązał się do zastrzeżenia wykazu zamówień na mocy ustaleń z Podmiotami trzecimi. Dalej należy wskazać, że nie powinno budzić wątpliwości, że fakt zawarcia umowy o współpracę pomiędzy dwoma kontrahentami może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a taką właśnie umową jest umowa zawarta pomiędzy Wykonawcą, a Podmiotami udostępniającymi zasoby. W celu uniknięcia możliwości powzięcia informacji o zawarciu porozumienia pomiędzy Podmiotem udostępniającym zasoby, a Wykonawcą, Wykonawca musiał utajnić Wykaz robót budowlanych, dokumenty potwierdzające, że roboty budowlane zostały wykonane należycie oraz dokumenty dotyczące spółki będącej Podmiotem trzecim, tym bardziej, że podjęcie odpowiednich działań stanowi przesłankę do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy również zwrócić uwagę, że doświadczenie zawodowe, którym legitymuje się Wykonawca (a odnosi się ono zarówno do doświadczenia Podmiotów trzecich udostępniających zasoby) zasługują na ochronę, ponieważ są to informacje odnoszące się do kontaktów handlowych, jak również biznesowych wykonawcy i Podmiotów trzecich.

Na poparcie powyższej wykładni Wykonawca wskazuje na wyrok KIO z dnia 1 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 6/10, w którym stwierdza się następująco: „w ofercie Konsorcjum BULL Polska wykaz wykonanych dostaw został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa częściowo tj. w zakresie pozycji 3 i 4 wykazu, dotyczących zamówień zrealizowanych na rzecz podmiotów prywatnych, które to dane nie podlegają udostępnieniu jako informacja publiczna. Jak wskazało w przystąpieniu do postępowania odwoławczego Konsorcjum BULL Polska, informacje zawarte w wykazie zawierają dane dotyczące kontrahentów i wielkości obrotów wykonawców wspólnie ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, które posiadają wartość gospodarczą w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i są chronione przez tych wykonawców. Jak stwierdził Sąd Antymonopolowy w postanowieniu z dnia 30 października 1996 r. sygn. akt XVII Amz 3/96 stanowią w szczególności tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu [...]. Takie dane są zawarte w omawianym wykazie wykonanych dostaw. Izba nie przychyliła się do twierdzenia odwołującego, iż informacje zawarte w wykazie można uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Powyższych okoliczności odwołujący w żadnym stopniu nie wykazał w toku postępowania. Dokumenty referencji z zasady są wystawiane w celu ich ujawnienia, jednak następuje to wyłącznie według woli danego podmiotu.” Do identycznych wniosków doszedł Skład Orzekający KIO w wyroku z dnia 19 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1400/10 „Zdaniem Izby nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o kontrahentach przedsiębiorcy, dane dotyczące podpisanych umów i kwot z nich wynikających - a takie informacje zawiera wykaz wykonanych dostaw załączony do wniosków na wstępie wymienionych wykonawców (wartość, nazwa odbiorcy, przedmiot zamówienia, termin realizacji) wraz z referencjami mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te niewątpliwie stanowią inne informacje mające wartość gospodarczą, do których odnosi się art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiujący pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym. Izba wyraża opinię, iż dane te podlegają ochronie i nie mogą być, w

przypadku ich zastrzeżenia przez wykonawcę, udostępnione do wiadomości publicznej. Analiza załączonych do wniosków wykazów zrealizowanych zamówień oraz referencji potwierdziła, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa pozycje dotyczą zamówień zrealizowanych na rzecz podmiotów prywatnych, które to dane nie stanowią informacji publicznej, a zatem nie podlegają udostępnianiu na zasadach przewidzianych dla takich informacji określonych w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 ze zm.). Ponadto, Wykonawca zauważa, że zgodnie wyrokiem Izby z dnia 21.06.2011 r. sygn. akt KIO 1195/11, „Nie ulega również wątpliwości, iż zastrzeżone przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. informacje mają wartość handlową i znaczenie gospodarcze. Jak słusznie wskazał Przystępujący GTS Poland Spółka z o.o. umożliwiają one, dzięki określonej kooperacji, skuteczne konkutowanie tego wykonawcy na rynku usług telekomunikacyjnych. Ponadto wskazał, iż umożliwiły one wykonawcy spełnienie warunków udziału w postępowaniu i zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia za najniższą cenę. Oznacza to, że informacje te mają wartość handlową, co jednocześnie powoduje, iż wypełniona została kolejna z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę powyższe charakter zastrzeżonych przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. informacji (nazwy kontrahentów i kooperantów, jak również wszelkich informacji umożliwiających w sposób pośredni powzięcie wiadomości przez osoby trzecie o tychże informacjach) powoduje, iż została wypełniona przesłanka przedmiotowa określona w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet jeżeli nie sposób uznać, iż informacje te są informacjami organizacyjnymi to z pewnością są to inne informacje posiadające wartość handlową w rozumieniu powyższego przepisu. W toku rozprawy Odwołujący podniósł, iż dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz informacje nie mające takiego charakteru - zatem pozostałe informacje winny zostać ujawnione. Zdaniem Izby nie sposób zgodzić się z powyższą tezą. W tym zakresie należy podzielić argumentację wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o. zaprezentowaną w piśmie procesowym z dnia 20.06.2011 r. oraz zbieżną z nią argumentację Zamawiającego zaprezentowaną w toku rozprawy, że ujawnienie nawet części informacji (wykazu wykonanych usług) może stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i poszczególnych elementów oferty. Ponadto, w odniesieniu do argumentu Odwołującego, który wskazał, iż dane podmiotu udostępniającego swoje zasoby w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będą podlegały ujawnieniu, słusznie w tym zakresie wskazał w toku rozprawy Przystępujący GTS Poland Spółka z o.o. na art. 139 ust. 3 ustawy Pzp wskazując, iż umowy są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Jak wynika bowiem z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.) prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. Tym samym Izba uznała, iż charakter zastrzeżonych przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. informacji pozwala uznać, iż informacje te są informacjami, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 3. (.) Jak zostało to już podniesione w niniejszym uzasadnieniu, w odniesieniu do twierdzeń Odwołującego oraz podniesionej w toku rozprawy argumentacji wykonawcy GTS Poland Spółka z o.o., zastrzeżone w ofercie tego wykonawcy informacje zawarte w wykazie usług, listach referencyjnych oraz zobowiązaniu złożonym w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie podlegają ujawnieniu w oparciu o ustawę z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Jak wynika z analizy dokumentacji postępowania wykonawca GTS Poland Spółka z o.o. zastrzegł w ofercie na str. 3 formularza ofertowego, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają ujawnieniu, dokumenty zawierające powyższe informacje zostały złożone w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z ich treścią (załączone jako odrębna część oferty zabezpieczona kopertą).”). Dokumenty i informacje dot. Podmiotów trzecich (m.in. zobowiązania, pełnomocnictwa, odpisy z rejestrów handlowych, zaświadczenia z urzędów, a także oświadczenia np. JEDZ podmiotów trzecich, itd.) bezpośrednio odnoszą się do ww. dokumentów które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Dokumenty zawierają nazwę Podmiotu trzeciego oraz szczegółowe informacje jego dotyczące. Należy wskazać również, że strony nie zawierające informacji w formie nadruku nazwy podmiotu posiadają inne oznaczenia np. pieczętki firmowe, pieczętki imienne umożliwiające identyfikację podmiotów. Wykonawca podnosi, że w całości podziela stanowisko składu orzekającego Izby wyrażone w wyroku Izby z dnia 7 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1162/13, KIO 1170/13, zgodnie z którym "Dokumenty, które odnoszą się bezpośrednio do chronionej tajemnicy (chronionej informacji) powinny pozostawać utajnione, w przeciwnym bowiem razie ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa miałaby jedynie charakter iluzoryczny". Wykonawca podnosi, że informacje w zastrzeżonych dokumentach nie są jawne i nie mogą być uzyskane w sposób legalny przez każdą zainteresowaną osobę. Zatem powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., o sygn. akt I CKN 1159/00 informacje te zawierają tajemnice przedsiębiorstwa.

ROZBICIE CENY / WYKAZ CEN

Wykonawca wskazuje, że wykaz cen jednostkowych stanowi istotną informację o metodach budowania oferty, kosztach Wykonawcy oraz pozyskanych oszczędnościach oraz rabatach. Możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny jest zasadniczą i kluczową wartością umożli-

wiającą pozyskiwanie zamówień, w szczególności zamówień publicznych gdzie cena jest kryterium obligatoryjnym. Analiza wykazu cen jednostkowych pozwoliłaby konkurencji na odkrycie przewag Wykonawcy. Wykonawca wskazuje także, że jednym z elementów pozyskiwania wysokich rabatów od dostawców jest utrzymanie w tajemnicy ich poziomów. Ujawnienie wysokości rabatów (które w przypadku ujawnienia wykazu cen jednostkowych jest dla podmiotów działających na tym samym rynku prostą czynnością) będzie skutkowało pozbawieniem Wykonawcę tych rabatów - w przypadku ujawnienia tych poziomów dostawcy będą podlegać presji innych wykonawców mającej na celu udzielenie im rabatów na analogicznym poziomie. Proces budowania konkurencyjnej ceny (ceny będącej ceną niską, jednak pokrywającą pełen zakres zamówienia wynikający z SIWZ i gwarantującej Wykonawcy zysk) jest wynikiem wieloletniego doświadczenia Wykonawcy na rynku publicznym. Ujawnienie wykazu cen jednostkowych prowadzi do ujawnienia tego procesu innym Wykonawcom, co stanowi naruszenie know-how. Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła dopuszczalność zastrzeżenia wykazu cen - w wyroku KIO 1618/18 z 31 sierpnia 2018 r. „Nie budzi zaś wątpliwości Izby, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku.”

1.b. Informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, Wykonawca oświadcza, że żadna z zastrzeżonych informacji nie jest podana do wiadomości publicznej. Ponadto, w stosunku do wszystkich tych informacji Wykonawca podjął wszelkie niezbędne działania do zachowania tych informacji w tajemnicy. Wykonawca w tym zakresie podziela poglądy doktryny definiujące przykłady informacji podanych do wiadomości publicznej: Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane informacje powszechnie znane lub informacje, o których treści każdy nimi zainteresowany może się legalnie dowiedzieć drogą zwykłą i dozwoloną (np. gdy z informacji przedstawionej w wydawnictwie fachowym inny przedsiębiorca zainteresowany jej posiadaniem poznać może technologię produkcji określonego wyrobu, informacje zawarte w złożonych przez wykonawców dokumentach powszechnie dostępnych (bilans, aktualny odpis z właściwego rejestru, certyfikaty, świadectwa rejestracji, świadectwa dopuszczenia produktu do obrotu) oraz informacje podane przez zamawiającego podczas otwarcia ofert, o których mowa w art. 86 ust. 4 p.z.p. Zakaz ten [art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych] nie obejmuje [...] informacji podawanych podczas otwarcia ofert (tj. nazw (firm) oraz adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach). Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane również informacje powszechnie znane, np. informacje w wydawnictwie fachowym o surowcach używanych do produkcji, informacje zawarte w złożonych przez wykonawców dokumentach powszechnie dostępnych (np. bilans, odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, certyfikaty). (tak: Józef Edmund Nowicki w Jawność - zasada podstawowa i jej ograniczenia - art. publ. Zam.Pub.Dor.2004.12.46). Informacja podpada pod pojęcie „tajemnicy”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, aby pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, może ona być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) może się o niej dowiedzieć zwykłą, dozwoloną drogą, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec może poznać, jaką metodę produkcji zastosowano. „Tajemnica” nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby które przedsiębiorca w tajemnicza w proponowany im interes. Z kolei Damian Szczepański („Drogowskazy” w zamówieniach publicznych (publ. Zam.Pub.Dor. Zam.Pub.Dor.2007.9.4) stwierdza: Dopóki sam wykonawca, a częściej osoba przez niego wyznaczona, nie podejmą działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Użycie w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji słowa „niezbędnych” wskazuje, że nie chodzi o jakiekolwiek działania przedsiębiorcy, ale o takie, które dają gwarancję nieuzyskania tajemnicy przez osoby nieuprawnione. Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed rozpowszechnianiem czy ujawnieniem. Za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać informacje znane więcej niż jednemu przedsiębiorcy, np. w wyniku gromadzenia podobnych danych, jednakże w każdym przypadku przedsiębiorca powinien wykazać wolę, aby określona wiadomość pozostała tajemnicą dla określonych kręgów odbiorców (i aby wola ta była dla owych odbiorców rozpoznawalna). Przedsiębiorca musi podjąć, w stosunku do określonych informacji, mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, niezbędne zachowania w celu zapobieżenia ich ujawnienia. Musi zatem doprowadzić do tego, aby osoba postronna (a zainteresowana) nie mogła dotrzeć do tych wiadomości bez podjęcia w tym kierunku szczególnych starań. Poglądy te znajdują poparcie Sądu Najwyższego - wyrok SN - Izba Cywilna z dnia 06-06- 2003 IV CKN 211/01: „Informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostałe określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął

działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań.”

1.c. W stosunku do informacji tych podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności Wykonawca oświadcza, iż podjął działania mające na celu zachowania jako nieujawnione w stosunku do przedmiotowych informacji. Informacje są znane jedynie osobom zaangażowanym w projekt - osoby te zostały zobowiązane do utrzymania ich w tajemnicy, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nigdy nie ujawnił informacji osobom trzecim, czy też w prasie fachowej lub innym, powszechnie dostępnym źródle wiedzy. Z swojej natury, informacje te nie figurują w żadnym publicznie dostępnym rejestrze. Zasadny jest zatem wniosek, iż brak jest legalnej możliwości dla osoby postronnej powzięcia wiedzy nt. tych informacji. Wykonawca wyraził wyraźną wolę zachowania przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, także w sposób oznaczony w art. 8 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych - poprzez stosowne oświadczenie. Wykonawca jednocześnie - w celu udowodnienia okoliczności zachowania jako nieujawnione przedmiotowych informacji - oświadcza, że w jego przedsiębiorstwie wdrożone są procedury mające na celu nieujawnianie informacji poufnych bądź stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca oświadcza również, że w grupie kapitałowej został wdrożony oraz funkcjonuje Zintegrowany System Zarządzania oraz dodatkowo

Wykonawca posiada koncesję uprawniającą do działalności w zakresie ochrony osób i mienia, a także posiada pełną zdolność do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „Zastrzeżone”. Pracownicy i współpracownicy mają zawarte w umowach klauzule poufności. Do określonych informacji dostęp mają imiennie wskazani pracownicy/współpracownicy, opracowane są też procedury mające na celu uregulowanie sposobu postępowania z takimi informacjami. Wspomniane informacje dotyczą m.in. zawieranych umów i porozumień, działalności handlowej, produkcji, wzorów, technologii, planów handlowych, finansów, organizacji, spraw pracowniczych oraz innych informacji. Wszelkie informacje przetwarzane w zasobach informatycznych Wykonawcy są chronione dzięki wdrożonym i funkcjonującym instrukcjom i regulaminom korzystania ze sprzętu komputerowego oraz ochrony zasobów zgromadzonych w systemach informatycznych.

Wykonawca podnosi również, że podejmując działania zmierzające do zachowania poufności ww. dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zapewnił liczne środki techniczne oraz organizacyjne, w szczególności:

KONTROLA DOSTĘPU

1. system kontroli dostępu do pomieszczeń (ograniczanie dostępu, ścieżka przejść, historia czytelnika),
2. system monitoringu (telewizja przemysłowa),
3. całodobowa ochrona fizyczna,
4. system alarmowy
5. wszyscy użytkownicy komputerów pracują w środowisku domenowym Windows,
6. pełna identyfikacja i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań),
7. kontrola zainstalowanego oprogramowania,

RUCH W SIECI

1. zapory sieciowe, firewalle (filtrowanie ruchu),
2. system antywirusowy
3. serwer proxy (filtrowanie i monitorowanie ruchu),
4. transmisja do wewnętrznych systemów jest szyfrowana (hasła są szyfrowane),
5. wdrożona zasada wiedzy niezbędnej - do zasobów mają dostęp tylko osoby które potrzebują ich wykonywania obowiązków służbowych,

BEZPIECZEŃSTWO FIRMY

1. Wykonawca posiada wdrożoną Politykę Bezpieczeństwa z Instrukcją zarządzania systemem informatycznym służącym do przetwarzania danych osobowych,
2. Wykonawca posiada Instrukcję postępowania w sytuacji naruszenia ochrony danych oso-

bowych,

SZYFROWANIE POCZTY

1. transmisja (klient-serwer),
2. przechowywanie (wiadomości na serwerze są zaszyfrowane),
3. możliwość szyfrowania treści całej wiadomości (podpisy cyfrowe),

BEZPIECZEŃSTWO KOMPUTERÓW

Wszystkie serwery spółki są umieszczone w bezpiecznych pomieszczeniach.

BEZPIECZEŃSTWO APLIKACJI

Uprawnienia użytkowników do dostępu do konkretnego oprogramowania są dostosowywane na podstawie stanowiska użytkownika. Wszystkie komputery u Wykonawcy są objęte ochroną antywirusową.

III. Dowody

Wykonawca - w załącznikach - przedstawia dokumenty stanowiące dowody na wyżej wskazane okoliczności. Z oczywistych powodów nie jest możliwe udowodnienie okoliczności negatywnych, zatem dowody odnoszą się do okoliczności możliwych do udowodnienia. Dokumenty te również są ściśle poufne, gdyż ich ujawnienie prowadzi nie tylko do ujawnienia informacji, które Wykonawca zastrzegł, jak również do ujawnienia sposobu ochrony informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa w przedsiębiorstwie Wykonawcy.

Wykonawca załącza:

- oświadczenie Pełnomocnika zarządu ds. Systemów Zarządzania (Załącznik nr 1)
- oświadczenie Administratora Systemów Informatycznych (Załącznik nr 2)
- wzór zobowiązania do zachowania poufności, zawieranego pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami (Załącznik nr 3),
- zanonimizowaną umowę o pracę (fragment dotyczący ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa) (Załącznik nr 4),

IV. Konkluzja

Konkludując należy wskazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te spełniają bowiem łącznie następujące warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., o sygn. akt I CKN 304/00 zgodnie z którym „Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nieujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.

Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przed-

siębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno 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. Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55)."

Pogląd ten potwierdza stanowisko doktryny, prof. Elżbieta Wojcieszko-Głuszko wskazuje wprost: „W literaturze zagranicznej pod pojęciem "tajemnica przedsiębiorstwa" (Unternehmensgeheimnis), rozumie się wszystkie niejawne fakty odnoszące się do spraw relevantnych dla funkcjonowania przedsiębiorstwa: w zakres tego pojęcia wchodzi zarówno "tajemnica produkcyjna" (Fabrikationsgeheimnis), jak i "tajemnica handlowa" (Geschäftsgeheimnis). Tajemnica produkcyjna dotyczy zastosowania określonej metody produkcji, natomiast przedmiotem tajemnicy handlowej (zwanej też "tajemnicą kupiecką") jest wiedza i doświadczenia natury administracyjno handlowej (wewnętrzna struktura organizacyjna, relacje z klientami). Tajemnica handlowa dotyczy, zatem tego rodzaju faktów, jak zawarte przez przedsiębiorstwo umowy i porozumienia, postanowienia dotyczące majątku przedsiębiorstwa, listy klientów, źródła pozyskiwania surowców i towarów, szczególne dane dotyczące organizacji zakładu, jego planów gospodarczych i strategii, sytuacji finansowej, a także prowadzonych eksperymentów i prac naukowo - badawczych" - tak w: „Ochrona prawna know-how w prawie polskim na tle prawnoporównawczym” (Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego; Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej; Zeszyt 81; wyd. Kantor Wydawniczy Zakamycze Kraków 2002r.; str. 62-63).

Powyższy pogląd koresponduje z poglądami prof. S. Sołtysińskiego. W komentarzu do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Komentarz. Redaktor prof. Janusz Szwaja; wyd. C.H. Beck Warszawa. 2000r., komentarz do art. 11 ustawy, str. 309 i nast.) prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji chroni (tj. uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa) m.in. listy klientów (op. cit. str. 311). Ponadto, Wykonawca. podnosi, że zgodnie wyrokiem KIO z 21 czerwca 2011, o sygn. akt KIO 1195/11 „informacje podlegają utajnieniu w całości, nawet gdyby niektóre z ich elementów nie spełniały przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli ujawnienie tej części informacji może stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa”. Wykonawca wskazuje także, że spełnione są wszelkie przesłanki określone w Dyrektywie 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 pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem - zawarte w art. 2 Dyrektywy - zastrzeżone informacje spełniają wszystkie następujące wymogi:

- a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;
- b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;
- c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy;

Reasumując, Wykonawca podtrzymuje oświadczenie o objęciu ochroną informacji i dokumentów zastrzeżonych w złożonej ofercie, gdyż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i pozwalają na utrzymanie przewagi nad konkurencyjnymi przedsiębiorstwami, a tym samym mają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą.

Pismo zamawiającego z 11 lutego 2022 r. do Control Process SA o odtajnieniu informacji: Zamawiający uznał za nieskuteczne dokonane na podstawie art. 18 ust 3 ustawy Pzp zastrzeżenie informacji i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie:

Cześć formularza ofertowego, pkt 9 (Podwykonawcy);

Zobowiązanie podmiotu trzeciego;

JEDZ podmiotu trzeciego;

Tabela pozycji o harmonogramu szczegółowego (Załącznik 6a),

Pełnomocnictwa do reprezentowania podwykonawców.

Dopiero łączne spełnienie wymagań wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK oraz art. 18 ust. 3 Ustawy pozwala Zamawiającemu uznać, poczynione przez Wykonawcę zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu za skuteczne. Natomiast niewykazanie przez Wykonawcę zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zawartych w ww. przepisach implikuje po stronie Zamawiającego obowiązek uznania poczynionego zastrzeżenia za nieskuteczne. W tym miejscu wskazać należy, że treść załączonej do oferty tabeli pozycji do harmonogramu została przygotowana przez Zamawiającego i stanowiła załącznik do SWZ. Obowiązkiem Wykonawcy było jedynie uzupełnienie pozycji harmonogramu o ceny jednostkowe. Brak jest w tym dokumencie informacji, na które powołuje się Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, tj. istotnych informacji o metodach budowania oferty, kosztach Wykonawcy oraz pozyskanych oszczędnościach oraz rabatach. Biorąc pod uwagę treść złożonej oferty nie istnieje zagrożenie, aby na podstawie uzupełnionych danych - cen jednostkowych - możliwe było odtworzenie strategii biznesowej i poznanie elementów kosztotwórczych przyjętych przez Wykonawcę, co - poprzez analizę wykazu cen jednostkowych - pozwoliłoby konkurencji na odkrycie przewag Wykonawcy. Ujawnienie Tabeli pozycji do harmonogramu nie generuje negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy. Taki rodzaj dokumentu nie zasługuje na ochronę, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż nie spełnia przesłanek ustawowych tajemnicy przedsiębiorstwa - w szczególności nie zawiera informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą (por.: uchwała KIO z dnia 21 czerwca 2018 r., sygn. KIO/KU 26/18). Poszczególne ceny ofert w poszczególnych postępowaniach mają wymiar jednostkowy (realizujący się tylko w danym, konkretnym przetargu) i pomimo ich znajomości przez konkurentów, w następstwie ich poznania (nawet jeśli poznają cały kosztorys 3 szczegółowy), konkurencji ci nie są - tylko na tej podstawie - w stanie wygrać kolejnego przetargu (por.: wyrok KIO z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. KIO 242/17). W związku z powyższym Wykonawca nie zastrzegł skutecznie uzupełnionej Tabeli pozycji do harmonogramu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem tabela jest dokumentem jawnym i podlega udostępnieniu jako załącznik do protokołu z postępowania na zasadach przyjętych w Ustawie. W ocenie Zamawiającego również informacje zawarte w części formularza ofertowego, pkt 9 (Podwykonawcy) nie zasługują na ochronę jaką ustawodawca wiąże z zastrzeżeniem informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważyć bowiem należy, że informacja, jakie kompetencje i doświadczenie posiada podmiot trzeci, będący przedsiębiorcą znanym na rynku, może być faktem powszechnie wiadomym - szczególnie przez inne podmioty z jego branży lub branż powiązanych. Jest zresztą oczywiste, że podmiot trzeci może być zainteresowany rozpowszechnianiem takich informacji, bo poprawia to jego pozycję na rynku. Wobec tego twierdzenie Wykonawcy, że zobowiązał się on względem podwykonawców do utajnienia ich doświadczenia brzmi niewiarygodnie. Wykonawca nie udowodnił też w żaden sposób, że takie zobowiązanie na nim ciąży, bo nie sposób uznać za dowód wzoru oświadczenia stosowanego przez Wykonawcę zobowiązującego do zachowania tajemnicy handlowej przez kontrahentów Wykonawcy. Stanowisko przyjęte przez Zamawiającego podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako „KIO” lub „Izba”) m.in. w wyroku z dnia 28.08.2018 r., KIO 1591/18, w uzasadnieniu którego wskazała, iż „należy zauważyć, że zakres zastrzeżonych przez przystępującego informacji dotyczy wskazania zakresu prac powierzonych podwykonawcy, nazwy podwykonawcy oraz zakresu udostępnionych przez podmiot trzeci zasobów do wykonania przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby nie sposób uznać, że informacja taka posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą. W tym zakresie przystępujący argumentował, że ujawnienie nazwy podwykonawcy spowoduje, że inne podmioty działające w tej branży mogą „podkupić” podwykonawcę, którego ten wskazał w swojej ofercie, co w rezultacie spowoduje pozbawienie go zysków z operacji. Tu jednak podnieść należy, że już samo uzasadnienie mające wskazywać na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji było bardzo ogólne, nie sposób wywieść z niego, że zastrzeżenie samej nazwy podwykonawcy czy też podmiotu na zasoby którego powołuje się wykonawca przedstawia wartość gospodarczą dla wykonawcy z tego powodu, że pozostanie poufna. Co więcej należy zauważyć, że do momentu składania ofert wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia musieli podjąć już decyzję co do tego jaki podmiot i w jakim zakresie realizował będzie część prac, jako podwykonawca. Nie ma zatem możliwości, jak to wywodził przystępujący, „podkupienia” podwykonawcy czy też podejmowania innych działań mających na celu uniemożliwienie (w jakiś, niesprecyzowany przez przystępującego sposób) tym podmiotom podjęcie współpracy, skoro ta już została uzgodniona. Ponadto przystępujący, jako podmiot profesjonalny, działający w danej branży, ma możliwość zabezpieczenia się przed takimi działaniami. Powszechną praktyką na rynku jest, że wykonawcy zawierają stosowne umowy, gwarantujące im realizację przez podwykonawcę zamówienia na zasadach wcześniej uzgodnionych i wprowadzając do nich odpowiednie zabezpieczenia, mające na celu gwarancję trwałości takiej współpracy. Przystępujący nie wskazał również jaką wartość gospodarczą ma fakt współpracy z tym konkretnym podwykonawcą, przy realizacji tego właśnie zamówienia i dlaczego pozyskanie go dla tego kontraktu było szczególnie korzystne. Ponadto należy zauważyć, że informacja o podwykonawcy przestaje być informacją nieujawnioną do wiadomości publicznej w trakcie wykonywania zamówienia publicznego”. Podnieść w tym miejscu należy również, że fakt uznania za nieskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa nazw podwykonawców, pociąga za sobą konieczności uznania za nieskuteczne utajnienia dokumentów tych podmiotów dotyczących.

Dokument taki jak JEDZ nie zawiera oprócz nazwy podmiotów żadnych informacji mogących zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem dokument ten stanowi jedynie zbiór oświadczeń o powszechnie znanej wszystkim wykonawcom treści, a co za tym idzie nie zasługuje na ochronę. W zaistniałym stanie faktycznym również treść zobowiązania podmiotu trzeciego, w skutek odtajnienia nazw podwykonawców przez Zamawiającego utraciła walor tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem nie zawiera ono żadnych danych szczególnych, które za mogłyby zostać za tajemnicę uznane. Opisany w treści zobowiązania zakres udostępnianych zasobów stanowi jedynie literalne powtórzenie treści warunku udziału w postępowaniu, określonego przez Zamawiającego w SWZ, a okres iż użyczenia czy też stosunek jaki będzie łączył Wykonawcę z podmiotem trzecim wynika z przepisów oraz praktyki zamówień publicznych, co za tym idzie nie sposób uznać, że inni Wykonawcy mogliby w skutek zapoznania się z treścią zobowiązania powziąć informacje, które sprawiłby, że uzyskają przewagę konkurencyjną nad Wykonawcą. Również treść pełnomocnictwa poza nazwami podwykonawców nie zawiera żadnych informacji innych aniżeli dokumenty których Wykonawca tajemnicą przedsiębiorstwa nie objął. Z powyższych powodów Wykonawca nie zastrzegł skutecznie części formularza ofertowego pkt 9 (Podwykonawcy), zobowiązania podmiotu trzeciego, JEDZ-a podmiotu trzeciego, pełnomocnictwa do reprezentowania podwykonawców. Zatem są to dokumenty jawne i podlegają udostępnieniu jako załączniki do protokołu z postępowania na zasadach przyjętych w Ustawie. Zamawiający wskazuje także, że termin na zastrzeżenie załączonych do oferty informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jak również na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, upłynął wraz z upływem terminu składania ofert w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Wobec powyższego wszelkie nowe okoliczności oraz dowody podnoszone w ewentualnym odwołaniu będą spóźnione i nie mogą być uwzględnione. Zamawiający informuje, że termin zastrzeżenia oraz wykazania, że informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest terminem zawitym (niepodlegającym przywróceniu). Ewentualne postępowanie odwoławcze prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może doprowadzić do konwalidacji czynności wadliwie przeprowadzonych przez Wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 27 marca 2022 r. Control Process przedłożył podmiotowe środki dowodowe w tym:

10. Wykaz zamówień wykonanych (odpowiednio dla części zamówienia) przed upływem terminu składania ofert, nie wcześniej niż w okresie określonym przez Zamawiającego w pkt 6.1.2.4 lit. a) SWZ.

11. Dowody potwierdzające, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należyście.

Oznaczył m. in. te dokumenty jako jego tajemnicę przedsiębiorstwa nie dołączył dodatkowego uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tej tajemnicy.

W dniu 8 marca 2022 r. zamawiający uznał za nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w dokumentach:

- 1b_TAJEMNICA_KRK Podmiotu trzeciego
- 2b_TAJEMNICA_Grupa kapitałowa Podmiotu trzeciego
- 3b_TAJEMNICA_US Podmiotu trzeciego
- 4b_TAJEMNICA_ZUS Podmiotu trzeciego
- 5b_TAJEMNICA_KRS Podmiotu trzeciego
- 6b_TAJEMNICA_Oświadczenia JEDZ Podmiotu trzeciego
- 7b_TAJEMNICA_Rejestr Beneficjentów Rzeczywistych Podmiotu trzeciego
- 9_TAJEMNICA_Wykaz osób

Dopiero łączne spełnienie wymagań wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK oraz art. 18 ust. 3 Ustawy, pozwala Zamawiającemu uznać poczynione przez Wykonawcę zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu za skuteczne. Natomiast niewykazanie przez Wykonawcę zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zawartych w ww. przepisach implikuje po stronie Zamawiającego obowiązek uznania poczynionego zastrzeżenia za nieskuteczne.

W tym miejscu podnieść należy, że Zamawiający pismem z dnia 07.02.2022 r. znak:

DZ.ZB.18-2.2022, poinformował Wykonawcę, iż uznaje za nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych: części formularza ofertowego pkt 9 (Podwykonawcy), zobowiązania podmiotu trzeciego, JEDZ-a podmiotu trzeciego, pełnomocnictwa do reprezentowania podwykonawców. Tym samym są to dokumenty jawne i podlegają udostępnieniu jako załączniki do protokołu z postępowania na zasadach przyjętych w Ustawie.

W ocenie Zamawiającego powyższe pociąga za sobą również obowiązek uznania za nieskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. W pierwszej kolejności wskazać należy, że od dnia przekazania Wykonawcy pisma znak: DZ.ZB.18-2.2022 tożsamość podmiotu trzeciego jest jawna i każdy z Wykonawców biorących udział w postępowaniu może zapoznać się z treścią uprzednio ujawnionych przez Zamawiającego dokumentów. Ponadto złożone przez Wykonawcę dokumenty urzędowe stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio oświadczonych w treści JEDZ podmiotu trzeciego, który również jest dokumentem jawnym. Trudno, także uznać, że dokumenty urzędowe mające służyć potwierdzeniu brak podstaw do wykluczenia mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa, bowiem informacje w nich zawarte służą jedynie wykazaniu, że podmiot trzeci realizuje obowiązki wynikające z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w związku z czym nie sposób również uznać, że informacje w nich zawarte mają duże znaczenie dla interesów majątkowych podmiotu trzeciego, a ich ujawnienie może mieć na nie negatywny wpływ.

Podkreślił, że w złożonym wraz ofertą uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca podnosi jedynie, że przedmiotowe dokumenty objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa, z uwagi na zastrzeżenie tożsamości podmiotu trzeciego, a jak powyżej wskazał Zamawiający tożsamość podmiotu trzeciego została ujawniona na wcześniejszym etapie postępowania. Co za tym idzie, zastrzeżone informacje w chwili obecnej nie zasługują na ochronę.

Zwrócić należy uwagę również na brzmienie przepisu art. 18 ust 3 Pzp, zgodnie z którym Wykonawca nie później niż na dzień złożenia informacji winien wykazać, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym miejscu podnieść należy, że treść pisma przewodniego Wykonawcy z dnia 27.03.2022 r. znak: AK/0137/MW/22, nie zawiera uzasadnienia zastrzeżenia przekazanych Zamawiającemu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem Zamawiający nie powziął wiedzy o jakichkolwiek nowych okolicznościach przemawiających za zastrzeżeniem wskazanych na wstępie pisma dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Z powyższych powodów Wykonawca nie zastrzegł skutecznie wskazanych na wstępie dokumentów i informacji w nich zawartych jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem są to dokumenty jawne i podlegają udostępnieniu jako załączniki do protokołu z postępowania na zasadach przyjętych w Ustawie.

Zamawiający informuje, że termin zastrzeżenia oraz wykazania, że informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest terminem zawitym (niepodlegającym przywróceniu). Ewentualne postępowanie odwoławcze prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może doprowadzić do konwalidacji czynności wadliwie przeprowadzonych przez Wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 4 maja 2022 r. zamawiający uznał za nieskuteczne zastrzeżenie informacji i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie pkt. 1 -3 wyjaśnień złożonych pismem z dnia 26.04.2022 roku, znak AK/0170/MW/22

Zamawiający pismem z dnia 07.02.2022 r. znak: DZ.ZB.18-2.2022, poinformował Wykonawcę, iż uznaje za nieskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych: części formularza ofertowego pkt 9 (Podwykonawcy), zobowiązania podmiotu trzeciego, JEDZ-a podmiotu trzeciego, pełnomocnictwa do reprezentowania podwykonawców. Ponadto Zamawiający pismem z dnia 08.04.2022 roku znak DZ.ZB.28-4.2022 poinformował Państwa o odtajnieniu podmiotowych środków dowodowych zamieszczonych w folderach 1b,2b,3b,4b,5b,6b,7b,9 które stanowiły załączniki do pisma przewodniego z dnia 27.03.2022 roku. znak AK/0137/MW/22.

W ocenie Zamawiającego treść pkt. 1-3 wyjaśnień złożonych pismem z dnia 26.04.2022 roku, znak AK/0170/MW/22 odnosi się do podmiotowych środków dowodowych, których zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostało uprzednio uznane za nieskuteczne, co prawda przepis art. 18 ust 3 Pzp dopuszcza zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa na dzień ich złożenia, jednakże złożone przez Państwa wyjaśnienia nie zostały poparte uzasadnieniem, a jedynie opatrzone klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Tym samym informacje zawarte pkt. 1-3 wyjaśnień są jawne i podlegają udostępnieniu jako załączniki do protokołu z postępowania na zasadach przyjętych w Ustawie.

Zamawiający informuje, że termin zastrzeżenia oraz wykazania, że złożone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest terminem zawitym (niepodlegającym przywróceniu).

Ewentualne postępowanie odwoławcze prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może doprowadzić do konwalidacji czynności wadliwie przeprowadzonych przez Wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że zamawiający nie odtajnił wykazu zamówień i złożonych wraz z nimi referencji. Izba ustaliła, że zamawiający odtajnił zakresy podwykonawstwa w pkt. 9 formularza ofertowego oraz informacje i dokumenty związane z podmiotem udostępniającym zasoby.

Z pkt. 9 formularza ofertowego wynika, że Control Process powierzy część prac branży konstrukcyjno-budowlanej Control Process EPC 1, część branży elektrycznej - Intester sp. z o.o. systemy sterowania i teletechniczne - Control Process IT, branżę technologiczną, w tym instalację uzdatniania gazu H2S - SIIRTEC NIGI S. p. A.

Z zobowiązania SIIRTEC NIGI S.P.A. wynika, że udostępnia ona wiedzę i doświadczenie w zakresie co najmniej 1 pracy polegającej na wykonaniu instalacji uzdatniania gazu z zastosowaniem H2S.

Zamawiający nie udostępnił informacji na temat ilości pozycji w wykazie zamówień, dat wykonania zamówień, podmiotów na rzecz, których wykonano zamówienia, miejsc wykonania, zakresów rzeczowych robót i ich wartości. Nie podał także informacji, czy z przedstawionych referencji wynika należyte wykonanie zamówienia, ani które pozycje z wykazu uznał za spełniające jego wymagania.

Z załącznika nr 1 do odpowiedzi na odwołanie w postaci wydruku informacji ze strony internetowej SIIRTEC NIGI Spa wraz z tłumaczeniem Izba ustaliła, że podmiot ten nie podaje wszystkich realizowanych przez siebie projektów na stronie internetowej, na tej stronie nie występują projekty wskazane w wykazie przystępującego i dołączonych referencjach, nawet przy podawaniu danych o projektach na stronie internetowej SIIRTEC dokonuje selekcji podawanych informacji np. zastrzegają inwestora dla modułowej obróbki gazów w Kazachstanie o pojemności 7MMSCMD.

Z umowy o wzajemnym zachowaniu poufności i niejawności pomiędzy przystępującym, a SIIRTEC Nigi SpA z dnia 24 czerwca 2021 r. wynika, że strony rozważyły podjęcie współpracy w zakresie ewentualnej umowy w ramach projektu rozbudowy KRNIGZ Lubiatów w celu zwiększenia możliwości produkcyjnych ze złoża Międzychód dla PGNiG w rejonie UE. Strony mogą ujawniać sobie nawzajem zastrzeżone i/lub poufne dane biznesowe i techniczne, know-how w tym informacje dotyczące klientów, warunki umowy, informacje finansowe. Strony chcą zachować poufność i ograniczyć wykorzystywanie takich poufnych informacji o przez siebie nawzajem i swoich przedstawicieli. W pkt. 1 określono, że poufność będzie obowiązywała 5 lat, w pkt 2 określono jakich danych nie uważa się za poufne. Z pkt., 4 wynika, że strona otrzymująca informacje poufną ma ją chronić z zachowaniem tego samego stopnia staranności, jak chroni własne informacje. Z pkt. 7 wynika obowiązek wzajemnego informowania o wniosku o ujawnienie całości lub części informacji poufnych. Z pkt 8 zd. 2 wynika, że umowa ma zastosowanie także do informacji poufnych wymienianych pomiędzy stronami w związku z przyszłymi umowami. Z pkt 9 wynika, że za naruszenie tej umowy naruszający ma nie tylko naprawić szkodę przez wypłatę odszkodowania, ale także ponieść koszty wszelkich środków podjętych w celu uzyskania nakazu sądowego w celu zapobieżenia naruszeniom tej umowy i nakazu wykonania tej umowy/

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne, o których mowa w art. 525 ust 1- 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust.1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r.

poz. 1913 z późn. zm „UZNK”)

przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż informacje zawarte w złożonym przez Control Process S.A. wykazie zamówień wykonanych wraz z dowodami po-

twierdzącymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, a przez to mają zdolność do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a Control Process S.A. wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, że informacje zawarte w złożonym przez Control Process S.A. wykazie zamówień wykonanych oraz dowodach potwierdzających, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie nie są powszechnie znane lub dostępne, jak również poprzez uznanie, że Control Process S.A. wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa

Izba rozpoznała zarzuty łącznie, gdyż w istocie sformułowanie dwóch zarzutów opartych o tę samą podstawę prawną wynika jedynie z wyodrębnienia przez odwołującego przesłanek wymaganych dla wykazania faktu, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Rację należy przyznać przystępującemu, że w uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie ograniczył się jedynie do informacji zastrzeganych na etapie składania ofert, ale uzasadnił potrzebę ochrony informacji także w odniesieniu do dokumentów, które być może zostaną przez niego złożone na późniejszym etapie postępowania. O takim podejściu przystępującego świadczy bowiem, to, że wymienił w literach a do f dokumenty, do których chce ograniczyć dostęp innym wykonawcom, natomiast w uzasadnieniu odnosił się również do dokumentów nie znajdujących się pod literami a- f jak np. wykazu osób, wykazu zamówień, czy rozbicia cen. Tym samym Izba uznała, że złożone uzasadnienie miało także zastosowanie do wykazu zamówień i dołączonych do niego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie. Przepis art. 18 ust. 3 stanowi, że wykonawca wraz z przekazaniem informacji musi zastrzec, że nie mogą być one udostępniane. Natomiast wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić łącznie z zastrzeganiem informacji, ale w ocenie Izby interpretacja tego przepisu prezentowana przez zamawiającego na rozprawie jest prawidłowa. Przepis art. 18 ust. 3 ustawy należy, w odniesieniu do momentu wykazania skuteczności zastrzeżenia, odczytywać w ten sposób, że chwila przekazania informacji stanowi końcowy termin dla wykazania skuteczności zastrzeżenia. Po tym terminie uzasadnienie nie będzie uznane za skuteczne. Natomiast nie ma przeszkód w ocenie Izby do przyjęcia, że możliwe jest wcześniejsze niż moment przekazania informacji utajnianej, przekazanie uzasadnienia. Wykonawcy już w chwili składania ofert znają wymagania zamawiającego, co do kompletu dokumentów niezbędnych do badania i oceny ich ofert, natomiast przy procedurze odwróconej nie wiedzą, jakie miejsce ich oferta zajmie w rankingu ofert ocenianych, nie wiedzą czy zaistnieją po stronie zamawiającego wątpliwości, co do zaoferowanej ceny, ale wiedzą, że jeśli ich oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, to będą składali konkretny komplet informacji, a jeśli ich cena wzbudzi wątpliwości, wiedząc jak ją kalkulowali również są w stanie przewidzieć, w jaki sposób będą wykazywać realność ceny. Tym samym w ocenie Izby nie ma przeszkód, aby wykonawca przekazał zamawiającemu listę, jakie informacje będą stanowić jego tajemnicę przedsiębiorstwa i uzasadnić potrzebę ich ochrony, jeszcze przed faktycznym momentem złożenia tych informacji. Przepis nie przewiduje sankcji za przedwczesne przedstawienie informacji, przeciwnie określa moment graniczny, po którym złożenie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji nie będzie chroniło informacji wykonawcy. Natomiast interpretacja art. 18 ust. 3 ustawy w ten sposób, że tylko jednoczesne zastrzeżenie informacji i uzasadnienie tego zastrzeżenia rodzi skuteczność zastrzeżenia, jest w ocenie Izby podejściem nadmiernie formalnym i nie służącym realizacji celu ustawowego. Słusznie wskazywał na rozprawie przystępujący, że nowe brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy miało stanowić odpowiedź na problemy, jakie rodziły się na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy z 2004 r., z której wynikał nakaz wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy na dzień składania ofert, nawet jeśli potrzeba udzielenia zamawiającemu informacji objętej tajemnicą powstała po złożeniu ofert. Z tego też względu wykładania art. 18 ust. 3 ustawy nie może być w ocenie Izby dokonywana w oderwaniu od celu ustawodawcy.

Co do zarzutu ogólnikowości uzasadnienia oraz braku wykazania wartości gospodarczej, a także przez wykaz zamówień i referencje utraty waloru tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na odtajnienie danych podmiotu trzeciego, to te zarzuty również nie zasługują na uwzględnienie.

Izba wzięła pod uwagę, że przystępujący poinformował zamawiającego, że zastrzeżone informacje powstały w wyniku kontaktów handlowych, negocjacji oraz uzgodnień technicznych z potencjalnymi dostawcami/podwykonawcami. Zaproponowane rozwiązania techniczne/technologiczne są wynikiem autorskiej pracy tych podmiotów we współpracy z wykonawcą. Przystępujący podał, że mają charakter handlowy, gdyż dzięki tym kontaktom i współpracy z podmiotami trzecimi wykonawca nabywa przewagę konkurencyjną, która winna umożliwić mu pozyskanie zarówno przedmiotowego zamówienia, jak i innych zamówień w branży. Rozwiązania opracowane w ramach tej współpracy, w tym dobór poszczególnych kompo-

mentów, mogą także służyć wykonawcy w innych postępowaniach. W ramach innych projektów wiedza taka może być wykorzystana, w celu zwiększenia własnej konkurencyjności, podniesienia efektywności własnych rozwiązań, zmiany pewnych elementów we własnej metodologii. Tym samym ujawnienie informacji może stanowić wymierną korzyść niematerialną dla pozostałych wykonawców na przyszłość. Działania konkurencji oparte na tej wiedzy mogą zniweczyć konsekwentnie budowaną przez wykonawcę strategię przewagi konkurencyjnej opartej na współpracy z podwykonawcami i dostawcami. Podmiot udostępniający zasoby przystępującemu jest także podwykonawcą, dlatego powołane powyżej uzasadnienie w ocenie Izby również jego dotyczy. Nadto informacje zawarte w wykazie zamówień odnoszą się do tego na czym rzecz były realizowane referencyjne zamówienia, gdzie, o jakiej wartości i w jakiej technologii, a także informacja o datach realizacji zamówienia pozwala ocenić aktualność nabytego doświadczenia, które będzie wykorzystywane na potrzeby realizacji tego zamówienia. Przystępujący rzeczywiście rozdzielił uzasadnienie dotyczące podmiotów trzecich w zależności od zastrzeganej informacji i wskazał, że zastrzega informacje dot. podmiotów trzecich, z którym współpracuje Wykonawca, jak i fragmenty zawierające dane umożliwiające ich identyfikację, ale także osobno wskazał, że z wykazu realizowanych zadań można wywieść jaki jest przedmiot działalności podmiotów trzecich oraz ich specjalizacja, a także jakie inwestycje te podmioty realizowały.

W odniesieniu do wartości gospodarczej przystępujący podniósł, że dla niego są to niewątpliwie informacje mające znaczenie i wartość gospodarczą, gdyż ich ujawnienie oraz utrata partnerów (np. poprzez podkupienie przez konkurencję) może oznaczać konieczność poszukiwania innych partnerów do realizacji określonego typu projektów, a w konsekwencji pozyskanie droższego partnera biznesowego, lub pozyskanie go w późniejszym czasie, a zarówno czas jak i pieniądź to wartości gospodarcze. Ponadto przystępujący zauważył, iż w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołał się na wiedzę i doświadczenie Podmiotów trzecich. W ocenie Izby zostało zatem wskazane, że wartość gospodarcza tych informacji polega na zaoszczędzeniu wydatków.

Przystępujący podał nadto, że podmioty trzecie nie były zobligowane przy realizacji zamówień do stosowania ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a więc także do stosowania fundamentalnej zasady postępowania - zasady jawności, a zatem informacja o zamówieniach realizowanych przez podmioty trzecie, ich zakres rzeczowy oraz wartość mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa tych podmiotów. Wykonawca zobowiązał się do zastrzeżenia wykazu zamówień na mocy ustaleń z podmiotami trzecimi. Dalej przystępujący wskazał, że nie powinno budzić wątpliwości, że fakt zawarcia umowy o współpracę pomiędzy dwoma kontrahentami może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a taką właśnie umową jest umowa zawarta pomiędzy wykonawcą, a podmiotami udostępniającymi zasoby. W celu uniknięcia możliwości powzięcia informacji o zawarciu porozumienia pomiędzy podmiotem udostępniającym zasoby, a wykonawcą, wykonawca musiał utajnić wykaz robót budowlanych, dokumenty potwierdzające, że roboty budowlane zostały wykonane należycie oraz dokumenty dotyczące spółki będącej podmiotem trzecim, tym bardziej, że podjęcie odpowiednich działań stanowi przesłankę do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dodatkowo Izba dostrzegła, że przystępujący potwierdził prawdziwość powyższych twierdzeń składając na rozprawie zawarte z podmiotem trzecim porozumienie, z którego wynikał fakt tak zawarcia współpracy, jak i to, że strony ustaliły, że informacja wzajemnie sobie przekazywane w ramach tej współpracy miały pozostać poufne. Również to porozumienie potwierdza wartość gospodarczą informacji, gdyż przystępujący przez nieuprawnione ujawnienie informacji mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności odszkodowawczej przez kontrahenta, tym samym ochrona informacji pozwalała mu zaoszczędzić wydatków.

Izba oceniła również, że zamawiający prawidłowo ustalił, że przystępujący podjął czynności zmierzające do zachowania poufności informacji i ten fakt wykazał. Izba wzięła pod uwagę, że przystępujący opisał czynności związane z przygotowaniem i złożeniem dokumentów, co można było dostrzec na podstawie dokumentacji postępowania, gdyż składane zamawiającemu informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa były przez przystępującego wydzielane do osobnych folderów i wyraźnie oznaczane. Nadto wykonawca opisał wdrożone rozwiązania i przedstawił dowody w postaci :

- oświadczenia Pełnomocnika zarządu ds. Systemów Zarządzania (Załącznik nr 1)
- oświadczenia Administratora Systemów Informatycznych (Załącznik nr 2)
- wzór zobowiązania do zachowania poufności, zawieranego pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami (Załącznik nr 3),
- zanonimizowaną umowę o pracę (fragment dotyczący ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa) (Załącznik nr 4).

Ze wszystkich tych dokumentów wynika jakie środki wykonawca podjął w celu ochrony informacji. W ocenie Izby niedołączenie do nich porozumienia z podmiotem trzecim nie powo-

duje, że środki te należy ocenić jako nieskuteczne, czy niewystarczające. Przeciwnie potwierdzają one, że przystępujący realizuje zawarte porozumienie nie tylko zobowiązując się do zachowania poufności wobec kontrahenta, ale także stosując określone techniczne środki ochrony i zawierając ze swoimi pracownikami umowy obligujące ich do utrzymania tajemnicy. Zawarte porozumienie świadczy jedynie o tym, że przystępujący chronił nie swoją tajemnicę przedsiębiorstwa, ale tajemnicę podmiotu trzeciego. Dodatkowo zamawiający wykazał za pomocą wydruków ze strony internetowej podmiotu trzeciego, że informacje o doświadczeniu które udostępnił przystępującemu nie mają charakteru powszechnie znanego. W ocenie Izby należało zatem uznać, że przystępujący skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa i uzasadnienie tego zastrzeżenia było prawidłowe i udowodnione. W konsekwencji zgodnie z ustawą zamawiający ograniczył pozostałym wykonawcom dostęp do tych informacji. Izba wzięła pod uwagę także to, że zamawiający wyraźnie wskazał, że dane identyfikujące podmiotu trzeciego odtajnił, bo z chwilą złożenia oferty odpadła potrzeba ich ochrony, a nadto po zawarciu umowy wykaz podwykonawców stanie się jawny. Zamawiający natomiast nie utożsamiał jawności danych identyfikujących podmiot trzeci z jawnością posiadanego przez ten podmiot doświadczenia, przeciwnie zweryfikował informacje podane mu przez przystępującego, zbadał czy nabyte doświadczenie dotyczy doświadczenia nabytego u podmiotów publicznych i ustalił, że były to podmioty prywatne nie podlegające polskiemu reżimowi prawnemu, które nie podlegały pod ustawę o dostępie do informacji publicznej i prawu zamówień publicznych. Zamawiający zweryfikował również, czy wykazane mu doświadczenie nie jest doświadczeniem powszechnie znanym, tym samym nie przyjął bezkrytycznie uzasadnienia przystępującego. W ocenie Izby świadczy to o prawidłowym dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tego względu zarzuty należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 74 ust. 1 i 2 ustawy (w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy) przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na zaniechaniu udostępnienia odwołującemu złożonego przez Control Process S.A. wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że zamówienia wymienione w wykazie zostały wykonane należycie

Zarzut nie potwierdził się. Zarzut był zarzutem wynikowym zależnym od uznania czy prawidłowa była czynność zamawiającego związana z oceną skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba oceniła, że zamawiający prawidłowo zbadał uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego i prawidłowo przyjął, że przystępujący skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu zamówień i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie. W konsekwencji tej oceny, należało uznać, że zamawiający prawidłowo nie udostępnił odwołującemu tych dokumentów, tym samym nie dopuścił się naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 w związku z art. 18 ust. 3 ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z

dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt.

rozporządzenia obciążając kosztami uiszczanego wpisu odwoławczego.

Przewodniczący:.....