Sygn. akt KIO 1902/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2024 r. przez wykonawcę ”HIGHWAY” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego ECO5TECH SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemuuznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w załączniku nr 1 do oferty wykonawcy ECO5TECH SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), kwotę 338 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę ”HIGHWAY” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej

2.2.zasądza od zamawiającego Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lubliniena rzecz wykonawcy ”HIGHWAY” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdańsku kwotę 18 955 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu oraz opłaty skarbowej.

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 1902/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowych na przebudowę lub budowę 64 magazynów, dostosowanie 6 magazynów do przechowywania środków materiałowych, budowę 10 magazynów środków materiałowych, budowę dróg i infrastruktury towarzyszącej magazynów oraz kanalizacji technicznej, systemu alarmowego i telewizyjnego systemu nadzoru na terenie kompleksu w woj. Lubelskim wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego podczas realizacji robót budowalnych”, nr referencyjny: 4.026/23/PO/WIB.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2023 r. pod numerem: 00690692-2023.

W postępowaniu tym wykonawca ”HIGHWAY” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 31 maja 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu załącznika numer 1 do oferty wykonawcy Eco5tech Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie [dalej: „Eco5tech”] stanowiącego wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności udostępnienia Odwołującemu załącznika numer 1 do oferty wykonawcy Eco5tech stanowiącego wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, podczas gdy wykonawca Eco5tech nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był udostępnić dokumenty Odwołującemu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)udostępnienia Odwołującemu załącznika numer 1 do oferty wykonawcy Eco5tech stanowiącego wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia;

Nadto, wniósł o obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez

Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Odwołujący wskazał, że w dniu 22 maja 2024 r. dokonał wglądu do ofert wykonawców, w tym zapoznał się z dokumentem stanowiącym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu dokonywanie zdjęć konkurentów i z tego powodu Odwołujący nie może zacytować treści zastrzeżenia, a jedynie przywołać swoje notatki, które udało mu się przygotować:

1)Wykonawca Eco5Tech przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00, OŚNC 2001/4/59, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07 marca 2003 r., sygn. akt CKN 89/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 874/08).

2)Wykonawca Eco5Tech wskazał, że dokument ma ważną wartość gospodarczą: chroni dane personelu, a wskazane osoby tworzą zespół dedykowany do realizacji zadania.

3)Wykonawca Eco5Tech wskazał, że podjął działania niezbędne do zachowania poufności i w takim kształcie nie zostaną nigdy ujawnione do wiadomości publicznej. Informacje zawarte w wykazie nie są możliwe do pozyskania zwykłą drogą. Do zbioru danych potencjału kadrowego ma dostęp tylko wąska grupa osób.

4)Do zastrzeżenia nie zostały dołączone żadne załączniki.

W dalszej części uzasadnienia, Odwołujący przytoczył przepisy prawa, tj. art. 18 ust. ustawy Pzp, art. 419 pkt 1 ustawy Pzp, art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą zostać spełnione trzy przesłanki:

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

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

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

Przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie.

Odwołujący odniósł się do doktryny i orzecznictwa.

W ocenie Odwołującego, w niniejszym stanie faktycznym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Eco5tech nie może zostać uznane za skuteczne z następujących powodów:

1)Zastrzeżenie jest lakoniczne oraz nie przedstawia żadnych konkretnych informacji.

2)Wykonawca Eco5tech nie wykazał, żeby zastrzegane informacje miały wartość gospodarczą.

3)Wykonawca Eco5tech nie wykazał, że podjął w stosunku do informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności.

4)Do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały dołączone żadne dowody.

5)Zastrzeżony został cały dokument, podczas gdy nawet gdyby część informacji stanowiłaby tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie ujawnione mogłyby zostać wyłącznie poszczególne informacje, a nie cały dokument. Niniejsze świadczy również o braku zachowania należytej staranności w stosunku do informacji.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bardzo ogólne oraz nie przedstawia żadnych konkretnych informacji. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że dokument ten nie został przygotowany, żeby zastrzec konkretne informacje w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz jest ogólnym dokumentem, którego zadaniem miałoby być uzasadnienie każdej informacji w każdym postępowaniu – i to przez dowolnego wykonawcę.

W drugiej kolejności Odwołujący wskazał, że wykonawca Eco5tech nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Za wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji nie może zostać uznana wzmianka, że wykonawca chroni dane personelu, a wskazane osoby tworzą zespół dedykowany do realizacji zadania.

Każdy pracodawca jest zobowiązany w pewien sposób chronić dane swoich pracowników, do czego zobowiązuje go w pewnym zakresie ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1456) oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz.UE.L Nr 119, str. 1).

Nie oznacza to jednak, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zobowiązany ujawnić dane osób, które skieruje do realizacji zamówienia.

Tożsama sytuacja dotyczy okoliczności tworzenia przez personel zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia. U każdego wykonawcy i w każdym postępowaniu potencjalnie personel może tworzyć zespół dedykowany do realizacji zamówienia.

Co bardzo istotne, z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika, jaką konkretną wartość mają zastrzegane informacje. Nie wiadomo bowiem, jakie korzyści osiąga wykonawca Eco5tech z faktu pozostawania tych informacji w poufności lub jakie szkody by poniósł, gdyby te informacje zostały ujawnione. Wykonawca Eco5tech ograniczył się do samych pustych deklaracji.

Odwołujący podkreślił, że w wielu wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała, że wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia co do zasady nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje w nim zawarte nie stanowią bowiem własności wykonawcy, a tak naprawdę osób, których dotyczą. Wykonawca nie ma prawa zawłaszczać danych o wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym osób i powoływać się w tym zakresie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto, wykaz osób zawiera tylko wycinek informacji (a nie wszystkie informacje) na temat poszczególnych osób (a nie całego personelu, jakim dysponuje wykonawca).

Odwołujący podniósł, że wykonawca Eco5tech nie wykazał, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności. W zastrzeżeniu wykonawca Eco5tech ograniczył się w tym zakresie jedynie do wskazania, że podjął działania niezbędne do zachowania poufności i w takim kształcie nie zostaną nigdy ujawnione do wiadomości publicznej. Informacje zawarte w wykazie nie są możliwe do pozyskania zwykłą drogą. Do zbioru danych potencjału kadrowego ma dostęp tylko wąska grupa osób. Nie wiadomo jednak, jakie to są dokładnie działania, co z nich wynika, jaki mają wpływ na zachowanie informacji w poufności oraz czy zostały podjęte przy zachowaniu należytej staranności.

Wykonawca Eco5tech nie przedstawił jednak żadnych dowodów na to, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym wykonawca Eco5tech nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności, pomimo że udowodnienie tej okoliczności nie stanowiłoby żadnego problemu, np. przedstawienie regulaminu ochrony informacji poufnych, umów o zachowanie poufności itp.

Wykonawca Eco5tech zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa cały dokument. Tymczasem, nawet gdyby z daleko idącej ostrożności procesowej uznać, że część informacji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (z czym jednak zgodzić się nie można), to z całą pewnością nie można uznać, że cały dokument składa się wyłącznie z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezwzględnie chociażby informacje takie jak np., jakie uprawnienia budowlane posiadają poszczególne osoby, czy posiadają pisemne upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone", czy posiadają aktualne zaświadczenie o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, ile lat doświadczenia zawodowego posiadają – nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponieważ wykonawca Eco5tech zastrzegł cały dokument, pomimo że potencjalnie tylko część informacji może potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to z tego tylko powodu należy uznać zastrzeżenie całych dokumentów za nieskuteczne.

W złożonym pismem z dnia 21 czerwca 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

<u>W uzasadnienie Zamawiający wskazał m.in.:</u>

Zamawiający zwrócił uwagę, że Eco5tech S.A. analogicznie i konsekwentnie zastrzegał jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty, które składał na wcześniejszych etapach przedmiotowego postępowania, tzn. na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, etapie badania i oceny tychże wniosków, etapie odbycia obowiązkowej wizji lokalnej, częściowo zastrzegł treść swojej oferty jako zawierającą informacje objęte „tajemnicą przedsiębiorstwa". Zastrzeżenie obejmowało Załącznik numer 1 do oferty, czyli oświadczenie Wykonawcy przedstawiające doświadczenie zawodowe projektanta branży konstrukcyjno- budowalnej i projektanta branży telekomunikacyjnej, co potwierdza konsekwentne działanie wykonawcy Eco5tech S.A. Zatem czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Eco5tech S.A. miały miejsce począwszy od składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzez złożenie/uzupełnienie/poprawienie/wyjaśnienie treści podmiotowych środków dowodowych oraz zgłoszenie udziału w wizji lokalnej, a skończywszy na złożeniu oferty — w zakresie ochrony informacji dotyczących osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w dniu 20 maja 2024 r., pismem nr 4364/2024 z dnia 20.05.2024 r., poinformował Odwołującego, że w dniu 22.05.2024 r. w siedzibie Zamawiającego udostępni mu oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu z wyjątkiem zastrzeżonego, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jako „tajemnica przedsiębiorstwa" Załącznika numer 1 do oferty złożonej przez Ec05tech S.A. Natomiast korespondencja prowadzona między Zamawiającym a Wykonawcami, którzy złożyli oferty, zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp może zostać udostępniona po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania.

Odnosząc się do pkt 10. Odwołania, Zamawiający wskazał:

1.udostępnienie ofert w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce 24 maja 2024 r., co potwierdza wpis osoby, której zostały udostępnione oferty: p. P.F. umieszczony na wniosku Wykonawcy o udostępnienie ofert.

2.Odwołujący nie określił we wniosku o udostępnienie ofert formy ich udostepnienia, nie wnioskował o możliwość fotografowania udostępnionych mu ofert. Ponadto, w dniu 24 maja 2024 r., kiedy to p. P.F. zapoznawał się z treścią udostępnionych ofert, kwestia możliwości ich fotografowania nie była w żaden sposób omawiana. Odwołujący w dniu

18.06.2024 r. złożył, za pośrednictwem pełnomocnika wniosek za pismem wch. nr 7860/2024 o udostępnienie dokumentacji poprzez możliwość wykonywania zdjęć. Zamawiający w dniu 19.06.2024 r. udostępnił oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu z wyjątkiem zastrzeżonego, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jako „tajemnica przedsiębiorstwa" Załącznika numer 1 do oferty złożonej przez Ec05tech S.A. zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Przystępujący załączył do oferty Oświadczenie przedstawiające doświadczenie zawodowe projektanta branży konstrukcyjno-budowalnej i projektanta branży telekomunikacyjnej stanowiące załącznik nr 1 do oferty, który zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do przedmiotowego dokumentu załączył wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, z których wynika, że „oświadczenie wykonawcy w zakresie doświadczenia projektantów" jest tajemnicą przedsiębiorstwa z uwagi na spełnienie łącznie n/w przesłanek, tj.:

- informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą,
- informacje nie zostały podane do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zamawiający wobec powyższego, po stwierdzeniu, że informacje te nie stanowią informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp, dokonał analizy przedłożonego dokumentu, mając na względzie także uprzednio złożone dokumenty przez wykonawcę Eco5tech S.A. na wcześniejszym etapie postępowania i stwierdził - na podstawie przedstawionej tamże argumentacji - że dokumenty oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego, w tym przedmiotowy Załącznik nr 1 do oferty, nie podlegają udostępnieniu.

Zamawiający podkreślił, że niezwłocznie każdorazowo po zapoznaniu się z dokumentami składanymi przez Przystępującego dokonywał analizy dokumentacji dotyczącej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2019r. w sprawie o sygn. akt KIO 185/19, wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. w sprawie o sygn. akt I CKN 304/00, a także wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1938 r. w sprawie o sygn. akt 3 K 2496/37.

W ocenie Zamawiającego, dokonał on prawidłowej oceny skuteczności zastrzeżonej informacji przez Przystępującego, badając uzasadnienie zastrzeżenia danego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dokładnie zweryfikował i stwierdził, że wykonawca Eco5tech S.A. wykazał, że dana informacja wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż działając na podstawie i w granicach prawa jako wyjątek od zasady jawności postępowania tajemnica przedsiębiorstwa musi być interpretowana w ścisły sposób. Zamawiający zbadał, czy zachodzą przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu, na podstawie jego treści. Zatem w tym względzie zasada przejrzystości nie ma pierwszeństwa przed prawem do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca Eco5tech S.A. w sposób logiczny i konsekwentny zastrzegał dane, stanowiące tajemnice jego przedsiębiorstwa, a Zamawiający dokonując badania zastrzeżonej tajemnicy podjął wszelkie niezbędne i dostępne mu działania w celu ustalenia, także czy wykonawca Eco5tech S.A. udostępnia te informacje na swojej oficjalnej stronie internetowej, tj. www.eco5tech.pl. Wobec braku tych informacji na ww. stronie internetowej, po sprawdzeniu profilu działalności firmy przedsiębiorcy, z którego wynika, iż wykonuje on także zadania istotne dla bezpieczeństwa i obronności Państwa, Zamawiający postanowił w niniejszym przypadku uznać, że wykonawca Eco5tech S.A. dołączył do swojej oferty wiarygodne i spójne wyjaśnienia dotyczące zakwalifikowania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i na ich podstawie postanowiono uwzględnić wnioski o zachowanie poufności, a tym samym nie dokonywać odtajnienia przedmiotowych informacji.

Odwołujący podnosi w odwołaniu fakt, że wykonawca — Eco5tech S.A. do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie przedłożył dowodów, jednakże zarzut ten nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Należy zatem przyjąć i uznać za zasadne i zgodne z prawem, że wykonawca może wykazać, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa za pomocą dowolnych środków dowodowych, w tym poprzez złożenie oświadczenia, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie

Na uwagę zasługuje również fakt, że przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zatem jest to szczególny rodzaj postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na informacje, które muszą podlegać ochronie. Udział w przedmiotowym postępowaniu wiąże się z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE" w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. W obecnej sytuacji geopolitycznej informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią także informacje istotne dla obronności Państwa, a Zamawiający będący jednostką organizacyjną podległą Ministrowi Obrony Narodowej sam nie jest zainteresowany tym, aby tego rodzaju informacje były powszechnie dostępne, biorąc pod uwagę, że potencjalnie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia przez Przystępującego.

Zamawiający podkreślił, że wprowadził postanowienia umowne w §10 ust. 13 wzoru umowy, w których, określił, że:

„Przedmiot umowy, wszelkie informacje oraz materiały uzyskane w czasie i po jego realizacji nie mogą być wykorzystane przez Wykonawcę lub Podwykonawcę do żadnego rodzaju materiałów promocyjnych i czynności z tym związanych, w szczególności prezentacji w środkach masowego przekazu, filmach, ulotkach, folderach." z uwagi na ich szczególną istotność i znaczenie dla obronności kraju. Ponadto Załącznik nr 1 do umowy stanowiący Szczegółowy Opis Przedmiotu Umowy (dalej: SOPU) jest dokumentem zawierającym informacje niejawne o klauzuli „ZASTRZEŻONE". Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia SOPU mógł zostać udostępniony po wcześniejszym złożeniu pisemnego wniosku o udostępnienie SOPU oraz wyrażeniu zgody Szefa Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie na czynność udostępnienia.

Wykonawca ECO5TECH SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Uczestnik postępowania", „ECO5TECH") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 21 czerwca 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, 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 odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego ECO5TECH SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienia, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodów złożonych przez Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym, tj.: Polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa ECO5TECH S.A.

Izba uznała wniosek jako powołany dla zwłoki i na podstawie art. 541 ustawy Pzp odmówiła jego przeprowadzenia. Wskazany dowód związany jest z wykazaniem spełnienia przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Co za tym idzie, wykonawca zobowiązany jest składać dowody potwierdzające spełnienia przesłanek najpóźniej wraz z przekazaniem takich informacji. W związku z powyższym Izba uznała dowód za niedopuszczalny na tym etapie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami i Uczestnikiem postępowania nie był sporny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, którego przedmiotem jest usługa opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowych na przebudowę lub budowę 64 magazynów, dostosowanie 6 magazynów do przechowywania środków materiałowych, budowę 10 magazynów środków materiałowych, budowę dróg i infrastruktury towarzyszącej magazynów oraz kanalizacji technicznej, systemu alarmowego i telewizyjnego systemu nadzoru na terenie kompleksu w woj. Lubelskim wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego podczas realizacji robót budowalnych.

W przedmiotowym postępowaniu, w odpowiedzi na zaproszenie, wykonawca ECO5TECH S.A. złożył ofertę. W formularzu stanowiącym Załącznik nr 18 do SWZ w pkt 20 poinformował, że w rozumieniu przepisów o ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do oferty *zostały załączone informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z pisemnym uzasadnieniem skuteczności dokonania powyższej czynności*.

W piśmie stanowiącym *wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa* ww. wykonawca wskazał, co następuje:

Osią sporu była ocena skuteczności poczynionego przez Uczestnika postępowania zastrzeżenia ww. dokumentu jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdą następujące przepisy:

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

Art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów 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.

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie klika uwag natury ogólnej, które rzutują na ocenę uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zasada jawności jest istotnym elementem prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Zapewnia należytą ochronę interesu publicznego oraz gwarantuje wykonawcom, jak i wszystkim zainteresowanym, uzyskanie pełnej informacji o postępowaniu i czynnościach podejmowanych przez zamawiającego. Dzięki czemu wykonawcy mogą skutecznie bronić swoich interesów. Zasada jawności gwarantuje przejrzystość, bowiem informacja jest jednym z czynników mających duże znaczenie gospodarcze w warunkach wolnego i zdrowego rynku.

Biorąc powyższe pod uwagę, wyłączenie czy też ograniczenie jawności postępowania o udzielenie zamówienia powinno być interpretowane zawężająco i rygorystycznie. Prawo wykonawców do utajnienia niektórych informacji, wskazując na tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może uchybiać zasadzie jawności, która w praktyce przejawia się wzajemną kontrolą przez podmioty konkurujące w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że ochronie mogą podlegać tylko informacje co do których wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu kodeksu postępowania cywilnego. Co za tym idzie wykonawca winien udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych jest niewystarczające dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej. Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą. Powszechnie wiadomo, że żaden przedsiębiorca nie jest zainteresowany ujawnieniem informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Jednakże wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Co za tym idzie, powinni liczyć się z tym, że dokumenty składane w toku postępowania, będą jawne.

Przedkładając powyższe rozważania na realia niniejszej sprawy wskazać należy, co następuje:

Twierdzenia Odwołującego o niemożności uznania za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zasługują na aprobatę w całości. Bez wątpienia zastrzeżenie jest lakoniczne, ogólne i nie poparte żadnymi dowodami.

Za niewykazane i gołosłowne Izba uznała twierdzenia wyrażone w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa o możliwości „podkupienia" personelu Uczestnika postępowania. Uczestnik nawet nie pokusił się o wyjaśnienia, jak ewentualne działania zmierzające do nieuprawnionego podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców personelu mogą utrudniać czy też wpływać na realizację zamówienia, czy też funkcjonowanie Uczestnika na rynku. Abstrahując od powyższego, Uczestnik postępowania może zminimalizować ww. ryzyko poprzez wypłatę odpowiedniego wynagrodzenia pracownikom czy też klauzule zakazu konkurencji powiązane z klauzulą kary umownej etc., przy czym zjawisko fluktuacji pracowniczej immanentnie towarzyszy prowadzeniu działalności gospodarczej.

Izba zwraca uwagę, że w uzasadnieniu brakuje informacji czy, a jeśli tak to w jaki sposób, Uczestnik postępowania zobowiązał wskazane w oświadczeniu osoby do nieujawniania, że będą zaangażowane w realizację przedmiotowego zamówienia.

Na potwierdzenie zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa potencjału osobowego, Uczestnik przywołał *tezy płynące z ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów, m.in. w wyroku: KIO/UZP 874/08 z dnia 5 września 2008 r.* Nie sposób uznać, że jedną tezą z 2008 roku Uczestnik wykazał zasadność zastrzeżenia.

Za abstrakcyjne należało uznać twierdzenia Zamawiającego, że „podkupienie" personelu Uczestnika może narazić Skarb Państwa na dodatkowe koszty, tj. konieczność zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy. Ustawa Pzp nie zna takiej przesłanki waloryzacji. Z kolei Zamawiający nie wykazał, że dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy inny podmiot podkupi mu pracowników.

Odnosząc się do wartości gospodarczej, Uczestnik postępowania wskazał: *argumentem na potwierdzenie słuszności działania Wykonawcy w zakresie utajnienia arkusza zawierającego informacje dotyczące osób skierowanych oraz ich doświadczenia jest fakt, iż stanowią one ważną wartość gospodarczą firmy Eco5tech S.A.* „Ważna" to wartość subiektywna i z całą pewnością nie mieści się w ustawowej przesłance konieczności wykazania wartości gospodarczej. Z tej przyczyny nie sposób odnieść się do wartości w sposób merytoryczny.

Odnosząc się do *działania w celu zachowania poufności* – Uczestnik postępowania dopiero na etapie postępowania odwoławczego, w piśmie procesowym, powołał się na „Politykę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa ECO5TECH S.A.". Twierdzenia w tym zakresie należało uznać za spóźnione.

Za spóźnione należało również uznać twierdzenia Uczestnika wyrażone w piśmie procesowym, a mianowicie: *składając ofertę Wykonawca ocenił informacje o osobach skierowanych do realizacji zadania jako informację, której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski, w szczególności mając na uwadze specyfikę rynku zamówień projektowych w ramach postępowań o charakterze obronnym.* Niejako na marginesie, w jaki sposób i w jakich kwotach *zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zysk* – tego Uczestnik również nie wyjaśnił. Uczestnik postępowania nawet na etapie postępowania odwoławczego posługuje się ogólnymi, gołosłownymi deklaracjami, nie wnoszącymi nic istotnego do sprawy.

Kończąc, warto zwrócić uwagę, że konieczność poparcia zasadności zastrzeżenia dowodami ma istotne znaczenie dla ich oceny, ponieważ same deklaracje rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, jako składane przez podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia.

Uczestnik postępowania nie podjął żadnych realnych działań by wykazać zasadność zastrzeżenia ww. informacji. W konsekwencji zarzut Odwołującego należało uznać za zasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a., lit. b i lit. d rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……