

WYROK

z dnia 22 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2022 r. przez wykonawcę Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Inowrocław

przy udziale wykonawcy Geotermia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu Inowrocław ujawnienia w całości i udostępnienia treści załącznika nr 2 do SWZ „Formularz ofertowy”, złożonego przez wykonawcę Geotermia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Geotermia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawcy Geotermia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, na rzecz wykonawcy Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), oraz wynagrodzenia pełnomocnika 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Miasto Inowrocław (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sprawowanie funkcji inżyniera kontraktu podczas wykonania otworu poszukiwawczorozpoznawczego wód termalnych Inowrocław GT-1 w miejscowości Inowrocław.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 00297541/01 w dniu 9 sierpnia 2022 r.

W dniu 6 września 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ich niewłaściwe zastosowanie skutkujące brakiem udostępnienia Odwołującemu (i) pełnej treści oferty złożonej w Postępowaniu przez Geotermię, (ii) uzasadnienia dla zastrzeżenia części oferty Geotermii jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, podczas gdy w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym nie zostały spełnione przesłanki niezbędne do utajnienia części oferty Geotermii w zakresie opisu doświadczeń zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotu zamówienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a brak udostępnienia nawet samego uzasadnienia dla utajnienia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi przejaw najbardziej jaskrawego naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek uzasadnienia przez Zamawiającego zaniechania odtajnienia w całości oferty Geotermii.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu ujawnienia w całości i udostępnienia Odwołującemu treści Załącznika nr 2 do SWZ „Formularz ofertowy”, złożonego przez wykonawcę Geotermia w Postępowaniu z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę przesłanek do zastrzeżenia przedkładanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tym miejscu należy zauważyć, że Odwołujący formułując żądanie, posłużył się nomenklaturą użytą w specyfikacji - załącznik nr 2 do SWZ był wzorem formularza ofertowego. Trzeba zaznaczyć, dla uściślenia, że ofercie Przystępującego formularz ofertowy był osobnym dokumentem (niebędącym „załącznikiem”). Z kolei załącznikiem nr 2 do formularza ofertowego Przystępującego było zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 19 sierpnia 2022 r. zatem Odwołujący wnioskował o ujawnienie formularza ofertowego Przystępującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 września 2022 r. uwzględnił odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego wykonawca Geotermia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, że nie ziszcila się żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalen okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności: specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ), formularza ofertowego złożonego przez Przystępującego i załączonego do jego oferty uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 25 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

1. Zgodnie z rozdziałem 12 SWZ - „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, doświadczenie zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia stanowiło kryterium oceny ofert z wagą 30%.

2. Zamawiający opisał następujący sposób oceny w tymże kryterium:

Kierownik projektu, posiadający kwalifikacje w zawodzie geolog, w zakresie czynności polegających na wykonywaniu, dozorowaniu i kierowaniu pracami geologicznym, kategorii

IV, potwierdzone świadectwem wydanym przez ministra właściwego do spraw środowiska na podstawie art. 51 pkt 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r Prawo geologiczne i górnicze

(Dz.U.2022, poz.1072 - dalej Prawo geologiczne i górnicze) - ocenie podlega doświadczenie, zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert,

w kierowaniu/koordynowaniu pracami inżyniera kontraktu podczas wiercenia otworów geotermalnych o głębokości minimum 1 200 m p.p.t. wraz ze sporządzeniem zatwierdzonych dla tych otworów dokumentacji hydrogeologicznych ustalających zasoby eksploatacyjne wód termalnych: 2 otwory - 0 pkt, 3 otwory -2 pkt, 4 otwory - 3 pkt, 5 otworów i więcej - 4 pkt.

Hydrogeolog (nadzór hydrogeologiczny), posiadający kwalifikacje w zawodzie geolog, w zakresie czynności polegających na wykonywaniu, dozorowaniu i kierowaniu pracami geologicznym kategorii IV, potwierdzonymi świadectwem wydanym przez ministra właściwego do spraw środowiska na podstawie art. 51 pkt 1 Prawa geologicznego i górniczego - ocenie podlega doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert w sprawowaniu nadzoru hydrogeologicznego podczas wiercenia otworów geotermalnych o głębokości minimum 1 200 m p.p.t. wraz z opracowaniem dla tych otworów dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych: 2 otwory - 0 pkt, 3 otwory - 1 pkt, 4 otwory - 2 pkt, 5 otworów i więcej - 3 pkt.

Geolog (nadzór geologiczny) - posiadający kwalifikacje w zawodzie geolog, w zakresie czynności polegających na wykonywaniu, dozorowaniu i kierowaniu pracami geologicznymi, kategorii IV lub XIII, potwierdzonymi świadectwem wydanym przez ministra właściwego do spraw środowiska na podstawie art. 51 pkt 1 Prawa geologicznego i górniczego - ocenie podlega doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert podczas pełnienia nadzoru geologicznego przy wierceniu otworów geotermalnych o głębokości minimum 1 200 m p.p.t. wraz z udziałem w sporządzaniu zatwierdzonej dla tych otworów dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych: 2 otwory - 0 pkt, 3 otwory - 1 pkt, 4 otwory - 2 pkt, 5 otworów i więcej - 3 pkt.

Kierownik dozoru geologicznego posiadający kwalifikacje w zawodzie geolog, w zakresie czynności polegających na wykonywaniu, dozorowaniu i kierowaniu pracami geologicznymi, kategorii IV lub XIII, potwierdzonymi świadectwem wydanym przez ministra właściwego do spraw środowisk (kat. IV) lub właściwego marszałka województwa (kat. XIII) na podstawie art. 51 pkt 1 lub pkt 13 Prawa geologicznego i górniczego - ocenie podlega doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert podczas dozoru otworów geotermalnych o głębokości minimum 1 200 m p.p.t.: 4 otwory - 0 pkt, 5 otworów - 2 pkt, 6 otworów - 3 pkt 7 otworów i więcej - 4 pkt.

Geolog (dozór geologiczny) posiadający kwalifikacje w zawodzie geolog, w zakresie czynności polegających na wykonaniu, dozorowaniu i kierowaniu pracami geologicznymi, kategorii IV lub XIII, potwierdzone świadectwem wydanym przez ministra właściwego do spraw środowiska (kat. IV) lub właściwego marszałka województwa (kat. XIII) na podstawie art. 51 pkt 1 lub pkt 13 Prawa geologicznego i górniczego - ocenie podlega doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert w sprawowaniu dozoru geologicznego podczas wiercenia otworów geotermalnych o głębokości minimum 1 200 m p.p.t.: 3 otwory - 0 pkt, 4 otwory - 2 pkt, 5 otworów - 3 pkt 6 otworów i więcej - 4 pkt.

3. Do SWZ Zamawiający załączył wzór formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SWZ). W formularzu, w punkcie trzecim, w tabeli, należało opisać doświadczenie zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia: w pierwszej kolumnie należało podać nazwisko, imię, nazwa kwalifikacji geologicznych wskazanej osoby, w kolumnie drugiej - opis usługi, w tym głębokość otworu geotermalnego, w kolumnie trzeciej - nazwę zamawiającego, na rzecz którego usługa była wykonana, w kolumnie czwartej - daty wykonania usługi „od-do”.

4. Przystępujący złożył ofertę na formularzu ofertowym zgodnym ze wzorem Zamawiającego, wypełnił tabelę w punkcie trzecim, i całość tabeli utajnił. W kolumnie trzeciej większość zamawiających, na rzecz których wykonano usługi wskazano gminy - a więc podmioty publiczne.

5. Do oferty Przystępujący załączył pismo z dnia 25 sierpnia 2022 r., stanowiące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W piśmie tym zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, formularz ofertowy w punkcie trzecim w całości, oraz, również w całości, pismo stanowiące uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Dalej, w pkt pierwszym tegoż pisma, w uwagach wstępnych, opisywał, co zgodnie z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, następnie przywoływał orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Krajowej Izby Odwoławczej. W punkcie drugim pisma opisywał charakter zastrzeżonych informacji oraz ich wartość gospodarczą, podnosząc, że „podstawą zastrzeżenia przez Wykonawcę wyjaśnień ceny ofertowej jest fakt, że dokument ten wraz z załącznikami stanowi cenny know-how Wykonawcy wynikający z jego wieloletniego doświadczenia branżowego. Ponadto przedstawienie wspomnianych informacji wymagało współpracy wielu specjalistów wykonawcy, a także uzgodnień z zewnętrznymi dostawcami. Wszystkie te osoby i podmioty, zgodnie z wiążącymi ich umowami o pracę, Regulaminem pracy, umowami NDA, są zobowiązane do zachowania informacji o urządzeniach i usługach, które zostaną zaoferowane w niniejszym postępowaniu w pełnej poufności, Informacje te mogą bowiem decydować o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy nad innymi uczestnikami rynku. Z tego też względu informacje te mają istotne znaczenie uzasadnionych interesów wykonawcy a także posiadają zdecydowanie gospodarcze charakter w świetle zaprezentowanej w niniejszym piśmie argumentacji informacje te podlegają zatem ochronie i nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim. W świetle powyższego należy więc stwierdzić, że wszystkie powyższe informacje o charakterze technicznym oraz handlowym niewątpliwie stanowią dla Wykonawcy szczególną wartość gospodarczą. Mając na uwadze powyższe należy więc stwierdzić, iż ujawnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę danych skutkować może zachwianiem konkurencji rynkowej oraz poważnym naruszeniem interesów i dóbr osobistych Wykonawcy.” Dalej Przystępujący przywołuje kolejny raz orzecznictwo. Wskazuje na fakt, że świadczy wysokospecjalistyczne i niszowe usługi, a dostęp do wykwalifikowanej kadry stanowi o jego przewadze konkurencyjnej. Szczegółowy zakres prac każdej z przedstawionych osób daje możliwość nieuczciwej rekrutacji pracowników, „ujawnia metodykę realizacji projektów, a także ujawnia informacje techniczne dotyczące wykonawcy” (przy czym nie podał, na czym konkretnie ma polegać związek informacji podanych w punkcie trzecim formularza ofertowego). Podnosił, że informacje techniczne stanowią nie tylko jego tajemnicę przedsiębiorstwa, ale też tajemnicę podmiotów, na rzecz których były wykonywane (przy czym nie wskazał, dlaczego umowy z gminami wymienionymi w tabeli uważa za tajne). Dodał, że „upublicznienie takich informacji negatywnie wpływa na ich [tj. podmiotów] bezpieczeństwo” (przy czym nie wskazał, na czym to zagrożenie ma polegać). Podnosił, że wszelkie umowy zawarte „z rzeczonymi podmiotami” (czyli można się domyślać, że chodziło o przywołane wcześniej „podmioty, na rzecz których te usługi były realizowane”), wymagają pisemnej zgody podmiotów na udostępnienie informacji poufnej.

Następnie w punkcie trzecim pisma opisuje „działania, podjęte przez niego w celu zachowania zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności”. Podaje, że podjął „szereg działań” (jednak nie podaje, jakie to działania), a utrzymanie tych informacji w tajemnicy jest zadaniem trudnym, czasochłonnym i kosztownym” (nie wyjaśnił, jakie procedury powodują takie uciążliwości). Kolejny raz przywołuje orzecznictwo i „wyraża wolę zachowania przedmiotowych informacji w poufności”. Podnosi, że „podjął szereg działań o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym. Zaliczyć do nich można między innymi postanowienia w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa” (nie opisał tych technologii, jedynie wskazał, że dostęp do tych informacji ma ograniczona grupa osób). Na dowód powyższego załączył wykaz umów ze współpracownikami o zachowaniu poufności oraz wzór umowy o zachowaniu poufności. We wzorze umowy, w § 1, strony zastrzegają jako informacje poufne „wszelkie materiały, dokumenty oraz informacje oraz dane uzyskane w ramach realizacji współpracy w szczególności nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne technologiczne finansowe ekonomiczne handlowe organizacyjne, prawne lub

inne informacje posiadające wartość gospodarczą" (...).

Dalej Przystępujący podkreślał, że „poza wewnętrznymi mechanizmami kontroli i zabezpieczenia informacji poufnych wykonawca jego podwykonawca stosują także odpowiednie środki ochrony w relacjach ze swoimi kontrahentami”, przy czym nie opisał, jakie to konkretnie mechanizmy i „środki ochrony” są podejmowane. Ponownie przywoływał orzecznictwo.

W punkcie pisma, w podsumowaniu, stwierdził, że wypełnił przesłanki, o których mowa w art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

6. Zamawiający zaakceptował zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa poczynione przez Przystępującego, nie udostępnił Odwołującemu zastrzeżonych przez Przystępującego dokumentów, z czym Odwołujący się nie zgodził i wniósł odwołanie.

Na podstawie ustalonych wyżej okoliczności, Izba zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie, a decyzja Zamawiającego o zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu całości oferty Przystępującego była nieprawidłowa.

Stosownie do art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, (1) zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz (2) wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obie te przesłanki - zastrzeżenie i wykazanie - muszą być spełnione łącznie. Z kolei definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym 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.

Po analizie opisanych wcześniej treści dokumentów (tj. punktu trzeciego formularza ofertowego Przystępującego i uzasadnienia utajnienia informacji zawartych tamże), Izba stwierdziła, że Przystępujący w żaden sposób nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że informacje, które zamierza zastrzec wraz z ofertą, zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia brak jakichkolwiek informacji, które miałyby zmierzać do wykazania tej okoliczności. Przy czym należy zauważyć, że jakiegokolwiek dowody składane później w tym zakresie (tzn. później, niż samo uzasadnienie) są spóźnione.

Przepis art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych opisuje wyjątek od zasady jawności, obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 18 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), stąd dla skuteczności zachowania określonych informacji w poufności, trzeba spełnić łącznie obie przesłanki wymienione w art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Samo zastrzeżenie informacji (przez czytelne ich oznaczenie jako tajemnica przedsiębiorstwa), nie może być skuteczne, ponieważ równocześnie należy wykazać konieczność zachowania tych informacji w tajemnicy. Ponieważ wykonawca jest zobowiązany do przekonującego uzasadnienia w tym zakresie, to ani zamawiający, ani Izba, nie ma podstawy aby samodzielnie wywodzić z treści zastrzeżonych informacji ich poufnego charakteru.

Tymczasem treść pisma Przystępującego, zawierającego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, sprowadza się do ogólnikowych stwierdzeń (cytowanie przepisów, przywoływanie orzecznictwa), stwierdzeń o unikalności wyjaśnień rażąco niskiej ceny (które nie były składane w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia), wskazywaniu na podjęcie „szeregu działań”, bez ich konkretyzacji. Samo zastrzeżenie w umowach czy to z pracownikami, czy to z kontrahentami, wszelkich informacji w poufności, i powoływanie się na bliżej nieokreślone straty, jakie ich ujawnienie miałyby wywołać, nie jest w ocenie Izby przekonującym wyjaśnieniem. Tym bardziej w kontekście treści zastrzeżonych informacji, dotyczącego zakresu usług, realizowanych na rzecz gmin (podmiotów publicznych).

W konsekwencji Przystępujący nie wypełnił przesłanki z art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nakazującej wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dlatego zastrzeżenie tajemnicy było nieskuteczne. Trzeba przy tym zauważyć, że uznanie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy za niewystarczające implikuje, że również pozostałe dokumenty w ofercie Przystępującego nie zostały skutecznie

objęte klauzulą tajności.

Wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może wykorzystywać możliwości utajnienia oferty i dokumentów do niej załączonych wyłącznie w celu utrudnienia wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, weryfikacji prawidłowości własnej oferty. W umowach o poufności, opisanych wyżej, zawieranych między Przystępującym a podmiotami trzecimi, zdefiniowano pojęcie „informacji poufnych” jako „wszelkie materiały, dokumenty oraz informacje oraz dane uzyskane w ramach realizacji współpracy w szczególności nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne technologiczne finansowe ekonomiczne handlowe organizacyjne, prawne lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą”. Nie wynika wprost, w ocenie składu orzekającego, z takiej definicji informacji poufnych, powiązanie z doświadczeniem konkretnych osób, wskazanych w punkcie trzecim formularza ofertowego. Wszak doświadczenie jest powszechnie w uważane za powód do podniesienia wartości posiadanych zdolności, i jako takie - upubliczniane. Dodatkowo, Przystępujący na rozprawie sam ujawnił w sposób pośredni osoby przeznaczone do realizacji zamówienia. Mianowicie w odwołaniu na stronie 19 Odwołujący wymienił z imienia i nazwiska osiem osób, które były wskazywane przez Przystępującego jako przeznaczone do realizacji zamówienia w innych postępowaniach. Przystępujący na rozprawie wyraźnie oświadczył, że pięć spośród wskazanych przez Odwołującego ośmiu osób nie jest wymienionych w ofercie Przystępującego w tym postępowaniu. Stąd można wywieść, że pozostałe osoby zostały wskazane w punkcie trzecim formularza ofertowego Przystępującego (i tak jest, co wynika z porównania listy osób ze strony 19 odwołania z punktem trzecim formularza ofertowego Przystępującego). Należy również zauważyć, że Przystępujący na rozprawie stanowczo oświadczył, że pan Wojciech Wartak nie jest wskazany w tym postępowaniu w ogóle w dokumentacji Przystępującego, tymczasem nie jest to prawda - został wskazany w załączniku nr 2 do formularza ofertowego Przystępującego, sporządzonego w dniu 19 sierpnia 2022 r.

Koniecznym jest podkreślenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego priorytetem jest zasada jawności. Wykonawca zastrzegając łącznie wiele informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa ponosi ryzyko, że w razie ujawnienia całego pliku dokumentów, zostanie również ujawniona rzeczywista tajemnica przedsiębiorstwa, zasługująca na ochronę. Dlatego wykonawca powinien wyraźnie wskazać, które informacje, i dlaczego, są objęte taką tajemnicą. Tymczasem Odwołujący, poza ogólnikami, przywołaniem orzecznictwa, powołaniem się na powiązania gospodarcze, oraz na klauzule poufności, nie wskazał żadnych powodów, dla których zastrzeżone jako tajemnica dokumenty mają być objęte ochroną. Sam fakt powiązań gospodarczych jest neutralny, bowiem każdy podmiot takie powiązania posiada. W ocenie Izby, aby skutecznie powoływać się na konieczność utajnienia określonych powiązań, należałoby wskazać na istotne przyczyny takiego utajnienia. Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji zapoznania się z tymi informacjami.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu dokonanie czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: