

Sygn. akt: KIO 2029/24
KIO 2034/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 1 lipca 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.10 czerwca 2024 r. przez odwołującego: Voessing Polska sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (KIO 2029/24),

B.10 czerwca 2024 r. przez odwołującego: ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 2034/24),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

1. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2029/24

i KIO 2034/24: Metroprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

2. uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2029/24: ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

3. uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2034/24: Voessing Polska sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania w sprawie KIO 2029/24 obciąża odwołującego Voessing Polska sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez zamawiającego z tytułu opłaty skarbowej od jednego z udzielonych pełnomocnictw,

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

3. Kosztami postępowania w sprawie KIO 2034/24 obciąża odwołującego ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez zamawiającego z tytułu opłaty skarbowej od jednego z udzielonych pełnomocnictw,

3.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący

Sygn. akt: KIO 2029/24
KIO 2034/24

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Prace przedprojektowe dla IV linii metra wraz ze Stacją Techniczno-Postojową w Warszawie” (Numer referencyjny: WP.25.00024.2024.K.I.PAWA) zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 marca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 164900-2024.

10 czerwca 2024 r. wykonawca Voessing Polska sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Odwołujący Voessing), wniósł odwołanie o sygn.. akt KIO 2029/24 i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk) przez zaniechanie odtajnienia złożonego przez wykonawcę Metroprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący) części wykazu osób (stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.odtajnienia złożonego przez Przystępującego całości wykazu osób (stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ);
- 2.w przypadku, gdyby przed rozpoznaniem odwołania doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty – unieważnienie wyboru i odtajnienie ww. wykazu osób oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący Voessing wskazał m. in.:

Przystępujący nie podał obowiązkowi wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu osób.

Zgodnie z pkt 9.1.4.2 SWZ określonym przez Zamawiającego warunkiem udziału

w postępowaniu jest dysponowanie przez wykonawcę czteroosobowym zespołem (projektanci w specjalności architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, inżynieryjnej kolejowej oraz geolog) przeznaczonym do realizacji zamówienia. Z kolei zgodnie z pkt 23.4.2 SWZ wykonanie przez poszczególnych członków personelu dodatkowych opracowań spełniających wymagania zawarte w warunkach udziału dla danego specjalisty, stanowiły pozacenowe kryterium ofert. Wszelkie te informacje – na potwierdzenie spełnienia warunku udziału oraz stanowiące podstawę do przyznania ofercie punktów w kryterium oceny ofert - należało zawrzeć w załącznik nr 5 do SWZ – wykazie osób.

Informacje te Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający – zgodnie z treścią pisma z 29 maja 2024 r. utrzymał to utajnienie. Przystępujący dokonał utajnienia informacji dotyczących tylko dwóch członków personelu, pozostawiając dane pozostałych dwóch – jawnymi. W uzasadnieniu w żaden sposób nie wykazał, dlaczego dane jednych osób stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, a drugi – nie i swobodnie je ujawnia. Już sam fakt, że Przystępujący ujawnił dane połowy personelu dyskwalifikuje uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie drugiej połowy i świadczy o jego pozorności. Wykonawca ten nie dokonał żadnego rozróżnienia między tymi informacjami.

Bez względu na to, zakres zastrzeganych informacji jest bezzasadny, ponieważ dane osobowe pracowników i współpracowników Przystępującego wraz ze szczegółami na temat ich doświadczenia, wykształcenia można z łatwością odnaleźć w powszechnie dostępnych źródłach. Na platformie LinkedIn z profilem spółki Metroprojekt „powiązane” jest kilkadziesiąt osób – pracowników i współpracowników. Dane to można zestawić m.in. po wykształceniu, zajmowanym stanowisku, umiejętnościach czy skończonych studiach. Osoby „powiązane”

na portalu ze swoim pracodawcą – Metroprojekt, na swoich profilach, pod swoimi imionami

i nazwiskami, które Przystępujący próbuje utajnić, opisują swoje doświadczenie, wykształcenie. Każdy zainteresowany może więc pozyskać z powszechnie dostępnych źródeł informacje o danych osobowych pracowników i współpracowników Przystępującego, o ich doświadczeniu czy wykształceniu, co w zupełności dyskwalifikuje zastrzeżenie złożone przez tego wykonawcę. W świetle powyższych okoliczności kuriozalnie brzmią oświadczenia Przystępującego o zachowywaniu tych informacji w poufności czy podjęciu wszelkich koniecznych, zasadnych i racjonalnych środków w celu nieujawniania wskazanych wyżej danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący nie złożył żadnego dowodu na potwierdzenie działań podjętych w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. Pomijając środki fizyczne, wykonawca wskazał na stosowanie oświadczeń o zachowaniu w poufności, klauzul informacyjnych, ale w żaden sposób nie wykazał prawdziwości tych oświadczeń. Nie sposób więc uznać, że Przystępujący wykazał, że podjął działania mające na celu zachowanie informacji w poufności.

Uzasadnienie złożone przez Przystępującego było ogólnikowe. Opierało się na gołosłownych ogólnikach, których nie sposób uznać za wykazujące, że zastrzegane informacje spełniają ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Głównym argumentem podnoszonym przez Przystępującego w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa była kwestia możliwości dotarcia przez podmioty konkurencyjne do jego personelu i ewentualne „podkupienie” pracowników.

W świetle powyższych informacji (brak zastrzeżenia danych połowy personelu, obecność pracowników i współpracowników na portalach internetowych) argument ten jest zupełnie bezzasadny. Każdy przedsiębiorca dysponuje odpowiednimi instrumentami (płacowymi, organizacyjnymi i innymi), mającymi na celu utrzymanie stworzonego przez siebie zespołu eksperckiego w niezmienionym składzie. Sama obawa przed zmianami kadrowymi w tym zespole, nie może przesądzać o istnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście składu osobowego tegoż zespołu oraz w kontekście posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia.

Przystępujący w żaden sposób nie dowiódł również zjawiska przejmowania pracowników jako bezpośredniego następstwa ujawnienia w postępowaniach przetargowych informacji nt. osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz nt. ich doświadczenia. W tym zakresie nie został przywołany choćby jeden taki przypadek z doświadczenia własnego Przystępującego, czy też innego podmiotu. Przystępujący nie pokusił się nawet o próbę hipotetycznego wyjaśnienia jak ujawnienie wykazu osób miałyby doprowadzić do „podebrania” wskazanych w tym wykazie osób, co również nie byłoby wystarczające, ale ograniczył się jedynie do wskazania istnienia ryzyka dotarcia do jego pracowników i możliwości ich podkupienia.

Na dowód swojej argumentacji Odwołujący Voessing przedstawił przykładowe zrzuty ekranu z portalu internetowego LinkedIn.

10 czerwca 2024 r. wykonawca ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie (dalej: Odwołujący ILF), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 2034/24 i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk przez uznanie, że Przystępujący w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wykazie osób stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykonawcy, podczas gdy Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności że:

–część zastrzeżonego dokumentu ma wartość gospodarczą;

–informacje te są poufne, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób

i strzeżone są w odpowiedni sposób (Wykonawca podjął w tym zakresie stosowne działania);

–Przystępujący dokonało prawidłowego zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie dopuszczalny zakres informacji (wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa),

co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwiło konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oferty Przystępującego z uwagi na błędne przyjęcie,

że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

2.art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. 3 Pzp i art. 74 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk przez brak odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych przez Przystępującego informacji (wykazu osób – w całości), mimo takiego obowiązku

(art. 74 Pzp), w sytuacji, w której informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym ww. Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, a zatem informacje te powinny zostać odtajnione i przekazane Odwołującemu;

a w konsekwencji

3.art. 16 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący ILF wskazał m. in.:

Dodatkowe - ponad wymogi SWZ - doświadczenie projektanta architekta, projektanta konstruktora, projektanta kolejowego oraz geologa stanowiły pozacenowe kryteria oceny ofert (z wagą 10% każde). W ramach wykazania spełnienia pozacenowych kryteriów oceny ofert, Zamawiający narzucił wykonawcom obowiązek złożenia wykazu osób na przygotowanym przez siebie wzorze – załączniku nr 5 do SWZ.

Przystępujący złożył ww. dokument celem uzyskania dodatkowych punktów. Jednocześnie wraz z ofertą, pismem z 7 maja 2024 r. („Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa”) Przystępujący złożył uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, utajniając wykaz w całości

(a także – pierwotnie – samo Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa). Na skutek oceny tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający zdecydował się odtajnić informacje zawarte

w złożonym wykazie osób, związane z osobą powołaną celem pełnienia funkcji Geologa oraz osoby mającej pełnić funkcję Projektanta Architekta. Informacje dot. Projektanta Kolejowego oraz Projektanta Konstruktora pozostały tajne (są niejawnie).

W przygotowanym przez Przystępującego uzasadnieniu można przeczytać, że „W celu zapewnienia poufności zastrzeżonych informacji spółka Metroprojekt sp. z o.o. podjęła wszelkie konieczne, zasadne i racjonalne środki w celu

nieujawniania wskazanych wyżej danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W ramach podjętych środków można wskazać środki natury fizycznej, jak klasyfikowanie, ograniczenie dostępu do informacji (w tym ograniczenie do minimum kręgu osób mających dostęp do tych informacji, tj. w zakresie wymaganym do przygotowania niniejszej oferty w postępowaniu) oraz fizyczną ochronę miejsc przechowywania informacji, zabezpieczenia nośników, zastosowanie stosownych zabezpieczeń systemów informatycznych oraz także środki prawne, jak poinformowanie wskazanych osób i podwykonawców, które mają uzyskać dostęp do informacji o charakterze poufnym i zobowiązaniu tych osób (w tym osób i podmiotów trzecich) do zachowania poufności udostępnionych informacji, wprowadzenie klauzul o zachowaniu poufności do oświadczeń osób trzecich (wszelkie oświadczenia zawierają stosowne klauzule)”.
Niezależnie od tego, że Przystępujący nie złożył żadnych dowodów, próżno szukać w samym uzasadnieniu informacji np. co rozumieć przez „ograniczanie do minimum kręgu osób”. Nie dowiadujemy się z niego również, czym są „stosowne zabezpieczenia systemów informatycznych”. W uzasadnieniu nie wskazano także nawet przykładowo jakiej treści klauzule poufności wprowadzono i do jakich oświadczeń. To w ogóle uniemożliwia zweryfikowanie, czy podjęte środki są właściwe, wystarczające i prawidłowe.

Jak wynika powszechnie z orzecznictwa – obowiązkiem każdego wykonawcy jest wykazanie przesłanek z art. 11 Uznk, a zatem także udowodnienie, że podjął działania o których wspomina w swoim uzasadnieniu. Złożenie dowodów byłoby dla Przystępującego dostępne. Przykładowo, nie powinno nastroczać żadnych trudności złożenie treści przykładowej klauzuli poufności stosowanej przez niego, czy załączenie do wyjaśnień umów zawierających te klauzule. Tym bardziej, że jest to pewien standard, który obecnie właściwy jest wszystkim uczestnikom rynku decydującym się na utajnienia jakichś informacji. Wykonawca twierdząc, że stosuje zabezpieczenie systemów informatycznych powinien wyartykułować, jakie są

to zabezpieczenia, z jakich programów korzysta. Udowodnić można to np. umowami z dostawcami oprogramowania informatycznego. Przystępujący nie pokusił się ponadto nawet o opisanie jaką to fizyczną ochronę miejsc przechowywania informacji stosuje. Personalia, które Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią m.in. nazwiska osób, których jest ograniczona liczba. Wszak są to specjaliści branżowi, posiadający wąską, wiedzę techniczną, zgodną z wymaganiami Zamawiającego. Już teraz Odwołujący posiada pewnego rodzaju wiedzę, co do grona osób, na doświadczenie których powołał się Przystępujący. Przedmiotowe informacje ponad wszelką wątpliwość nie są trudne dostępne czy też poufne.

Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej informacji. Wykonawca poświęcił uzasadnieniu rzekomej wartości gospodarczej raptem jeden akapit. Co oczywiste, nie długość jest tu istotna. Niemniej jednak z pewnością stanowi pewien wykładnik staranności i dbałości Wykonawcy o utrzymanie informacji w tajemnicy, co jest przecież jego obowiązkiem. Nawet przy tym we wspomnianym fragmencie próżno szukać konkretnych, przekonujących informacji, w tym tych, które wykazywałyby, że zastrzegane informacje mają rzeczywistą wartość gospodarczą. Lakoniczne twierdzenia o „szczególnym znaczeniu dla Wykonawcy” danych osób (i tym podobne) skierowanych do realizacji zamówienia na pewno nie mogą być uznane za wystarczające.

Za zupełną aberracją trzeba ponadto uznać utajnienie przez Przystępującego podstawy prawnej dysponowania danymi osobami. Twierdzenie, że informacja ta mogłaby mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą nie wytrzymuje krytyki. Okoliczność ta dobitnie świadczy

o tym, że Przystępujący bezrefleksyjnie zastrzegł szeroki zakres informacji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie próbując wykazywać, że faktycznie posiadają one taki przedmiot.

W przypadku informacji takich, jak ww. należy zresztą wątpić czy wykazanie takie jest w ogóle możliwe.

27 czerwca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołania wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska co do zarzutów obu odwołań przedstawił zblizoną argumentację i wskazał m.in.:

Zamawiający prawidłowo dokonał oceny zastrzeżenia części wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedłożonego wraz z ofertą, a w konsekwencji słusznie uznał, że wykaz osób w części stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego wszystkie niezbędne przesłanki do uznania skutecznego zastrzeżenia części wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione, tym samym zaniechanie odtajnienia (w całości) wykazu osób przedłożonego przez wraz z ofertą nie może stanowić skutecznej podstawy odwołania.

Informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach (części wykazu osób przedłożonego wraz z ofertą) spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk. Określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zostały spełnione łącznie trzy przesłanki: (I) informacja posiada wartość gospodarczą, (II) nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie jest łatwo dostępna dla takich osób, (III) podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Zamawiający dokonując oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uznał, że dane osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia to informacje mające bez wątpienia szczególne znaczenie dla Przystępującego. Wysoko wyspecjalizowana kadra dedykowana do realizacji usługi, to jeden z kluczowych elementów dla każdej z firm działających na rynku. Informacje te niewątpliwie posiadają znaczący charakter gospodarczy i organizacyjny. Należy również zwrócić uwagę, że rynek usług stanowiących przedmiot zamówienia jest rynkiem bardzo charakterystycznym, a zasadniczą wartością, jaką na nim dysponują wykonawcy, jest potencjał ludzki z jego wiedzą i doświadczeniem. Dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa wykonawcy lub osób, którymi wykonawca dysponuje, ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi.

W ocenie Zamawiającego Przystępujący wykazał, że w dokumentach, stanowiących część objętą tajemnicą przedsiębiorstwa, imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacje (wykształcenie, uprawnienia), doświadczenie oraz status względem Przystępującego (pracownik lub osoba, którą przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwią dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę „podkupowania”. Tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego wykonawcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku. Nadto, informacje zawarte w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa dają wiedzę, co do struktury personelu, jakim posługuje się wykonawca. Na tej podstawie można bowiem ustalić, czy wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy wykonawcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymuje.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Rozpoznając oba odwołania Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami oraz oferty Przystępującego.

Ponadto Izba przeprowadziła dowody ze wszystkich złożonych przez Strony i Przystępujących dokumentów. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do pominięcia któregośkolwiek z dowodów na podstawie art. 541 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Przystępujący wraz z ofertą, 7 maja 2024 r. złożył w postępowaniu załącznik – tj. wykaz osób i objął do tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnicą objęta została również przeważająca większość treści uzasadnienia zastrzeżenia ww. tajemnicy. Wykaz zawierał nazwiska czterech osób i informacje o nich. Doświadczenie tych osób miało podlegać ocenie w ramach kryterium pozacenowego doświadczenia personelu, a także w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej. Okoliczność ta nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie.

24 maja 2024 r. Zamawiający zgodnie z pismem skierowanych do Przystępującego:

„a. odtajnił Wykaz osób złożony wraz z ofertą przez Metroprojekt Sp. z o.o. w zakresie całości danych dotyczących dwóch osób (z 4 wymienionych w Wykazie), które jednocześnie zostały wskazane (ujawnione) z imienia i nazwiska (tj. w sposób umożliwiający identyfikację) w niezastrzeżonych dokumentach stanowiących zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, tj. osoby wskazanej w Wykazie w zakresie Kryterium nr 2 Projektant

w specjalności architektonicznej osoby wskazanej w Wykazie w zakresie Kryterium nr 5 — Geolog,

b. uznał, że w pozostałym zakresie, tj. w zakresie:

całości danych dot. osoby wskazanej w Wykazie w zakresie Kryterium nr 3 - Projektant

w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, całości danych dot. osoby wskazanej

w Wykazie w zakresie Kryterium nr 4 — Projektant w specjalności inżynierskiej kolejowej, zastrzeżenie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa zostało dokonane skutecznie.

(...) Zamawiający uznał, że zastrzeżenie dokumentu zawierającego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane nieskutecznie, w związku z czym Zamawiający odtajnił

w całości przedmiotowy dokument”.

W postępowaniu również Odwołujący ILF dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, m. in. w zakresie części danych z wykazu osób tj.:

„Załącznik nr 5 do SWZ – wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie dot. Kryterium nr 5 – dodatkowe doświadczenie osoby, o której mowa w pkt 9.1.4.2 ppkt 4 SWZ (Geolog).

ILF zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa niniejsze informacje:

- 1)imię i nazwisko oraz wykształcenie/uprawnienia osoby;
- 2)doświadczenie;
- 3)data wykonania (od-do);

w całości (w odniesieniu m.in. do wszystkich wskazanych projektów, które zostały wykonane przez wskazanego przez ILF Geologa) jako informacji, które pozwalają m.in. na identyfikację osoby wskazanej na to stanowisko”.

W uzasadnieniu ww. zastrzeżenia Odwołujący ILF wskazał m. in.: „Informacje dotyczące jednej z osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (geologa), zawarte

w załączniku nr 5 do SWZ i innych wskazanych na wstępie dokumentach, są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i należą do grupy innych informacji posiadających wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca (Wykonawca w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 Ustawy PZP) podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wszystkie wymienione powyżej przesłanki zostały spełnione w sposób łączny (...).

Należy zwrócić przy tym uwagę, iż rynek usług stanowiących przedmiot zamówienia jest rynkiem bardzo charakterystycznym, o znacznej konkurencji, a zasadniczą wartością, jaką

na nim dysponują wykonawcy, jest potencjał ludzki z jego wiedzą i doświadczeniem. Dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa Wykonawcy lub osób, którymi Wykonawca dysponuje, ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi.

Imię i nazwisko osoby skierowanej przez ILF do pełnienia funkcji geologa, jej kwalifikacje (wykształcenie, uprawnienia) i doświadczenie, a także inne informacje pozwalające

na identyfikację tej osoby, pozwalają na dotarcie do niej, a w konsekwencji procedurę „podkupowania”. Tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego Wykonawcy

w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku.

W świetle powyższego, zważywszy na obecnie panującą sytuację na rynku pracy, charakter zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz ryzyko polegające na możliwości „podkupienia” współpracującego z Wykonawcą specjalisty, Część zastrzeżona związana z osobą mającą pełnić funkcję geologa, stanowi istotną informację gospodarczą, której tajemnicy Wykonawca ma prawo i obowiązek strzec”.

Dowód z ww. dokumentu Izba przeprowadziła z urzędu, dla zbadania – przez porównanie –

- 1.wiarygodności argumentacji zawartej w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, w szczególności co do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji oraz istnienia zjawiska „podkupowania” personelu przez konkurencję,
- 2.ustalenia właściwego znaczenia i wartości dowodów złożonych przez Odwołującego ILF w postępowaniu.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu osób Przystępujący wskazał m. in. „Informacje wskazane w treści wskazanego pliku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i ich charakter jest poufny, odnoszą się do nieujawnionych do wiadomości publicznej informacji handlowych, organizacyjnych i wszelkich innych informacji posiadających wartość gospodarczą, co których podjęliśmy niezbędne działania w celu zachowania poufności (...).

Informacje dotyczące osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zawarte w załączniku nr 5 do SWZ są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i należą do grupy innych informacji posiadających wartość gospodarczą,

co do których przedsiębiorca (Wykonawca w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 Ustawy PZP) – podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wszystkie wymienione powyżej przesłanki zostały spełnione w sposób łączny (...).

Dane osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia to informacje mające bez wątpienia szczególne znaczenie dla Wykonawcy. Wysoko wyspecjalizowana kadra dedykowana

do realizacji usługi, to jeden z kluczowych elementów dla każdej z firm działających na rynku. Informacje te posiadają znaczący charakter gospodarczy i organizacyjny i jeżeli nie zostały podane do informacji publicznej, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę, iż rynek usług stanowiących przedmiot zamówienia jest rynkiem bardzo charakterystycznym, a zasadniczą wartością, jaką na nim dysponują Wykonawcy, jest potencjał ludzki z jego wiedzą i

doświadczeniem. Dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa Wykonawcy lub osób, którymi Wykonawca dysponuje, ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi. Wskazane w dokumentach, stanowiących Część objętą tajemnicą przedsiębiorstwa, imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacje (wykształcenie, uprawnienia), doświadczenie oraz status względem Wykonawcy (pracownik lub osoba, którą przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę „podkupowania”. Tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego Wykonawcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku. Nadto, informacje zawarte w Części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa dają wiedzę, co do struktury personelu, jakim posługuje się Wykonawca. Na tej podstawie można bowiem ustalić, czy Wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy Wykonawcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot) (KIO 667/10).

W świetle powyższego, zważywszy na obecnie panującą sytuację na rynku pracy oraz ryzyko polegające na możliwości „podkupienia” współpracujących z Wykonawcą specjalistów, Część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiąca wykaz osób, które mają wykonywać dane zamówienie stanowi istotną informację gospodarczą, której tajemnicy Wykonawca ma prawo i obowiązek strzec.

Żadna z zastrzeżonych informacji zawarta w Części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa nie została w tej formie ujawniona przez Wykonawcę do publicznej wiadomości jakichkolwiek osób zajmujących się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Oznacza to, że informacje te są nieznane ogółowi, a w szczególności osobom, które ze względu na swój zawód byłyby zainteresowane ich posiadaniem. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że 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).

W celu zapewnienia poufności zastrzeżonych informacji spółka Metroprojekt sp. z o.o. podjęła wszelkie konieczne, zasadne i racjonalne środki w celu nieujawniania wskazanych wyżej danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W ramach podjętych środków można wskazać środki natury fizycznej, jak klasyfikowanie, ograniczenie dostępu do informacji (w tym ograniczenie do minimum kręgu osób mających dostęp do tych informacji, tj. w zakresie wymaganym do przygotowania niniejszej oferty w postępowaniu) oraz fizyczną ochronę miejsc przechowywania informacji, zabezpieczenia nośników, zastosowanie stosownych zabezpieczeń systemów informatycznych oraz także środki prawne, jak poinformowanie wskazanych osób i podwykonawców, które mają uzyskać dostęp do informacji o charakterze poufnym i zobowiązaniu tych osób (w tym osób i podmiotów trzecich) do zachowania poufności udostępnionych informacji, wprowadzenie klauzul o zachowaniu poufności do oświadczeń osób trzecich (wszelkie oświadczenia zawierają stosowne klauzule). Dochowując zasad należytej staranności oprócz wyżej wskazanych czynności, wszelkie osoby, którym zostały udostępnione informacje posiadające dla nas wartość gospodarczą, handlową (stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wyszczególnione powyżej) zostały poinformowane komu, kiedy i w jaki sposób takie informacje mogą być przekazywane (...).

Powyższe uzasadnienie nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany stan faktyczny sprawy, Izba uznała, że Zamawiający zasadnie nie odtajnił pełnej treści wykazu osób złożonego przez Przystępującego. Decyzja Zamawiającego o częściowym odtajnieniu była przy tym zasadna i oparta na racjonalnych przesłankach.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 zd. pierwsze 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.

Kluczowe znaczenie dla negatywnej oceny zarzutów obu odwołań miało brzmienie przytoczonego przepisu Pzp. Wynika z niego, że obowiązkiem wykonawcy, który zastrzega utajnienie określonej informacji jest nie udowodnienie, a wykazanie zasadności takiego zastrzeżenia. Dlatego też Izba uznała, że mimo, że Odwołujący zasadnie twierdził, że Przystępujący nie udowodnił swoich twierdzeń, fakt ten nie stanowił podstawy obligującej Zamawiającego do odtajnienia pełnej treści wykazu osób Przystępującego.

Ocena zasadności zastrzeżenia tajemnicy zawsze ma charakter indywidualny,

z uwzględnieniem m. in. warunków i specyfiki danego postępowania. W tym postępowaniu Przystępujący – ale też Odwołujący ILF, zastrzegli informacje dotyczące doświadczenia zawodowego i kwalifikacji osób o wąskiej specjalizacji i bardzo wysokich kwalifikacjach. Jest to o tyle istotne w sprawie, że samo zastrzeżenie utajnienia treści wykazu osób złożone przez Przystępującego było w ocenie Izby w znacznej mierze ogólnikowe. Izba nie bierze jednak pod uwagę nawet oczywistych wad sposobu utajnienia dokumentu, w sytuacji, gdy na wady

te nie zwracają uwagi sami odwołujący.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy złożone przez Przystępującego spełniało minimalne wymogi ustawowe pozwalające na odstąpienie od ujawnienia wykazu osób wykonawcy. Przystępujący w jasny sposób przedstawił argumenty uzasadniające zastrzeżenie wykazu, w szczególności co do wartości gospodarczej informacji. Przeciwnie twierdzenia Odwołujących Izba uznała za niezasadne. Wartość gospodarcza nie zawsze ma charakter wymierny, tj. dający wyrazić się określoną kwotą. Już sama chęć uniknięcia straty, nawet hipotetycznej może zostać uznana za wartość gospodarczą. W tym postępowaniu Izba uznała, że argumentacja Przystępującego była wystarczająca na etapie jej oceny przez Zamawiającego. Co za tym idzie mieściła się ona w zakresie pojęcia „wykazania” w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp. Biorąc pod uwagę charakter utajnionych informacji (również przez Odwołującego ILF) Zamawiający miał wszelkie podstawy uznać za wystarczające informacje

i wyjaśnienia zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia, mimo, że Przystępujący nie złożył

na poparcie uzasadnienia żadnych dokumentów. Izba wskazuje w tym miejscu, że „wykazanie” to czynność o charakterze faktycznym, sprowadzająca się do przekonania zamawiającego

o wiarygodności określonych twierdzeń i informacji. Okolicznością mniej istotną przy tym jest to, czy dochodzi do tego na skutek złożenia wraz z uzasadnieniem dodatkowych dowodów, dokumentów itp. „Wykazanie” to przedstawienie spójnych i wiarygodnych informacji, a nie „zasypanie” zamawiającego dokumentami o charakterze wyłącznie formalnym, pozbawionymi rzeczywistej wartości i znaczenia.

Na etapie postępowania odwoławczego Izba uznała za okoliczność nie budzącą wątpliwości, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje mają wartość gospodarczą. Oprócz

samego uzasadnienia zastrzeżenia Przystępującego Izba uznała fakt ten za udowodniony

na podstawie podobnego zastrzeżenia dokonanego przez Odwołującego ILF oraz stanowisk procesowych obu Odwołujących – w szczególności złożonych przez nich dowodów.

Podstawowym argumentem obu Odwołujących było twierdzenie o powszechnej dostępności zastrzeżonych przez Przystępującego informacji. Na potwierdzenie Odwołujący złożyli dowody mające wskazywać na to, że Przystępujący nie podjął żadnych działań zmierzających do zobowiązania pracowników i osób współpracujących do nieujawniania faktu współpracy.

Po przeprowadzeniu wnioskowanych przez Odwołujących dowodów Izba uznała, że wynika

z nich, że mimo prób odgadnięcia zastrzeżonych przez Przystępującego danych, obaj Odwołujący nie mają pojęcia o rzeczywistej treści spornego wykazu osób. Tym samym złożone przez Odwołujących dowody – paradoksalnie – zamiast poprzeć ich argumentację, wykazały, że Przystępujący w skuteczny sposób zabezpieczył utajnione informacje. Okolicznością całkowicie nieistotną dla sprawy jest fakt, że jakieś osoby, które pracowały dla Przystępującego (bądź – w odniesieniu do dowodów z portalu internetowego LinkedIn deklarują, że dla niego pracowały) nie ukrywają informacji na ten temat. Dla oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ważne jest zabezpieczenie konkretnych danych, a nie wszelkich danych

co do gatunku. W świetle dowodów Odwołujących, w ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, że Przystępujący należycie chroni informacje zawarte w wykazie osób – Odwołujący, mimo prób, nie zdołali wykazać, że do nich dotarli.

Tym samym obalone zostało podstawowe założenie obu odwołań. Sama treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Przystępującego w tym zakresie spełniała wymogi „wykazania” w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp.

Sposób, w jaki Przystępujący wykazał zasadność zastrzeżenia wykazu osób z całą pewnością nie był doskonały, ale na tyle wystarczający, by w ocenie Izby nie było podstaw do nakazania Zamawiającego odtajnienia pozostałej części wykazu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Izba zaliczyła w poczet uzasadnionych kosztów postępowania poniesionych przez Zamawiającego jedynie 34 złote, tj. koszt opłat skarbowych od dwóch pełnomocnictw. Zamawiający ustanowił siedmiu pełnomocników, ale aktywny udział w postępowaniu wzięło jedynie dwoje z nich. Tym samym nie ma podstaw do uznania, że pełny, wnioskowany koszt zamawiającego – 119 zł, mieścił się w uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego, o których mowa w § 5 pkt 2 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.

Ujęta w uzasadnionych kosztach postępowania kwota została podzielona na pół dla każdego z postępowań – pełnomocnicy zamawiającego zostali ustanowieni do obydwu postępowań, zatem zasadne było rozdzielenie obowiązku

obciążenia tymi kosztami obu odwołujących
po połowie.

Przewodniczący