

Sygn. akt: KIO 3236/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolant:

Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2024 r. przez wykonawcę Infra – Centrum Doradztwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Łódzkie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego Departament Administracji i Społeczeństwa Informacyjnego

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. umarza postępowanie w części, w jakiej wyjaśnienia z dnia 9 sierpnia 2024 r. zostały odtajnione przez wykonawcę IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu pismem z dnia 18 września 2024 r.,
2. oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Infra – Centrum Doradztwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3236/23

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Łódzkie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego Departament Administracji i Społeczeństwa Informacyjnego (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie dokumentacji dla projektu pn: „Budowa linii łączącej Bełchatów z linią 131” (nr referencyjny sygn. OPPIV.272.11.2024 - poprzednia sygnatura ASI.272.35.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 maja 2024 r. pod nr 268668-2024

Dnia 5 września 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca Infra – Centrum Doradztwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających ustawę Pzp:

- zaniechania odtajnienia wyjaśnień z dnia 09.08.2024 r. wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. (dalej jako „IDOM”) wraz z załącznikami, które to wyjaśnienia wraz z załącznikami Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone w całości tajemnicą przedsiębiorstwa, przez co całkowicie uniemożliwił Odwołującemu (oraz innym

oferentom w Postępowaniu) jakąkolwiek weryfikację spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przez IDOM, a w konsekwencji dokonanie błędnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez IDOM, w sytuacji braku jakiegolwiek obiektywnej możliwości zweryfikowania spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu w postaci posiadanego doświadczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.1233 t.j.) dalej "u.z.n.k.", a także art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień z dnia 09.08.2024 r. wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. wraz z załącznikami, które to wyjaśnienia wraz z

załącznikami Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone w całości tajemnicą przedsiębiorstwa;

- 2) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty IDOM, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a w konsekwencji;
- 3) naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez nie zachowanie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wnosił o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,
- 2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - b) odtajnienie wyjaśnień z dnia 09.08.2024 r. wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. wraz z załącznikami, które to wyjaśnienia wraz z załącznikami Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone w całości tajemnicą przedsiębiorstwa;
 - c) powtórzenie czynności oceny i badania ofert;
 - d) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania jest bowiem podmiotem uczestniczącym w postępowaniu, którego oferta klasyfikuje się na 2. pozycji. Odwołujący wskazał, że w wyniku uwzględnienia odwołania – będzie miał szansę na pozyskanie zamówienia i zawarcie umowy z Zamawiającym. Brak uwzględnienia odwołania, a tym samym uznanie za prawidłowe czynności i zaniechań Zamawiającego, będzie prowadziło według Odwołującego do powstania u niego szkody związanej z nie zawarciem umowy z Zamawiającym i utratą potencjalnego zysku. Gdyby Zamawiający działał zdaniem Odwołującego prawidłowo, to odtajniłby wyjaśnienia z dnia 09.08.2024 r. Przystępującego wraz z załącznikami, które to wyjaśnienia odnosiły się do złożonego wykazu usług celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podtrzymanie zastrzeżenia tajności tych wyjaśnień całkowicie uniemożliwiło Odwołującemu w jego ocenie, ale także i każdemu innemu oferentowi w prowadzonym przez Zamawiającego

postępowaniu weryfikację czynności Zamawiającego dotyczących uznania wykazu usług za prawidłowy, a w konsekwencji samego wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że uwzględnienie odwołania umożliwi mu pełną weryfikację zgodności przedstawionych usług z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a). Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 26 sierpnia 2024 r. (Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 5 września 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Przystępujący składając wyjaśnienia i utajniając je w określonym zakresie – w ocenie Odwołującego w odniesieniu zapewne do rzeczywistego zaangażowania Przystępującego w realizację Usługi 1 i Usługi 2 w kontekście zawiązanego konsorcjum – uniemożliwił Odwołującemu (i każdemu innemu uczestnikowi tego Postępowania) jakąkolwiek weryfikację tego, czy podpisanie umowy na wykonanie Usługi 1 i Usługi 2 wiązało się z jej fizycznym wykonywaniem przez Przystępującego, a nie świadczeniem usług doradczych dla podmiotu wykonującego faktyczne prace. Odwołujący wskazał, że obowiązkiem każdego zamawiającego

jest badanie faktycznego i rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez wykonawcę w ramach konsorcjum, nawet jeśli Zamawiający nie przewidział tego w dokumentach postępowania. Odwołujący podał, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający podjął próbę wyjaśnienia rzeczywistego zaangażowania Przystępującego – w ramach zawartego konsorcjum – w realizację referencyjnych usług. Złożone wyjaśnienia, dostępne jawnie wszystkim uczestnikom postępowania nie dają według Odwołującego podstaw do uznania, że Przystępujący bez żadnych wątpliwości spełnił wymogi Zamawiającego. Ujawnione wyjaśnienie wraz z załącznikami choć odnoszą się wprost do wykazu usług, które racjonalnie powinny być jawne, nie dają zdaniem Odwołującego podstaw do rzetelnej weryfikacji oferty Przystępującego.

Odwołujący wskazał, że to co ewentualnie mogło świadczyć dowodowo o skali zaangażowania Przystępującego w rzeczywistą realizację referencyjnych zamówień było i jest utajnione. Tym samym nie ma i nie było poza samym Zamawiającym żadnych obiektywnych możliwości do weryfikacji przedstawianych przez Przystępującego informacji, które chociażby z racji tego, że

zostały złożone na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinny być jawne dla innych wykonawców. Odwołujący wskazał, że prawo do zastrzeżenia określonych informacji nie może być wykorzystane jako instrument do pozbawienia wykonawców konkurencyjnych możliwości weryfikacji złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że wykonawca powinien sprecyzować i wykazać w ramach uzasadnienia, w jaki sposób ujawnienie tych konkretnych informacji/dokumentów osłabiłoby jego pozycję rynkową, czego w niniejszym przypadku w jego ocenie Przystępujący nie uczynił. Absurdalne zdaniem Odwołującego jest wskazanie w treści wyjaśnień z 9 sierpnia 2024 r., że treść załączników 116 oraz ich opis stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji. Odwołujący wskazał, że dla niego nie ma większego znaczenia w obrocie gospodarczym, a tym bardziej w praktyce ubiegania się o zamówienia publiczne, w jaki to sposób Przystępujący ułożył sobie relacje wewnętrzne (handlowe) z jednym z podmiotów ze swojej grupy kapitałowej. Takie informacje są bez znaczenia dla przyszłego konkurowania Odwołującego z Przystępującym w innych postępowaniach przetargowych. Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie zastrzeganych informacji pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową. Przystępujący powinien według Odwołującego między innymi wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego.

Przystępujący nie wykazał w ocenie Odwołującego, że podjął dostateczne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Przystępujący mimo opisanego pewnych podejmowanych działań, złożył jedynie kilka dokumentów o niewystarczającej zdaniem Odwołującego wartości dowodowej. Zdaniem Odwołującego zastrzegane informacje choć mają charakter organizacyjny, nie są uniwersalne oraz nie mają wartości gospodarczej i nie rodzą niebezpieczeństwa wykorzystania ich przez konkurencję. W ocenie Odwołującego stopień ogólności tych informacji, powoduje, że informacje te pozbawione są wartości gospodarczej, tj. przydatności dla konkurencji, która dawałaby jej przewagę nad Przystępującym i nie spełniają warunków objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego zakres utajnionych informacji jest również niezbędny w celu umożliwienia pozostałym wykonawcom weryfikacji złożonych wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że każdy kontrakt ma swoją specyfikę – przedmiot, zakres, natężenie prac, stawiane do spełnienia wymagania itp., zatem wymaga indywidualizacji elementów cenotwórczych i trudno sobie wyobrazić, aby racjonalny wykonawca kalkulując cenę oferty opierał się na kalkulacji ceny przez konkurentów we wcześniej prowadzonych postępowaniach, niż rachunku ekonomicznym.

W dniu 19 września 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o umorzenie odwołania w części w jakiej dane zostały ujawnione przez samego Przystępującego, poprzez złożenie pisma Przystępującego z dnia 18 września 2024 r. oraz o rozpoznanie pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu i oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji uzyska możliwość zweryfikowania, czy złożony przez Przystępującego wykaz usług potwierdza spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu, w wyniku czego mógłby mieć szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W dniu 20 września 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że po ponownej analizie

złożonych w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu wyjaśnień, przychyła się w części do argumentacji Odwołującego dotyczącej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie innym niż dane osobowe personelu kluczowego (pracowników, współpracowników) oraz firm podwykonawców. Tym samym Przystępujący oświadczył, że podtrzymuje swoje stanowisko co do utrzymania w tajemnicy danych osobowych personelu kluczowego (pracowników, współpracowników) oraz firm podwykonawców - a także załączników zawierających te dane. Jak wynika z oświadczenia Odwołującego złożonego podczas posiedzenia przed Izbą otrzymał on od Zamawiającego całą treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego dnia 9 sierpnia 2024 r. z pominięciem danych osobowych personelu

kluczowego (pracowników, współpracowników) oraz firm podwykonawców oraz załączników o nr 1-16, przy czym nazwy załączników z pominięciem danych osobowych personelu kluczowego (pracowników, współpracowników) oraz firm podwykonawców zostały ujawnione. Zgodnie z art. 568 ust. 2 ustawy Pzp: „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...) 2. stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.” Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w części, w której wyjaśnienia z dnia 9 sierpnia 2024 r. zostały odtajnione przez wykonawcę IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu pismem z dnia 18 września 2024 r. stało się zbędne w związku z czym Izba orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego i postanowiła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie, Izba rozpoznała odwołanie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wraz z załącznikami, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz pisma procesowego z dnia 20 września 2024 r. złożonego przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie pn.: „Opracowanie dokumentacji dla projektu pn: „Budowa linii łączącej Bełchatów z linią 131”.

W postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców.

Zgodnie z rozdziałem X lit. A SWZ w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej Zamawiający żądał wykazu wykonanych usług sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca powołuje się w wykazie na doświadczenie w realizacji usług wykonanych wspólnie z innymi wykonawcami wykaz usług dotyczy usług, w których wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Wezwaniem z dnia 10 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia m.in. wykazu wykonanych usług, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do SWZ.

W dniu 22 lipca 2024 r. Przystępujący złożył żądany wykaz usług.

W dniu 6 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu usług wraz z dokumentami

potwierdzającymi należyte wykonanie usług. Zamawiający wskazał, że w związku z tym, że Przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykazuje usługi zrealizowane na rzecz PKP PLK S.A. przez konsorcjum IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. oraz IDOM CONSULTING, ENGINEERING, ARCHITECTURE, S.A. (S.A.U) z siedzibą w BILBAO, prosi o wyjaśnienie czy Przystępujący bezpośrednio uczestniczył w usługach wskazanych w wykazie.

W dniu 9 sierpnia 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w części obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa zostały również objęte załączniki nr 1-16 (wraz z ich nazwami).

W dniu 26 sierpnia 2024 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Przystępującego.

W dniu 5 września 2024 r. Odwołujący złożył odwołanie wskazując, że bez uzyskania dostępu do informacji zastrzeżonych przez Przystępującego nie jest on w stanie zweryfikować, czy Przystępujący faktycznie wykonał usługi w żądanym przez Zamawiającego zakresie.

W dniu 18 września 2024 r. Przystępujący przesłał do Zamawiającego pismo, w którym oświadczył, że przychyła się w części do argumentacji Odwołującego dotyczącej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie innym niż dane osobowe personelu kluczowego (pracowników, współpracowników) oraz firm podwykonawców. Tym samym Przystępujący oświadczył, że podtrzymuje swoje stanowisko co do utrzymania w tajemnicy danych osobowych personelu kluczowego (pracowników, współpracowników) oraz firm podwykonawców - a także załączników zawierających te dane.

Zamawiający udostępnił zanonimizowane wyjaśnienia Odwołującemu, co zostało potwierdzone podczas posiedzenia przed Izbą.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności oddajnienia zastrzeżonych przez Przystępującego danych osobowych personelu kluczowego (pracowników, współpracowników) oraz firm podwykonawców, jak również treści załączników nr 1-16 do wyjaśnień z dnia 9 sierpnia 2024 r. przez co doprowadziło do dokonania wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, jak również do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wydając orzeczenie Izba jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest obowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Izba wskazuje, że zarzut nr 2 nie został przez Odwołującego prawidłowo postawiony. Odwołujący poprzestał na wskazaniu wyłącznie normy prawnej, która w jego ocenie została naruszona przez Zamawiającego nie podając żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla tego zarzutu.

Odwołujący w uzasadnieniu nie wskazał dlaczego oferta Przystępującego nie jest najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Poprzestał wyłącznie na głośnym stwierdzeniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 Izba wskazuje, że:

Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.:

„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.”

Zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.:

„Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.”

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp”

„Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.”

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp:

„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.” Izba wskazuje, że zasadą jest jawność postępowania. Wykonawca ma jednak możliwość zastrzeżenia informacji, które są dla niego niezwykle istotne, cenne i odnoszą się do potencjału tego wykonawcy. Warunkiem jednak skutecznego zastrzeżenia jest to, że wykonawca musi wykazać łączne spełnienie trzech przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W złożonym odwołaniu Odwołujący nie kwestionował pierwszej z przesłanek tj. tego, że zastrzegane informacje mają charakter organizacyjny. W przedmiotowej sprawie Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia szczegółowo wskazał na czym polega wartość gospodarcza zarówno zastrzeganych informacji, jak i dokumentów, z nimi związanych. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, że Przystępujący nie wskazał precyzyjnie jakie informacje są dla niego szczególnie istotne Izba wskazuje, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał, że tajemnicą jest objęta struktura organizacyjna zespołu, charakter i

sposób współpracy pomiędzy podwykonawcami a Przystępującym, a także charakter współpracy Przystępującego z podmiotami, z którymi stale współpracuje (np. broker ubezpieczeniowy, bank itd.). Jak oświadczył Przystępujący uzyskanie wiedzy o powyższych kwestiach może wpłynąć zarówno na konkurencyjne wykorzystanie tego sposobu wykonywania usług, jak i pozwoli konkurentom na zdobycie wiedzy, która umożliwi im oszacowanie choćby niezbędnego nakładu pracy do wykonania podobnych usług. Dodatkowo Przystępujący wskazał, że pozyskanie tych informacji przez konkurentów może spowodować, że będą oni w stanie określić poziom cen oferowanych przez Przystępującego na tego typu zamówienie, a tym samym ostatecznie uniemożliwić mu lub co najmniej utrudnić złożenie konkurencyjnych ofert. Ujawnienie zastrzeżonych dokumentów oraz informacji może doprowadzić de facto do pozbawienia Przystępującego dostępu do podobnych zamówień w przyszłości. Przystępujący zauważył również, że ujawnienie danych osobowych personelu kluczowego (pracowników, współpracowników) oraz firm podwykonawców może skutkować negatywnymi konsekwencjami zarówno dla tych osób, dla przystępującego jak i Zamawiającego. Przystępujący wskazał na czym polega wartość gospodarcza informacji organizacyjnych w postaci umów podwykonawców oraz korespondencji z innymi podmiotami, z którymi współpracuje. Ujawnienie warunków współpracy Przystępującego z tymi podmiotami może powodować utratę jego przewag konkurencyjnych, w szczególności w sytuacji, gdy wiedza o tych relacjach poparta jest dodatkowo wiedzą o oferowanym Przystępującemu zakresie usług. Wiedza konkurencji o personelu może jak wskazał Przystępujący prowadzić do podkupowania podwykonawców i pogorszenia jego sytuacji na rynku. Dodatkowo Przystępujący zauważył, że został zobowiązany do zachowania w poufności i zastrzegania faktu współpracy z podwykonawcami. W uzasadnieniu zastrzeżenia Przystępujący wskazał również, że wystarczy, że ujawnienie

zastrzeganych informacji może narazić przedsiębiorcę na stratę w postaci pozyskania przez konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym i handlowym, której konkurencja nie posiada, co w przedmiotowej sprawie niewątpliwie ma zastosowanie. Potwierdzeniem prawdziwości oświadczenia Przystępującego o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji jest to, że ze stanowisk obu stron wyraźnie wynika, że rynek, którego dotyczy przedmiotowe zamówienie jest bardzo wąski. Zespół specjalistów jest w związku z tym niezwykle istotny. Co więcej jak sam Odwołujący wskazał to od tych osób chciałby ewentualnie pozyskać wiedzę na temat zakresu usług, w których wykonanie zaangażowany był Przystępujący. Izba wskazuje, że wiedzę taką Odwołujący mógłby również uzyskać zwracając się w trybie informacji publicznej do zamawiającego, na rzecz którego zostały zrealizowane usługi, jednak z dokumentacji postępowania nie wynika, aby takie działania podjął.

Izba wskazuje, że Przystępujący w należyty sposób również wykazał, że zastrzegane przez niego informacje 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, a także że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przystępujący wskazał, że w jego organizacji obowiązują procedury bezpieczeństwa dające gwarancję ochrony tego typu danych przed ich wyjawieniem. Na potwierdzenie Przystępujący przedłożył załącznik numer 18: wyciąg z polityki bezpieczeństwa. Przystępujący wskazał również, iż podejmuje m.in. następujące działania: konsekwentnie, w sposób ciągły i jednoznaczny zastrzega treść swoich ofert i wyjaśnień ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie odtajnił nigdy którejkolwiek z zastrzeżonych informacji podmiotom trzecim, stosuje szyfrowane połączenia w komunikacji, karty dostępu do biura, hasła na komputerach, dostęp wewnątrz struktury Przystępującego do przedmiotowych informacji jest ograniczony do niewielkiej liczby osób. Ponadto oświadczył, że posiada dokumentację przetargową na zewnętrznych serwerach, które są chronione w sposób kompletny przez systemy i programy IT. Pracownicy są szkoleni przez swoich przełożonych w zakresie bezpiecznego przekazywania danych oraz użytkowania np. Internetu. Dodatkowo Przystępujący wskazał, że stosuje wielopoziomowe zabezpieczenia w dostępie do kluczowych informacji zapisanych w systemach informatycznych. Każdy folder ma przypisaną kategorię dostępu, co sprawia, że do informacji zastrzeżonych przez niego mają dostęp tylko nieliczni pracownicy, bezpośrednio zaangażowani w realizację danej części zadania. Co więcej każdy pracownik zatrudniony na umowę o pracę lub na podstawie innej umowy cywilnoprawnej, zobowiązuje się do nieujawniania informacji poufnych, w tym stanowiących między innymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Na dowód stosowanych przez Przystępującego zasad zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawił wyciąg z regulaminu pracy, wyciąg ze wzoru umowy o pracę - załączniki nr 19 i 20 do wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że z całą pewnością lista podmiotów, z którymi wykonawca współpracuje oraz zawarte z nimi umowy stanowią informacje handlowe, ponieważ pokazują możliwe do uzyskania warunki współpracy. Są one podstawą funkcjonowania wykonawcy na rynku. Ujawnienie tych informacji może bowiem znacznie wpłynąć na obniżenie potencjału konkurencyjnego Przystępującego. Przystępujący wbrew głosownym twierdzeniom Odwołującego wykazał w dostateczny sposób wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że sposób kalkulacji oferty jest jednym z podstawowych elementów konkurencji, ponieważ może przesądzać o atrakcyjności cenowej złożonej oferty. Na sposób kalkulacji niewątpliwie ma w przedmiotowej sprawie wpływ czynnik osobowy (projektanci). Z samej definicji know-how wynika, że stanowi ono wartość dla przedsiębiorstwa, o ile stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak słusznie wskazał Przystępujący odtajnienie zastrzeżonych przez niego informacji, jego know-how spowodowałoby najprawdopodobniej wykorzystanie tych informacji przez podmioty konkurencyjne. Izba wskazuje, że również załączniki odnoszą się

ściśle do osób, których dane Przystępujący zastrzegł (polisy, pełnomocnictwa, korespondencja z ubezpieczycielem, listy obecności, zgłoszenie członków personelu).

Informacje zastrzeżone przez Przystępującego mają w ocenie Izby wartość gospodarczą. Jako całość nie są one powszechnie znane, ani nie można ich uzyskać np. w trybie informacji publicznej. Są one dostępne wyłącznie dla wąskiego grona osób. Przystępujący podjął szereg działań mających na celu ochronę dostępu do tych informacji i zachowanie ich w poufności, co starannie udokumentował. Dostęp do informacji objętych tajemnicą jest kontrolowany i przez to ograniczony, zaś konkurencja została skutecznie pozbawiona prawa do uzyskania dostępu do tych danych. Izba uznała, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego nie było ogólnikowe. W obszernym uzasadnieniu Przystępujący opisał charakter zastrzeganych informacji oraz ich wartość gospodarczą. Wskazał on również, jakie działania podjął w celu ochrony tych informacji.

Zdaniem Izby zarzuty odwołania nie potwierdziły się, a Zamawiający prawidłowo ocenił skuteczność zastrzeżenia dokonanej przez Przystępującego.

W ocenie Izby zaistniały zatem w przedmiotowym postępowaniu podstawy do uznania, że znajdzie tu zastosowanie wyjątek od zasady jawności postępowania określony w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w konsekwencji czego nie doszło również do naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Izba wskazuje również na normę zawartą w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą: „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”. Izba wskazuje, że Odwołujący nie podołał wykazaniu, że zarzucane przez niego Zamawiającemu uchybienia mogą wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i podczas rozprawy przed Izbą wskazał, że dostęp do informacji zastrzeżonych przez Przystępującego jest mu niezbędny, ponieważ bez nich nie może on dokonać weryfikacji, w jakim zakresie Przystępujący realizował obie usługi, przy czym jak oświadczył fakt realizowania

usług nie kwestionuje, wątpliwości ma jedynie co do zakresu. Na zadane podczas rozprawy pytanie Odwołujący nie był jednak wskazać, z którego dokumentu taką wiedzę mógłby uzyskać. Niewątpliwie takiej wiedzy nie niosą dane osobowe czy dane kontrahentów lub współpracowników. Nie sposób również zdaniem Izby uznać, że z któregośkolwiek z załączników taka wiedza wynika. Załączniki do wyjaśnień stanowią m.in.: pismo dotyczące zgłoszenia członków personelu, pełnomocnictwa, oświadczenia autorów dotyczące przygotowanej dokumentacji, listy obecności na radach projektowych, wnioski o wydanie karty wstępu, korespondencja dotycząca opłacenia składki za polisę czy dotycząca gwarancji należytego wykonania umowy. Załączniki te są ściśle związane z osobami, których danych Przystępujący nie chce ujawniać, natomiast informacje dotyczące zakresu wykonanych usług zostały

wskazane w treści wyjaśnień, które zanonimizowane w całości zostały Odwołującemu udostępnione.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyla się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: