

Sygn. akt: KIO 930/26

KIO 931/26

WYROK

Warszawa, 24 kwietnia 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik
Monika Banaszkiewicz
Marek Bienias

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 marca 2026 r. przez:

I. ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 930/26),

II. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Antea Polska S.A. z siedzibą w Katowicach (sygn. akt KIO 931/26),

w postępowaniu prowadzonym przez Enea Elkogaz Sp. z o.o. z siedzibą w Koźienicach,

przy udziale:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Antea Polska S.A. z siedzibą w Katowicach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie KIO 930/26,

2) wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 931/26,

3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Dohwa Engineering CO. LTD z siedzibą w Seulu, EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach KIO 930/26 i KIO 931/26,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 930/26

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 4 i 5;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1 i 2 i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ujawnienie wykazu osób oraz wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Dohwa Engineering CO. LTD z siedzibą w Seulu, EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;
3. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 6;
4. Kosztami postępowania obciąża Enea Elkogaz Sp. z o.o. z siedzibą w Koźienicach w części ½ i ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części ½ i:
 - 4.1. 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

II.Sygn. akt KIO 931/26

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- ujawnienie wykazu osób oraz wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Dohwa Engineering CO. LTD z siedzibą w Seulu, EKOCENTRUM Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,
- ujawnienie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Dohwa Engineering CO. LTD z siedzibą w Seulu, EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia;

2.Kosztami postępowania obciąża Enea Elkogaz Sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach 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 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego.

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 930/26

KIO 931/26

Uzasadnienie

Zamawiający – Enea Elkogaz Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji budowy dwóch bloków gazowo-parowych oraz zadań towarzyszących*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 listopada 2025 r. pod numerem 767327-2025.

Sygn. akt KIO 930/26

Wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. wniósł 9 marca 2026 r. odwołanie wobec:

- 1)nieprawidłowej oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentów w szczegółach opisanych w treści uzasadnienia odwołania, w tym przede wszystkim:
 - a)Wykazu osób (Załącznik 6), zastrzeżonego w całości przez Konsorcjum: Ayesa Polska Sp. z o.o., Dohwa Engineering co. LTD oraz EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Ayesa);
 - b)fragmentów pisma (wyjaśnień) z 26 lutego 2026 r. przedłożonego przez Konsorcjum Ayesa na wezwanie Zamawiającego wraz z załączonym do niego Wykazem osób (także zastrzeżonym w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa);
 - c)wyjaśnień Konsorcjum Ayesa z 13 lutego 2026 r. dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie rażąco niskiej ceny;

i w konsekwencji uznanie, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co nie zostało wykazane przez Konsorcjum Ayesa, a co skutecznie uniemożliwia konkurencyjnym wykonawcom weryfikację przekazanych przez wykonawcę informacji (faktyczny cel podjętych działań);

2)braku udostępnienia Odwołującemu dokumentów Konsorcjum Ayesa (w szczególności opisanych w treści uzasadnienia odwołania), mimo że wykonawca ten nie wykazał skutecznie, że stanowią one tajemnicę;

ewentualnie — z ostrożności procesowej;

3)zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa;

4)brak wykazania przez Konsorcjum Ayesa braku wystąpienia przesłanek wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej z uwagi na okoliczności opisane w szczególności w uzasadnieniu odwołania;

w każdym przypadku:

5)nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Ayesa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 18 ust. Ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 362 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że Konsorcjum Ayesa w prawidłowy sposób wykazało, że informacje ujęte w zastrzeżonych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek zastrzeżenia, a w szczególności nie wykazał, że:

-zastrzeżone dokumenty mają wartość gospodarczą;

-Konsorcjum Ayesa dokonało prawidłowego zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie dopuszczalny zakres informacji (wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa);

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

-podjęta stosowne działania w celu utrzymania ich w poufności (informacje te są poufne i strzeżone w odpowiedni sposób),

2)art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. i art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez brak odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych przez Konsorcjum Ayesa, w sytuacji gdy informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym ww. wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek zastrzeżenia;

ewentualnie — z ostrożności procesowej;

3)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 362 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia Konsorcjum Ayesa, mimo że cena jego oferty lub jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania;

4)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 362 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na okoliczności opisane w szczególności w uzasadnieniu odwołania, w tym przede wszystkim przedstawienie nieprawdziwych informacji w zakresie umiejętności, których oczekiwał Zamawiający od personelu delegowanego do realizacji zamówienia, tj. wskazanie, że Z.Z. posługuje się językiem angielskim w mowie i piśmie w stopniu komunikatywnym, tj. posiada znajomość języka angielskiego na poziomie co najmniej B1, gdy – jak sam deklaruje – posiada jedynie „biegłość podstawową” (zatem A1/A2);

w każdej sytuacji:

5)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i c oraz art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 362 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum Ayesa, mimo że wykonawca ten co najmniej w zakresie p. KIM YOUNG YOON (także pozostałych osób) nie złożył w przewidzianym terminie odpowiedniego podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż przedłożone dokumenty stanowiące odpowiednik polskiego KRK nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, a tym samym wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, co winno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Ayesa (ewentualnie w zakresie pozostałych osób – wezwaniem do uzupełnienia);

6)art. 57 pkt 2 oraz art. 128 ust. 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 362 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum Ayesa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- odtajnienia dokumentów złożonych przez Konsorcjum Ayesa;
ewentualnie:
- odrzućenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ayesa z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a przy tym zawierającej rażąco niską cenę lub też błąd w obliczeniu ceny;
w każdym przypadku:
- wezwanie Konsorcjum Ayesa do uzupełnienia stosownych podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Sygn. akt KIO 931/26

Konsorcjum: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o., Antea Polska S.Awniosło 9 marca 2026 r. odwołanie wobec:

- 1.wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Ayesa, podczas gdy Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum Ayesa na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp;
- 2.zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Ayesa dotyczących ceny oraz wykazu osób, które zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa niezgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp; (zarzut ewentualny) zaniechania odrzućenia oferty złożonej przez konsorcjum Ayesa jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 3.zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień złożonych przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. dotyczących zaoferowanej ceny; (zarzut ewentualny) zaniechania odrzućenia oferty złożonej przez ILF jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1.art. 16 ust. 1 -3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 117 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzućenia oferty konsorcjum Ayesa, podczas gdy wykonawca ten nie udowodnił, że zamówienie będzie realizował wykonawca posiadający wymagane przez Zamawiającego doświadczenie;
- 2.art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu niezasadnie zastrzeżonych przez Konsorcjum Ayesa jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny i wykazu osób uczestniczących w realizacji zamówienia złożonych, mimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały skutecznie zastrzeżone;
ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 2:
art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum Ayesa i zaniechanie odrzućenia tej oferty, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta konsorcjum Ayesa zawiera cenę rażąco niską.
- 3.art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępniania Odwołującemu niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez ILF;
ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 3:
4. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez ILF wyjaśnień dotyczących ceny i zaniechanie odrzućenia tej oferty, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta ILF zawiera cenę rażąco niską.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzućenia oferty złożonej Konsorcjum Ayesa na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp,
- odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i wykazu osób złożonych przez Konsorcjum Ayesa;
- przy uwzględnieniu zarzutu ewentualnego – odrzućenia oferty Konsorcjum Ayesa na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp;
- odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez ILF;
- przy uwzględnieniu zarzutu ewentualnego – odrzućenia oferty ILF na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp
- dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 930/26

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 4 i 5, z uwagi na złożenie przez Odwołującego do protokołu posiedzenia oświadczenia o wycofaniu tych zarzutów.

Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Ayesa

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący sprecyzował podczas rozprawy, że zarzut w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy przedstawionego przez Konsorcjum Ayesa wykazu usług oraz wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Izba ustaliła, że Przystępujący Konsorcjum Ayesa zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykaz osób (zarówno przedstawiony na wezwaniu z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, jak i uzupełniony na wezwanie Zamawiającego z 16 lutego 2026 r.), przedstawiając tożsame uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym wskazał:

(...) Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji

Wykazy osób zawierają informacje o danych osobowych personelu Wykonawcy zaangażowanego w realizację umowy. Oprócz danych osobowych, dokumenty zawierają również informacje o ich doświadczeniu w realizacji projektów budownictwa energetycznego.

Należy wskazać, iż ze względu na specyficzną specjalizację ww. osób (nadzór nad robotami budowlanymi) na rynku występuje jedynie ograniczona liczba osób posiadających kompetencje odpowiadające warunkom określonym przez Zamawiającego w SWZ- stąd też dostępność wykwalifikowanej kadry jest istotnym czynnikiem z punktu widzenia funkcjonowania Wykonawcy na rynku.

Wartość ekonomiczną zapasów należy oceniać wielowymiarowo, tj.:

- *Przez pryzmat ryzyka przejścia pracowników przez konkurencję. Ryzyko przejścia pracowników Wykonawcy jest **realne**, jak wskazano powyżej, ze względu na fakt posiadania personelu z doświadczeniem w sektorze energetycznym, którym mogą być zainteresowani potencjalni konkurenci Wykonawcy. Powyższe zainteresowanie może wynikać z potrzeby zwiększenia liczby pracowników przez konkurenta ze względu na zakres kompetencji personelu Wykonawcy lub może wynikać z potrzeby zablokowania Wykonawcy dostępu do przedmiotowego kontraktu.*

Należy wskazać, że firmy biorące udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie dysponują skutecznymi instrumentami obligującymi ich personel do pozostawania w wyłącznej relacji z Wykonawcą na czas trwania postępowania. Wykonawca zawarł z osobami wskazanymi w Wykazach osób stosowne zobowiązania do podjęcia współpracy w przypadku udzielenia mu zamówienia (z jednoczesnym zobowiązaniem do zachowania poufności faktu współpracy), niemniej jednak nie można wykluczyć, że w przypadku otrzymania przez ww. osoby konkurencyjnej oferty odstąpią one od zawartego zobowiązania.

Lider konsorcjum wskazuje również, że posiada bezpośrednie i udokumentowane doświadczenie związane z przyjmowaniem personelu kluczowego przez konkurencję na etapie postępowania poprzedzającego zawarcie umowy, co miało miejsce w trakcie realizacji zamówienia w sektorze energetycznym na rzecz gminy Głogów, gdzie jeszcze przed podpisaniem umowy kadra wskazana w wykazie osób została przejęta przez podmiot konkurencyjny, pomimo wcześniejszych deklaracji gotowości do realizacji zamówienia po stronie tych osób. Sytuacja ta doprowadziła do

konieczności dokonania zmiany personelu przewidzianego do realizacji zamówienia, przy czym Zamawiający nie wyraziłby zgody na taką zmianę z uwagi na wysoce specjalistyczny charakter wymagań oraz kluczową rolę wskazanych osób w strukturze zespołu projektowego. W konsekwencji Wykonawca znalazł się w sytuacji, w której nie miał faktycznej możliwości zmuszenia osób fizycznych do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia, co ostatecznie skutkowało odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy, mimo że przyczyny tej sytuacji leżały poza realną kontrolą Wykonawcy. Okoliczności te zostały szczegółowo opisane przez Wykonawcę w ramach procedury samooczystczenia, a ich wystąpienie stanowiło istotne doświadczenie rynkowe, które unaocznilo skale ryzyk związanych z ujawnianiem informacji o personelu kluczowym na etapie przed umownym.

Mając na uwadze powyższe doświadczenia oraz fakt, że przedmiotowe postępowanie dotyczy inwestycji o strategicznym znaczeniu i jest projektem priorytetowym dla Wykonawcy, Wykonawca dąży do wyeliminowania ryzyk, które mogłyby zagrozić pomyślnej realizacji usługi, w tym ryzyk związanych z destabilizacją zespołu projektowego na skutek działań konkurencji.

Z tego względu Wykonawca podejmuje działania zmierzające do objęcia poufnością wszelkich informacji, które mogą mieć wpływ na powodzenie realizacji zamówienia, w szczególności informacji dotyczących personelu kluczowego, jego dostępności oraz planowanego zaangażowania, aby zapobiec powtórzeniu się sytuacji, która w przeszłości doprowadziła do negatywnych konsekwencji kontraktowych niezależnych od Wykonawcy.

- Przez pryzmat kosztów związanych z poszukiwaniem odpowiednich kadr i nawiązaniem z nimi współpracy. Jak wskazano powyżej, ze względu na opis kryteriów oceny ofert przygotowany przez Zamawiającego, Wykonawca, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany był do przeprowadzenia badań baz danych i weryfikacji informacji o doświadczeniu poszczególnych osób dedykowanych do realizacji zamówienia – w oparciu o dane kontaktowe uzyskane od innych podmiotów (w tym podwykonawców, pracowników, podmiotów publicznych itp.) w celu zidentyfikowania osób, których kwalifikacje odpowiadałyby oczekiwaniom Zamawiającego. Wykonawca, w ramach własnych struktur i możliwości, dokonał selekcji kadrowej i wskazał kandydatów najbardziej odpowiadających profilowi planowanej inwestycji.

- Należy również wskazać, że samo potwierdzenie, iż dana osoba posiada kompetencje i doświadczenie preferowane przez Zamawiającego w SWZ oraz wyraża zgodę na współpracę z Wykonawcą, nie kończy procesu rekrutacyjnego, gdyż Wykonawca podejmuje w tym momencie dalsze kroki w celu potwierdzenia, że dana osoba daje rękojmię należytego wykonania umowy i że współpraca z tą osobą będzie gwarantować osiągnięcie rezultatów realizacji umowy w sposób określony w dokumentacji przetargowej. Powyższe generuje koszty w postaci wynagrodzenia pracownika działu kadr w celu weryfikacji powyższych okoliczności. Udostępnienie Wykazu Osób podmiotom konkurencyjnym skutkować będzie uzyskaniem przez nie dostępu do baz danych osobowych ww. osób bez ponoszenia z tego tytułu jakichkolwiek kosztów (bezpodstawne wzbogacenie kosztem Wykonawcy).

- Przez pryzmat pozycji Wykonawcy na rynku zamówień publicznych. Wykonawca wskazuje, że wiedza o doświadczeniu personelu, którym dysponuje Wykonawca, umożliwi konkursowi „oszacowanie”, w jakich rodzajach postępowań Wykonawca może potencjalnie uczestniczyć, co w połączeniu ze znajomością stawek ofertowych Wykonawcy (które ze swej natury mają charakter publiczny), pozwoli na wywnioskowanie przyszłej strategii działalności Wykonawcy w obszarze rynku zamówień publicznych, a w konsekwencji podjęcie działań, które utrudnią lub uniemożliwią Wykonawcy dostęp do zamówień publicznych (np. poprzez kierowanie wniosków o zmianę SWZ w sposób, który uniemożliwi wykorzystanie ww. personelu na potrzeby kolejnych postępowań przetargowych). poprzez kierowanie wniosków do zamawiających o zmianę SWZ w sposób, który uniemożliwi Wykonawcy wykorzystanie ww. personelu na potrzeby kolejnych postępowań przetargowych itp.).

Wykonawca zaznacza, że ze względu na swój charakter, nie jest możliwe ustalenie dokładnej wartości ekonomicznej (w złotych polskich lub innej walucie) zastrzeżonych informacji. Wartość ta ma charakter niematerialny i powinna być uznana za jeden z czynników wpływających na pozycję Wykonawcy i jego zdolność do działania na ww. rynku.

W świetle powyższego, zdaniem Wykonawcy zastrzeżone informacje posiadają wartość ekonomiczną, a ponadto stanowią informacje o charakterze organizacyjnym, gdyż wskazują na stan dostępnego personelu.

- Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego Postępowania, obejmujący wyspecjalizowanych inżynierów przewidzianych do świadczenia usług nadzoru nad robotami budowlanymi przy realizacji bloków gazowo-parowych, posiada istotną i realną wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ponieważ odnosi się do kluczowych zasobów kadrowych, które determinują możliwość skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz jego prawidłowej realizacji, a których dostępność na rynku jest wysoce ograniczona. Przedmiotowe zamówienie dotyczy inwestycji o strategicznym znaczeniu dla sektora energetycznego, charakteryzującej się

wyjątkowo wysokim stopniem skomplikowania technicznego, organizacyjnego i kontraktowego, przy czym Zamawiający sformułował bardzo wyśrubowane wymagania dotyczące kwalifikacji, doświadczenia i dostępności personelu inżynierskiego, co w praktyce powoduje, że jedynie bardzo wąskie grono specjalistów jest w stanie spełnić warunki udziału w Postępowaniu. Inżynierowie wskazani przez Wykonawcę posiadają unikatowe kompetencje wynikające z wieloletniego doświadczenia w nadzorze robót budowlanych i instalacyjnych w energetyce zawodowej, w tym przy projektach realizowanych w formule EPC oraz w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, pozyskanie oraz utrzymanie takich osób wymaga poniesienia znacznych nakładów finansowych i organizacyjnych, co przesądza o ich szczególnej wartości gospodarczej.

- Na ocenę tej wartości wpływa również aktualna sytuacja rynkowa w Polsce, w której obserwuje się wyraźne nasilenie inwestycji w sektorze energetycznym, w tym planowanie i przygotowanie kolejnych projektów bloków gazowo-parowych oraz innych dużych inwestycji infrastrukturalnych, co prowadzi do wzrostu zapotrzebowania na doświadczonych inżynierów nadzoru i powoduje, że specjaliści tej klasy stają się przedmiotem intensywnej konkurencji pomiędzy podmiotami działającymi na rynku. W tych realiach ujawnienie danych osobowych oraz informacji dotyczących doświadczenia i dostępności inżynierów wskazanych przez Wykonawcę stwarza realne ryzyko ich pozyskiwania przez konkurencyjne podmioty na potrzeby kolejnych postępowań lub projektów, w tym także poprzez oferowanie im krótkoterminowych kontraktów mających na celu wyłącznie wyeliminowanie Wykonawcy z przyszłych postępowań.

- Szczególnego znaczenia nabiera fakt, że Wykonawca występuje w Postępowaniu w formie konsorcjum, w skład którego wchodzi podmiot mający siedzibę w Korei Południowej, co w aktualnych uwarunkowaniach rynku zamówień publicznych w Polsce wiąże się z narastającą presją na preferowanie tzw. local content oraz z nieformalnymi działaniami zmierzającymi do ograniczania dostępu do zamówień podmiotom spoza Unii Europejskiej. W praktyce rynkowej obserwuje się przypadki wywierania nacisków na personel kluczowy konsorcjów międzynarodowych przez podmioty działające lokalnie, co może prowadzić do wycofania się inżynierów z udziału w projekcie lub do odmowy ich dalszej dostępności, a tym samym do podważenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Ujawnienie wykazu osób w niniejszym Postępowaniu zwiększałoby ryzyko takich działań oraz umożliwiłoby identyfikację kluczowych specjalistów Wykonawcy, co w obecnych realiach rynkowych stanowiłoby istotne zagrożenie dla jego interesów gospodarczych.

- Należy podkreślić, że informacje objęte zastrzeżeniem nie mają charakteru powszechnie dostępnego, ponieważ nie istnieją publiczne rejestry umożliwiające ustalenie aktualnej dostępności inżynierów o tak wąsko wyspecjalizowanych kompetencjach, a ich wartość ujawnia się dopiero w określonym kontekście gospodarczym, jakim jest udział w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ujawnienie tych danych prowadziłoby do nieodwracalnej utraty przewagi konkurencyjnej Wykonawcy, mogłoby skutkować koniecznością ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z ponownym kompletowaniem zespołów projektowych, a w skrajnym przypadku mogłoby uniemożliwić udział Wykonawcy w kolejnych postępowaniach, co stanowiłoby realną i wymierną szkodę majątkową.

- Wykonawca, działając z należytą starannością właściwą dla profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych, konsekwentnie traktuje informacje dotyczące personelu inżynierskiego jako element swojego know-how organizacyjnego i podejmuje działania w celu zachowania ich poufności, przy czym ich ujawnienie osobom trzecim pozbawiłoby te informacje wartości gospodarczej i naraziłoby Wykonawcę na negatywne konsekwencje wynikające z agresywnej konkurencji rynkowej. W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że wykaz osób spełnia wszystkie przesłanki uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa, a jego ochrona jest niezbędna dla zabezpieczenia interesów gospodarczych Wykonawcy oraz zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Wykonawca ma pełną świadomość, że w realiach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia co do zasady podlega ujawnieniu jako element standardowej weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednakże zasada ta nie ma charakteru bezwzględnego i każdorazowo wymaga odniesienia do konkretnego stanu faktycznego, a w niniejszym przypadku mamy do czynienia z postępowaniem o charakterze wyjątkowym i nietypowym, które istotnie odbiega od standardowych zamówień na usługi nadzoru budowlanego. Przedmiotem zamówienia jest nadzór nad realizacją inwestycji energetycznej o strategicznym znaczeniu, obejmującej budowę bloków gazowo parowych, które stanowią element infrastruktury krytycznej państwa, a tym samym wymagają podwyższonego poziomu ostrożności w zakresie obrotu informacjami związanymi z realizacją inwestycji, w tym danymi dotyczącymi personelu uczestniczącego w jej wykonaniu. Wiedza i doświadczenie personelu wskazanego przez Wykonawcę mają charakter wysoce specjalistyczny i niszowy, a dostępność takich kadr na rynku jest ograniczona, przy czym nie jest to typowy zasób kadrowy występujący powszechnie w zamówieniach publicznych, lecz zespół osób posiadających kompetencje nabywane latami przy realizacji inwestycji energetycznych o najwyższym

stopniu złożoności technicznej i organizacyjnej.

Z tych względów Wykonawca stoi na stanowisku, że w tym konkretnym przypadku interes publiczny oraz interes Zamawiającego przemawiają za utrzymaniem poufności wykazu osób, ponieważ ujawnienie danych personalnych osób zaangażowanych w realizację inwestycji o znaczeniu strategicznym może prowadzić do zagrożeń wykraczających poza standardowe ryzyka rynkowe. Z punktu widzenia Zamawiającego zasadne jest uwzględnienie, że ujawnienie informacji dotyczących personelu realizującego inwestycje energetyczne może stanowić łatwy punkt dostępu do tych osób dla podmiotów trzecich, w tym podmiotów działających na rzecz państw nieprzyjaznych, co stwarza ryzyko podejmowania działań polegających na wywieraniu presji, monitorowaniu aktywności, a nawet inwigilacji osób uczestniczących w realizacji zamówienia.

Takie działania mogą wpłynąć nie tylko na sposób realizacji inwestycji i terminowość prowadzonych prac, lecz przede wszystkim na bezpieczeństwo osób fizycznych wykonujących zadania w ramach kontraktu, a w dalszej perspektywie na bezpieczeństwo samej inwestycji oraz interes energetyczny państwa.

W aktualnych uwarunkowaniach geopolitycznych oraz przy rosnącym znaczeniu bezpieczeństwa infrastruktury energetycznej, ujawnianie szczegółowych informacji o osobach bezpośrednio zaangażowanych w realizację inwestycji o takim charakterze nie znajduje uzasadnienia ani z punktu widzenia celu postępowania, ani z punktu widzenia zasady proporcjonalności, ponieważ nie jest niezbędne do zapewnienia przejrzystości postępowania, a jednocześnie może generować realne i poważne zagrożenia. Wykonawca podkreśla, że utrzymanie poufności wykazu osób nie narusza interesu innych wykonawców ani zasad uczciwej konkurencji, natomiast jego ujawnienie może prowadzić do nieodwracalnych skutków, których nie da się wyeliminować na etapie realizacji umowy.

Mając powyższe na uwadze, Wykonawca stoi na stanowisku, że w niniejszym postępowaniu zachodzą szczególne okoliczności uzasadniające odstępianie od standardowej praktyki ujawniania wykazu osób, a ochrona tych informacji leży zarówno w interesie Wykonawcy, jak i Zamawiającego oraz szeroko rozumianego interesu publicznego, związanego z zapewnieniem bezpieczeństwa realizacji strategicznej inwestycji energetycznej.

Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że wraz z wykazem osób przedkłada Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, co powoduje, że dokumenty te pozostają ze sobą w ścisłym związku. Ujawnienie danych personalnych personelu, w zestawieniu z informacjami dotyczącymi kalkulacji ceny, umożliwiłoby konkurencji odtworzenie siatki wynagrodzeń stosowanej przez Wykonawcę, identyfikację kosztów osobowych, ustalenie charakteru zatrudnienia personelu, w tym rozróżnienie pomiędzy personelem bezpośrednim i pośrednim, a w konsekwencji oszacowanie poziomu marży oraz zysku zakładanego przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia. Tego rodzaju informacje mają jednoznacznie charakter danych handlowych i finansowych o szczególnej wrażliwości, stanowią element strategii biznesowej Wykonawcy i nie są powszechnie znane na rynku.

Ujawnienie tych informacji prowadziłoby do uzyskania przez konkurencję nieuprawnionej przewagi polegającej na możliwości dostosowywania własnych ofert cenowych i kadrowych w przyszłych postępowaniach w oparciu o cudze dane, co naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i prowadziło do trwałego osłabienia pozycji rynkowej Wykonawcy. Raz ujawnione informacje tracą przymiot poufności w sposób nieodwracalny, a skutki ich wykorzystania mogą ujawnić się dopiero w kolejnych postępowaniach, co dodatkowo utrudnia wykazanie szkody i jej zakresu. Ujawnienie wykazu osób może również negatywnie wpłynąć na relacje pracownicze i kontraktowe Wykonawcy, powodując presję płacową, destabilizację zespołu oraz wzrost kosztów realizacji przyszłych zamówień.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Wykonawca stoi na stanowisku, że w niniejszym postępowaniu zachodzą szczególne i wyjątkowe przesłanki uzasadniające utrzymanie w mocy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu osób, ponieważ jego odtajnienie nie jest konieczne dla zapewnienia transparentności postępowania, natomiast stwarza realne ryzyko naruszenia interesów gospodarczych Wykonawcy, bezpieczeństwa personelu, stabilności realizacji inwestycji oraz interesu publicznego związanego z ochroną strategicznej infrastruktury energetycznej.

Wykonawca wskazuje ponadto, że część osób ujętych w wykazie personalnym pozostaje aktualnie w stałej lub projektowej współpracy z innymi podmiotami działającymi na rynku usług inżynierskich, w tym również z wykonawcami, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, co jest zjawiskiem typowym dla wyspecjalizowanej branży nadzoru nad inwestycjami energetycznymi, w której liczba dostępnych specjalistów jest ograniczona. Ujawnienie informacji o zamiarze zaangażowania tych osób w realizację zamówienia po stronie Wykonawcy, na etapie gdy nie istnieje jeszcze pewność uzyskania zamówienia, może prowadzić do powstania po ich stronie realnych i poważnych konsekwencji zawodowych, w tym do utraty dotychczasowych zleceń lub zakończenia współpracy z innymi podmiotami, które mogłyby uznać takie informacje za sprzeczne z ich interesem. W takiej sytuacji osoby te znalazłyby

się w szczególności niekomfortowym i ryzykownym położeniu zawodowym, ponieważ z jednej strony zostałyby pozbawione aktualnych źródeł dochodu, a z drugiej strony nie miałyby żadnej gwarancji nawiązania współpracy z Wykonawcą, który na etapie postępowania przetargowego nie może zagwarantować zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca podkreśla, że prowadząc rozmowy z tymi osobami oraz z podmiotami, z którymi są one powiązane zawodowo, zobowiązał się do zachowania poufności w zakresie planowanego zaangażowania tych osób w realizację zamówienia do momentu zawarcia umowy z Zamawiającym, a zachowanie tej poufności stanowiło warunek konieczny do uzyskania ich zgody na wskazanie w ofercie. Ujawnienie wykazu osób wbrew tym ustaleniom naruszałoby zaufanie pomiędzy Wykonawcą a personelem kluczowym, mogłoby prowadzić do wycofania się tych osób z deklarowanej współpracy, a w konsekwencji do destabilizacji zespołu przewidzianego do realizacji zamówienia. Z punktu widzenia Zamawiającego oznaczałoby to ryzyko utraty ciągłości zespołu nadzorczego jeszcze przed zawarciem umowy oraz konieczność ponownej weryfikacji potencjału kadrowego Wykonawcy, co pozostaje sprzeczne z celem postępowania oraz zasadą efektywności udzielania zamówień publicznych.

W tym kontekście utrzymanie poufności wykazu osób do momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego leży nie tylko w interesie Wykonawcy i personelu, lecz również w interesie Zamawiającego, ponieważ zapewnia stabilność zespołu przewidzianego do realizacji inwestycji, minimalizuje ryzyko sporów personalnych i organizacyjnych oraz sprzyja sprawnemu i bezpiecznemu rozpoczęciu realizacji strategicznego zamówienia.

II. Poufność informacji i środki podejmowane w celu zapobiegania nieautoryzowanemu dostępowi do informacji

Wykonawca wskazuje, że informacje objęte zastrzeżeniem mają charakter poufny również z tego względu, że zostały wytworzone wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania i nie funkcjonują w obrocie gospodarczym poza jego ramami, ponieważ zespół osobowy został dobrany specjalnie do realizacji tego konkretnego zamówienia i w takim składzie nigdy wcześniej nie realizował żadnego zamówienia publicznego ani prywatnego. Oznacza to, że nie istnieją jakiegokolwiek publicznie dostępne informacje potwierdzające, że Wykonawca dysponuje takim zespołem, ani informacje dotyczące podstawy prawnej dysponowania tym personelem, co jednoznacznie przesądza o niepowszechnym i wewnętrznym charakterze tych danych. Osoby wskazane w wykazie nie ujawniają w portalach społecznościowych ani w innych publicznych źródłach informacji o współpracy z którymkolwiek z członków konsorcjum, a Wykonawca wdrożył procedury wewnętrzne polegające na bieżącej weryfikacji komunikacji zewnętrznej oraz zobowiązaniu personelu do powstrzymania się od publikowania jakichkolwiek informacji dotyczących planowanego zaangażowania projektowego do momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ramach współpracy konsorcjalnej zostały przyjęte spójne i jednolite zasady obiegu informacji, które obejmują ograniczenie dostępu do danych personalnych wyłącznie do wąskiego kręgu osób bezpośrednio zaangażowanych w przygotowanie oferty oraz prowadzenie postępowania, stosowanie obowiązku poufności na każdym etapie współpracy oraz wymóg uprzedniej zgody na jakiegokolwiek ujawnienie informacji dotyczących personelu. Dwaj członkowie konsorcjum posiadający siedzibę w Polsce, w tym jeden podmiot o mniejszej skali działalności, stosują umowy o zachowaniu poufności, regulaminy organizacyjne oraz wewnętrzne procedury ograniczające dostęp do informacji kadrowych, natomiast lider konsorcjum jako podmiot funkcjonujący w ramach większej grupy kapitałowej wdrożył kompleksowe polityki compliance, polityki ochrony informacji oraz zasady zarządzania dostępem do danych, które obowiązują w całej strukturze organizacyjnej i mają charakter trwałych standardów korporacyjnych.

Trzeci członek konsorcjum, mający siedzibę w Korei Południowej, działa w systemie prawnym i organizacyjnym, w którym ochrona informacji gospodarczych, handlowych oraz kadrowych stanowi jeden z podstawowych elementów ładu korporacyjnego i odpowiedzialności zarządczej, a informacje dotyczące personelu, planowanych zaangażowań projektowych oraz relacji kontraktowych są traktowane jako informacje wewnętrzne, które co do zasady nie podlegają ujawnieniu publicznemu. W praktyce obrotu gospodarczego w Korei Południowej standardem jest ścisłe ograniczenie obiegu informacji wyłącznie do osób uprawnionych oraz kontraktowe zabezpieczenie poufności danych dotyczących pracowników i współpracowników, przy czym naruszenie tych zasad może skutkować poważnymi konsekwencjami organizacyjnymi i kontraktowymi. Zasady te znajdują odzwierciedlenie w wewnętrznych regulacjach korporacyjnych, umowach o zachowaniu poufności oraz w praktyce zarządzania projektami, w ramach których informacje personalne są chronione jako element przewagi konkurencyjnej przedsiębiorstwa.

Członkowie konsorcjum w ramach zawartej umowy konsorcjalnej zobowiązali się wzajemnie do nieujawniania informacji dotyczących personelu, podstaw dysponowania tym personelem oraz planowanego zaangażowania w realizację zamówienia jakimkolwiek osobom trzecim, w tym innym wykonawcom, do momentu zawarcia umowy z Zamawiającym. Dodatkowo listy intencyjne oraz oświadczenia składane przez osoby przewidziane do realizacji zamówienia zawierają

wyraźne klauzule poufności, obejmujące zarówno sam fakt planowanej współpracy, jak i jej warunki, co stanowi standardowy i niezbędny element zabezpieczenia interesów Wykonawcy oraz samych osób fizycznych.

Z punktu widzenia prawa pracy oraz zasad ochrony interesów osób świadczących pracę lub usługi, informacje dotyczące planowanego zaangażowania w realizację zamówienia publicznego, ujawniane przed powstaniem stosunku umownego, mogą narazić te osoby na negatywne konsekwencje zawodowe, w tym utratę dotychczasowego zatrudnienia lub projektów, co uzasadnia objęcie ich szczególną ochroną poufności. Wykonawca, działając z należytą starannością, wdrożył realne i skuteczne środki organizacyjne, kontraktowe oraz proceduralne w celu zapobieżenia dostępowi do tych informacji przez osoby trzecie, a ich ujawnienie prowadziłoby do utraty kontroli nad informacją, która została stworzona wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania i ma bezpośredni wpływ na możliwość jego prawidłowej i bezpiecznej realizacji.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że informacje objęte zastrzeżeniem nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne, posiadają istotną wartość gospodarczą oraz zostały objęte rzeczywistą i konsekwentnie stosowaną ochroną, co w pełni uzasadnia ich kwalifikację jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przemawia za odmową ich odtajnienia.

Lider konsorcjum został formalnie i jednoznacznie umocowany przez pozostałych członków konsorcjum do agregowania informacji dotyczących personelu, przygotowania wykazu osób oraz koordynowania obiegu danych kadrowych na potrzeby niniejszego postępowania, co znalazło odzwierciedlenie w postanowieniach umowy konsorcjalnej oraz w przyjętym modelu współpracy pomiędzy partnerami. Centralizacja tego procesu po stronie lidera miała na celu zapewnienie jednolitego standardu ochrony informacji, wyeliminowanie ryzyka ich niekontrolowanego rozpowszechnienia oraz zagwarantowanie, że dostęp do danych wrażliwych będzie ograniczony wyłącznie do podmiotów i osób, które są do tego niezbędnie uprawnione. Lider konsorcjum, jako podmiot funkcjonujący w ramach rozbudowanej struktury organizacyjnej oraz większej grupy kapitałowej, wdrożył zaawansowane środki techniczne, informatyczne i organizacyjne służące ochronie informacji, w tym informacji dotyczących personelu kluczowego.

W szczególności obieg danych odbywa się przy wykorzystaniu dedykowanych systemów informatycznych klasy enterprise, w których dostęp do dokumentów jest nadawany wyłącznie imiennie, zgodnie z zasadą minimalizacji dostępu, a każda operacja otwarcia, edycji lub przekazania dokumentu podlega rejestracji i kontroli. Dokumenty zawierające informacje personalne są przechowywane w zabezpieczonych repozytoriach elektronicznych, do których dostęp jest chroniony wielopoziomowym uwierzytelnianiem, w tym mechanizmami autoryzacji opartymi na rolach użytkowników, a przesyłanie danych pomiędzy członkami konsorcjum odbywa się wyłącznie za pośrednictwem szyfrowanych kanałów komunikacji. Lider konsorcjum stosuje również rozwiązania techniczne uniemożliwiające nieautoryzowane kopiowanie, drukowanie lub eksport danych poza środowisko kontrolowane, co znacząco ogranicza ryzyko ich dalszego rozpowszechnienia.

Równoległe do zabezpieczeń technicznych funkcjonują rozbudowane środki organizacyjne, polegające na formalnym przypisaniu odpowiedzialności za przetwarzanie i ochronę informacji określonym osobom pełniącym funkcje kierownicze lub koordynacyjne, które zostały przeszkolone w zakresie ochrony informacji poufnych oraz odpowiedzialności za ich naruszenie. Lider konsorcjum stosuje wewnętrzne procedury klasyfikacji informacji, w ramach których dane dotyczące personelu, podstaw dysponowania nim oraz planowanego zaangażowania projektowego są kwalifikowane jako informacje o najwyższym stopniu wrażliwości i objęte szczególnym reżimem ochronnym. Każde przekazanie takich informacji wymaga uzasadnienia biznesowego oraz akceptacji właściwego poziomu decyzyjnego, a dostęp do nich jest okresowo weryfikowany i ograniczany wyłącznie do czasu niezbędnego do realizacji konkretnego celu.

Dodatkowo lider konsorcjum wdrożył zasady bezpiecznej archiwizacji dokumentów oraz procedury niszczenia danych, które przestały być niezbędne, co zapobiega ich przypadkowemu ujawnieniu w przyszłości. Wewnętrzne regulacje przewidują również obowiązek niezwłocznego raportowania wszelkich potencjalnych naruszeń poufności oraz stosowanie środków naprawczych i dyscyplinujących, co wzmacnia realny charakter ochrony informacji. W ramach współpracy konsorcjalnej pozostali członkowie zostali zobowiązani do stosowania analogicznych standardów ochrony oraz do przekazywania danych wyłącznie do lidera konsorcjum, bez ich dalszego rozpowszechniania we własnych strukturach organizacyjnych.

Tak przyjęty model centralizacji i kontroli obiegu informacji powoduje, że wykaz osób oraz dane z nim związane nie funkcjonują w sposób rozproszony, nie są dostępne w systemach wielu podmiotów jednocześnie i nie są znane osobom postronnym, co jednoznacznie potwierdza, że Wykonawca podjął rzeczywiste, adekwatne i skuteczne działania w celu zachowania poufności tych informacji. Zastosowane środki techniczne, informatyczne i organizacyjne nie mają charakteru pozornego, lecz stanowią element trwałego i systemowego podejścia do ochrony informacji,

właściwego dla podmiotów realizujących projekty o wysokiej wartości gospodarczej oraz znaczeniu strategicznym. W konsekwencji informacje dotyczące personelu kluczowego, zgromadzone i przetwarzane przez lidera konsorcjum na potrzeby niniejszego postępowania, spełniają wszystkie przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a ich ewentualne ujawnienie pozostawałoby w sprzeczności zarówno z przyjętym modelem ochrony informacji, jak i z uzasadnionymi interesami Wykonawcy oraz Zamawiającego.

Wykonawca pragnie również wskazać, że podjął działania zmierzające do zachowania utajnionych informacji w poufności. Wykonawca w załączeniu przekazuje:

- Polityka firmy (przekazane Zamawiającemu wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi);
- Umowy o zachowaniu w poufności informacji przekazywanych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (przekazane Zamawiającemu wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi);
- Oświadczenie wykonawcy ws. rozwiązań IT (przekazane Zamawiającemu wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi);

W świetle powyższego uznać należy, że zastrzegane informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk obligujące Zamawiającego do nadania im statusu tajemnicy przedsiębiorstwa w Postępowaniu.

Ponadto Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całą treść wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny z załącznikami. W uzasadnieniu zastrzeżenia Przystępujący, obok teoretycznych wywodów na temat tajemnicy przedsiębiorstwa oraz cytatów z orzecznictwa, wskazał:

(...) Wykonawca wskazuje, że informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących sposobu kalkulacji ceny, jak również w załączonej kalkulacji szczegółowej, stanowią informacje posiadające istotną wartość gospodarczą, gdyż odzwierciedlają know-how Wykonawcy w zakresie wyceny usług inżyniera kontraktu dla inwestycji energetycznych, w tym w szczególności wąsko wyspecjalizowanych projektów gazowo-parowych. Jest to segment rynku o ograniczonej liczbie rzeczywistych wykonawców, w którym przewaga konkurencyjna wynika nie tyle z ogólnej zdolności do świadczenia usług, ile z praktycznej umiejętności ukształtowania struktury kosztów, doboru personelu, organizacji biura kontraktu oraz zarządzania ryzykiem kontraktowym w taki sposób, aby zapewnić jednocześnie pełną wykonalność zamówienia, zgodność z dokumentacją oraz konkurencyjność ceny. W realiach rynku zamówień w obszarze energetyki, gdzie przewidywany jest dalszy wzrost liczby postępowań dotyczących analogicznych inwestycji, nawet pojedyncze dane liczbowe i parametry kalkulacyjne (np. stawki jednostkowe, średnie zaangażowanie miesięczne, narzuty kosztów pośrednich, rezerwy, model finansowania instrumentów zabezpieczeniowych) mogą zostać wykorzystane przez konkurentów jako gotowa „mapa kosztowa” i instrukcja optymalizacji oferty w przyszłych przetargach. Oznacza to, że ujawnienie tych danych prowadziłoby do istotnego i bezpośredniego osłabienia przewagi konkurencyjnej Wykonawcy, umożliwiając podmiotom nieposiadającym porównywalnego doświadczenia wejście na rynek poprzez skopiowanie metodologii i parametrów cenotwórczych bez ponoszenia nakładów koniecznych do ich wypracowania.

Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji wynika także z tego, że dokumenty te ujawniają w sposób uporządkowany i praktyczny politykę cenową Wykonawcy oraz strukturę jego kosztów: rozkład kosztów bezpośrednich i pośrednich, sposób alokacji kosztów zarządu, koszty utrzymania biura i zaplecza IT, założenia logistyczne, sposób kalkulowania ryzyka kontraktowego i formalnoprawnego, a także mechanizmy pozyskiwania zasobów osobowych i eksperckich. Są to informacje o charakterze strictly biznesowym, które w branży usług inżynieryjno-kontraktowych pełnią funkcję „wiedzy handlowej” – pozwalają bowiem konkurentom nie tylko lepiej przewidywać zachowanie Wykonawcy w postępowaniach, ale też projektować oferty w taki sposób, aby minimalnie „przebić” cenę Wykonawcy, przy zachowaniu własnej marży. Tym samym ujawnienie wyjaśnień nie skutkowałoby jedynie ogólną utratą komfortu negocjacyjnego, lecz realną, mierzalną szkodą polegającą na ograniczeniu możliwości uzyskiwania zamówień w kolejnych postępowaniach z uwagi na pozbawienie Wykonawcy przewagi informacyjnej i kosztowej.

Niezależną, istotną wartość gospodarczą posiadają również informacje dotyczące personelu, w tym poziomów wynagrodzeń, przypisania ról do zadań, intensywności zaangażowania w czasie oraz modelu dostępności specjalistów. Rynek doświadczonych ekspertów dla projektów energetycznych (w szczególności o profilu gazowo-parowym) jest rynkiem wąskim i wysoce konkurencyjnym. Ujawnienie stawek, struktury zespołu, a także danych identyfikujących osoby (w tym wynikających z wykazów osób, oświadczeń, referencji lub danych kontaktowych, jeżeli są one elementem załączników do wyjaśnień, zwiększa ryzyko tzw. „podkupienia” personelu lub przejęcia kluczowych specjalistów na warunkach skrojonych dokładnie pod ujawnione poziomy wynagrodzeń. Ryzyko to ma charakter realny, ponieważ ujawnione informacje pozwalają konkurencji precyzyjnie określić minimalny poziom wynagrodzenia, przy którym możliwe jest pozyskanie danej osoby lub funkcji, oraz zidentyfikować kluczowe kompetencje potrzebne do budowy zespołu. Skutkiem byłoby podniesienie kosztów osobowych Wykonawcy w trakcie realizacji oraz utrata

stabilności zasobów w kolejnych projektach, a więc bezpośrednia szkoda ekonomiczna.

Wartość gospodarcza wyjaśnień wynika również z tego, że przedstawiają one wewnętrzny, niepubliczny sposób podziału ról, kosztów i partycypacji w ryzykach pomiędzy członków konsorcjum, w tym alokację kosztów zarządu, koszty wsparcia prawnego i kontraktowego, a także założenia dotyczące instrumentów finansowych. Dane te ujawniają logikę współpracy trzech podmiotów o odmiennych strukturach i kompetencjach, w tym jednego członka konsorcjum będącego podmiotem zagranicznym, co w warunkach obecnej koniunktury rynkowej i nacisków na „local content” może prowadzić do prób podważania lub osłabiania udziału partnera zagranicznego metodami pozarynkowymi, w szczególności poprzez oddziaływanie na jego dostęp do zasobów, podwykonawców czy kontrahentów. Zastrzegane informacje mogą stanowić dla konkurentów materiał pozwalający na selektywne uderzenie w newralgiczne elementy organizacji konsorcjum (np. węzłowe kompetencje, role, zależności od konkretnych zasobów lub harmonogramów), co może utrudnić realizację zamówienia lub podnieść koszty jego wykonania. Wykonawca zastrzega je zatem także w celu ochrony stabilności modelu konsorcyjnego i ciągłości zasobów, co ma bezpośredni wymiar finansowy.

Dodatkowo zastrzegane informacje dotyczą inwestycji w sektorze energetycznym, który z natury rzeczy ma znaczenie strategiczne i podlega podwyższonym wymaganiom bezpieczeństwa organizacyjnego. Wykonawca podkreśla, że nie chodzi o ujawnianie jakichkolwiek „wrażliwych” danych technicznych, lecz o to, że łączne zestawienie informacji o strukturze kosztów, organizacji zespołu, sposobie zapewnienia zasobów, a także o szczegółach realizacyjnych (role, obecności, modele pracy, punkty styku organizacyjnego) może stanowić użyteczny materiał dla podmiotów zainteresowanych zakłóceniem procesu inwestycyjnego, choćby poprzez działania o charakterze dezinformacyjnym, presyjnym lub destabilizującym zasoby personalne i organizacyjne. W realiach zwiększonej liczby incydentów wymierzonych w infrastrukturę energetyczną w różnych państwach, zasadne jest przyjęcie ostrożnościowego podejścia do jawności danych, które mogą ułatwiać profilowanie organizacji przedsięwzięcia i identyfikację jego elementów krytycznych z perspektywy ciągłości realizacji. Z tego względu Wykonawca wskazuje, że ograniczenie dostępu do szczegółowych wyjaśnień i załączników służy również minimalizacji ryzyk pozaekonomicznych, które wprost przekładają się na interes gospodarczy Wykonawcy i bezpieczeństwo realizacji zamówienia.

Niezależnie od wskazanych powyżej okoliczności, Wykonawca podkreśla, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą również dlatego, że stanowią efekt wieloletnich, systematycznych nakładów organizacyjnych, finansowych i intelektualnych poniesionych przez członków konsorcjum w celu wypracowania własnej metodologii kalkulacji kosztów i zarządzania kontraktami inżynierskimi. Opracowanie takiej metodologii wymaga doświadczenia zdobywanego w toku realizacji szeregu inwestycji, analiz kosztów rzeczywistych, weryfikacji ryzyk kontraktowych, budowania relacji z personelem eksperckim oraz kontrahentami, a także wypracowania efektywnych modeli współpracy wewnątrz grupy kapitałowej. Ujawnienie tych informacji prowadziłoby w praktyce do nieodpłatnego udostępnienia konkurentom rezultatów know-how, które powstało kosztem znacznych nakładów Wykonawcy, bez konieczności ponoszenia przez nich analogicznych inwestycji czasowych i finansowych. Taka sytuacja stanowiłaby klasyczny przykład pasożytnictwa konkurencyjnego i prowadziłaby do nieuzasadnionego osłabienia pozycji rynkowej Wykonawcy.

Dodatkowo należy wskazać, że w realiach zamówień publicznych cena oferty stanowi co do zasady kryterium dominujące lub jedno z kluczowych, a różnice pomiędzy ofertami wykonawców często mieszczą się w przedziale kilku procent. W takim otoczeniu rynkowym nawet pojedyncze informacje – takie jak poziom marży, wysokość rezerwy, narzuty kosztów zarządu, struktura kosztów pośrednich, przyjęte stawki jednostkowe czy model alokacji zasobów – mogą mieć decydujące znaczenie dla wyniku postępowania. Umożliwiają one bowiem konkurencji precyzyjne „skalibrowanie” własnej oferty w oparciu o znane parametry Wykonawcy i złożenie ceny minimalnie niższej, przy zachowaniu własnego bezpieczeństwa finansowego. W efekcie ujawnienie danych kosztowych nie prowadzi jedynie do ogólnego zwiększenia wiedzy rynkowej, lecz do bezpośredniego i wymiernego pogorszenia konkurencyjności Wykonawcy w przyszłych postępowaniach.

Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji wynika także z ich charakteru predykcyjnego. Analiza struktury kosztów, sposobu organizacji personelu oraz przyjętych założeń ekonomicznych pozwala bowiem odtworzyć model działania przedsiębiorstwa i prognozować jego zachowania cenowe w kolejnych postępowaniach. Konkurenci, dysponując taką wiedzą, mogą nie tylko reagować na pojedynczą ofertę, lecz również długofalowo planować strategie cenowe i negocjacyjne wobec Wykonawcy, co prowadzi do trwałego ograniczenia jego zdolności do elastycznego kształtowania polityki handlowej. Tego rodzaju informacje mają zatem charakter strategiczny, a nie jednorazowy, i ich ujawnienie wywołuje skutki rozciągnięte w czasie.

Istotne znaczenie ma również fakt, że ujawniane dane obrazują relacje handlowe i warunki współpracy z określonymi kategoriami kontrahentów, w tym kancelariami prawnymi, dostawcami usług specjalistycznych, podmiotami

udostępniającymi personel czy partnerami konsorcyjnymi. Informacje te pozwalają konkurentom identyfikować kluczowych partnerów biznesowych Wykonawcy, a następnie podejmować działania zmierzające do przejęcia tych relacji, oferując im warunki dostosowane do znanych stawek i warunków współpracy. W konsekwencji ujawnienie danych może prowadzić do destabilizacji łańcucha dostaw usług eksperckich oraz wzrostu kosztów po stronie Wykonawcy, co ma bezpośredni wymiar finansowy.

Dodatkowo należy wskazać, że specyfika rynku usług inżyniera kontraktu polega na ograniczonej liczbie projektów o dużej skali oraz stosunkowo wąskiej grupie wyspecjalizowanych wykonawców. W takim środowisku informacja o strukturze kosztów i zasobów ma charakter szczególnie wrażliwy, ponieważ łatwo jest ją przypisać do konkretnego podmiotu i wykorzystać w sposób ukierunkowany. W przeciwieństwie do rynków masowych, gdzie dane mają charakter statystyczny i uogólniony, w niniejszej branży informacje te mają charakter indywidualny i bezpośrednio identyfikowalny, co znacząco zwiększa ich wartość gospodarczą.

Wreszcie należy podkreślić, że ujawnienie szczegółowych informacji o kosztach zarządu, strukturze finansowania, poziomie rezerw oraz przyjętej marży wpływa również na postrzeganie sytuacji finansowej przedsiębiorstwa przez podmioty trzecie (kontrahentów, instytucje finansowe, partnerów biznesowych). Dane te mają charakter wewnętrzny i nie są publicznie komunikowane, gdyż stanowią element strategii finansowej i polityki zarządzania ryzykiem. Ich upublicznienie może prowadzić do nieuzasadnionych wniosków co do rentowności lub struktury kosztowej Wykonawcy, a w konsekwencji do pogorszenia warunków negocjacyjnych w relacjach handlowych. Tym samym ich poufność ma bezpośrednie znaczenie dla płynności finansowej i stabilności operacyjnej przedsiębiorstwa.

W świetle powyższego należy uznać, że zastrzegane informacje posiadają nie tylko teoretyczną, lecz realną i mierzalną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie wiązałoby się z wysokim prawdopodobieństwem powstania szkody po stronie Wykonawcy, zarówno w wymiarze konkurencyjnym, jak i organizacyjno-finansowym. Z tego względu ich ochrona jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest w pełni uzasadniona i proporcjonalna do chronionego interesu gospodarczego Wykonawcy.

Reasumując, zastrzegane wyjaśnienia i załączniki posiadają wymierną wartość gospodarczą, gdyż stanowią skumulowany rezultat doświadczenia, analiz i praktyki rynkowej Wykonawcy oraz ujawniają dane umożliwiające odtworzenie modelu kosztowego, polityki cenowej i organizacji realizacji kontraktu. Ujawnienie tych informacji grozi wyrządzeniem Wykonawcy szkody poprzez ułatwienie konkurencji sporządzania ofert na podstawie cudzych rozwiązań, osłabienie pozycji negocjacyjnej w kolejnych postępowaniach, zwiększenie ryzyka przejęcia personelu, a także destabilizację współpracy konsorcyjnej, w tym w szczególności w zakresie udziału partnera zagranicznego. Z uwagi na powyższe spełniona jest przesłanka wartości gospodarczej informacji, co uzasadnia ich ochronę jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

II. Poufność informacji oraz środki podjęte w celu uniemożliwienia dostępu do informacji przez osoby nieuprawnione

Wykonawca informuje, że sposób kalkulacji ceny oraz treść poszczególnych załączników do wyjaśnień nigdy nie została nigdy ujawniona do informacji publicznej – brak jest w tym zakresie danych na stronie internetowej Wykonawcy, jak również na stronach internetowych jego kontrahenta.

Dlatego też przesłanka o posiadaniu przez zastrzeganą informację charakteru "poufnego" ulega materializacji w badanym stanie faktycznym. Tym samym osoby postronne, a przede wszystkim konkurenci, nie miały i nie mają nadal do nich dostępu.

Treść dokumentów jest znana wyłącznie wąskiemu gronu osób zaangażowanych w ich przygotowanie oraz osób odpowiedzialnych za przepływ korespondencji pomiędzy tymi osobami.

W stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zostały podjęte niezbędne działania zabezpieczające przed nieuprawnionym ujawnieniem informacji poufnych na zewnątrz lub względem osób i podmiotów nieuprawnionych. Wykonawca podjął działania obejmujące m.in.:

nierozpowszechnianie przedmiotowych informacji na stronie internetowej firmy oraz w publikacjach i komunikatach kierowanych do mediów, nieujawnienie ich informacji podczas konferencji, spotkań branżowych itp.

zobowiązanie pracowników i współpracowników do zachowania poufności wszelkich informacji technicznych, handlowych, organizacyjnych Wykonawcy i innych o wartości gospodarczej, w tym dotyczących w szczególności planów i strategii handlowych oraz organizacyjnych, zasobów personalnych i wysokości wynagrodzenia poszczególnych pracowników, danych kontrahentów i współpracowników oraz dostawców,

nakazanie objęcia przedmiotowych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w toku niniejszego postępowania,

wdrożenie odpowiednich zabezpieczeń technicznych i informatycznych, w tym mających na celu ochronę informacji elektronicznych przekazywanych na linii Wykonawca – współpracownicy,

każdorazowe skuteczne zastrzeżenie przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w toku innych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;

zobowiązanie dostawców i producentów do nieujawniania informacji zawartych w ofertach handlowych oraz kalkulacjach kosztów wykonania zamówienia.

Podjęte przez Wykonawcę działania chroniące informację przed ujawnieniem dotyczą zarówno zabezpieczeń fizycznych w postaci przechowywania danych poufnych na serwerach z ograniczonym dostępem (hasła dostępu), stosowanie zabezpieczeń IT, konieczność posiadania identyfikatorów umożliwiających dostęp do biura, przechowywanie dokumentów poufnych w zamkniętych szafkach, do których dostęp mają tylko autoryzowane osoby, jak również zabezpieczeń prawnych w postaci wdrożonych procedur i polityk bezpieczeństwa w zakresie informacji poufnych.

Wykonawca pragnie również wskazać, że podjął działania zmierzające do zachowania utajnionych informacji w poufności. Wykonawca w załączeniu przekazuje:

Polityka firmy (Wykonawca załącza go do niniejszych wyjaśnień);

Umowy o zachowaniu w poufności informacji przekazywanych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (Wykonawca załącza je do niniejszych wyjaśnień);

Oświadczenie wykonawcy ws. rozwiązań IT (Wykonawca załącza je do niniejszych wyjaśnień);

W świetle powyższego uznać należy, że zastrzegane informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk obligujące Zamawiającego do nadania im statusu tajemnicy przedsiębiorstwa w Postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 18 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. 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.), 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. 16 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy 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.

W pierwszej kolejności wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, mająca fundamentalne znaczenie dla realizacji pozostałych zasad, takich jak przejrzystość, uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia jest wyjątkiem, który nie może służyć jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego. Jak pokazuje praktyka orzecznicza Izby, powszechne są próby uczynienia z tego wyjątku zasady, a motywacja leżąca u podstaw zastrzegania informacji często nie zasługuje na akceptację i ochronę. Tymczasem, jak wskazała Izba w wyroku o sygn. akt: KIO 1058/18: *Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako*

narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością.

Ograniczenie dostępu do informacji przedstawianych w postępowaniu może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia.

Zauważenia wymaga, że wprowadzając obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy Pzp dokonana 29 sierpnia 2014 r.), w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.*

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje 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,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakoś tego uzasadnienia decyduje o tym,

czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia powinno nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. W związku z tym, na ocenę dokonywaną przez Izbę nie może mieć wpływu próba wykazania zasadności zastrzeżenia dopiero w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Izby uzasadnienia zastrzeżenia przedłożone zarówno Przystępującego Konsorcjum Ayesa nie potwierdzają zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przede wszystkim Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone mają wartość gospodarczą. Przedstawione przez niego uzasadnienia zastrzeżenia, jakkolwiek obszerne, jedynie pozornie są szczegółowe. Próbuąc wykazać istnienie wartości gospodarczej zastrzeganych dokumentów Przystępujący posługuje się wielokrotnie powtarzaniem, a jedynie różnie sformułowanymi tezami, mającymi ogólny charakter, podczas gdy powinien w sposób konkretny, wiarygodny, logiczny i przekonujący przedstawić, dlaczego określone informacje mają taki charakter, że mogą być wykorzystane przez konkurujące podmioty ze szkodą dla wykonawcy. W ocenie Izby uzasadnienia przedstawione przez Przystępującego nie mają powyższych cech.

Głównym argumentem Przystępującego, wielokrotnie powtarzanym w uzasadnieniach zastrzeżenia, jest specjalistyczny charakter nadzoru nad inwestycjami energetycznymi. Zauważenia wymaga jednak, że każda branża ma swoją specyfikę, a okoliczność, że różni się ona od innych sektorów, trudno uznać za wystarczającą do utajnienia informacji. Mimo akcentowania specyfiki branży energetycznej przedstawiona argumentacja nie różni się zasadniczo od uzasadnień przedkładanych przez wykonawców w innych postępowaniach o oddzielenie zamówienia, sprowadza się ona do obszernie rozpisanych ogólników.

W przypadku wyjaśnień ceny Przystępujący ogólnikowo wskazał, że odzwierciedlają know-how wykonawcy w zakresie wyceny usług inżyniera kontraktu dla inwestycji energetycznych, w tym w szczególności wąsko wyspecjalizowanych projektów gazowo-parowych, nie uprawdopodobnił nawet jednak, aby kalkulacja stworzona do konkretnego zamówienia o specyficznych wymaganiach mogła zostać wykorzystana ze szkodą dla niego w innych postępowaniach, nawet w tym samym sektorze. Równie nieprzekonujący jest argument o tym, że wyjaśnienia ujawniają politykę cenową wykonawcy oraz strukturę jego kosztów. Odnosząc się do tego argumentu stwierdzić należy, że z jednej strony zakres złożonych wyjaśnień jest typowy dla wielu postępowań, w tym z zakresu nadzoru nad robotami, z drugiej strony – są to wyjaśnienia dostosowane stricte do prowadzonego postępowania, nie zaś ujawnienie generalnej polityki rynkowej wykonawcy. Istotą wyjaśnień jest przedstawienie sposobu kalkulacji ceny, przyjmując zatem stanowisko Przystępującego należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że informacje o strukturze kosztów i polityce cenowej mogą w oparciu na zasadzie jawności postępowaniu o udzielenie zamówienia ze swej istoty pozostawać niejawne. Biorąc natomiast pod uwagę, że w każdym postępowaniu, w szczególności – co tak podkreślał Przystępującym – tak specyficznym, jak nadzór nad inwestycjami energetycznymi, kalkulacja ceny dostosowania jest do konkretnych uwarunkowań i mocno sprecyzowanych wymagań, nieprzekonująca jest argumentacja, że w przyszłych postępowaniach wykonawcy będą mogli przewidywać i projektować oferty tak, aby zaoferować korzystniejszą cenę.

Podobnie, o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji nie przesądza stwierdzenie, że wyjaśnienia przedstawiają wewnętrzny, niepubliczny sposób podziału ról, kosztów i partycypacji w ryzykach pomiędzy członków konsorcjum, w tym alokację kosztów zarządu, koszty wsparcia prawnego i kontraktowego, a także założenia dotyczące instrumentów finansowych. Zauważenia wymaga, że chodzi tu o konsorcjum zawiązane dla celów tego postępowania i dostosowane do niego reguły współpracy. Przystępujący natomiast stara się stworzyć wrażenie istnienia wartości gospodarczej, przedstawiając nieniosące wiele treści, enigmatyczne opisy o ryzyku *selektywnego uderzenia w newralgiczne elementy organizacji konsorcjum* czy konieczności zapewnienia *stabilności modelu konsorcyjnego i ciągłości zasobów, co ma bezpośredni wymiar finansowy*.

Podobny charakter mają fragmenty dotyczące potencjalnych zagrożeń dla procesu inwestycyjnego, a powoływanie się na interes energetyczny państwa nie może być argumentem zastrzegania danych kalkulacyjnych, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, która służy przecież ochronie interesów przedsiębiorcy. Przystępujący zdaje się nie dostrzegać, że ochronie interesu publicznego, w tym strategicznych inwestycji służą inne instrumenty prawne, pozostające w gestii Zamawiającego oraz odpowiednich organów państwowych.

Analogicznie należy ocenić przedstawioną zarówno w odniesieniu do wyjaśnień ceny, jak i do wykazu osób argumentację o wartości gospodarczej informacji dotyczących personelu. W obu przypadkach Przystępujący podkreślał specyfikę i konkurencyjność rynku ekspertów dla projektów energetycznych i wskazywał na ryzyko podkupienia tego personelu oraz opisał przykład takiego podkupienia. W tym zakresie wskazać należy, że podjęcie wysiłku skompletowania odpowiedniego personelu oraz jego specjalistyczne doświadczenie i wiedza nie uzasadniają jeszcze

objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o osobach, którymi wykonawca dysponuje i warunkach ich pracy, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że kadra ta przeznaczona jest do realizacji danego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności i muszą respektować tę zasadę, nawet jeśli bardziej pożądane z ich punktu widzenia byłoby nieujawnianie określonych informacji. Dotyczy to również pracowników wykonawcy, który jako pracodawca ma możliwość dbać o stabilność zatrudnienia innymi środkami, niż utajnianie informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. To pracodawca dysponuje narzędziami motywacyjnymi oraz instrumentami prawnymi pozwalającymi zapobiegać utracie wykwalifikowanych specjalistów. Uznanie za taki instrument zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia wypacza zasady udzielania zamówień publicznych, czyniąc zasadami środki mające charakter wyjątkowy.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał też dostatecznie spełnienia przesłanki dotyczącej ochrony zastrzeganych informacji. Jak słusznie wskazał Odwołujący, Przystępujący przedstawił dowody na podjęcie środków zmierzających do utrzymania poufności informacji, przy czym dotyczą one jedynie lidera Konsorcjum, w odniesieniu do pozostałych konsorcjantów poprzestano na głośłownych deklaracjach. Przede wszystkim jednak nie została wykazana wartość gospodarcza informacji przedstawionych zarówno w wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny, jak i w wykazie osób, co obligowało Zamawiającego do ujawnienia tych informacji, a zaniechanie takiego ujawnienia stanowi naruszenie 18 ustawy Pzp, w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego dowodów w postaci wyjaśnień dotyczących ceny, złożonych przez Przystępującego w innych postępowaniach, stwierdzić należy, że ich treść pozostaje bez wpływu na ocenę zastrzeżenia dokonanego w przedmiotowym postępowaniu. O wadliwości tego zastrzeżenia przesądza bowiem – jak wskazano powyżej – niewykazanie przez Przystępującego spełnienia przesłanek wymaganych dla utrzymania niejawności informacji. Nie jest celowe, aby Izba oceniała, jaki zakres wyjaśnień został przedstawiony w innych postępowaniach, na inny przedmiot zamówienia i prowadzonych przez innych zamawiających, jak również czy wykonawca podejmował próby zachowania ich poufności i czy zostało to ocenione przez zamawiających prawidłowo.

Za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała również przedstawione przez Odwołującego dowody w postaci korespondencji przedstawiciela Przystępującego z pracownikami Odwołującego, mającej na celu doprowadzenie do ich zaangażowania w przedmiotowe zamówienie. Nie jest okolicznością rozstrzygającą o zasadności zastrzeżenia to, w jakich kręgach i kiedy Przystępujący próbował pozyskać personel, ale to, czy wykazał, że informacje o tym personelu zasługują na ochronę. W rozpoznawanej sprawie powyższe nie zostało przez Przystępującego wykazane, co samo w sobie przesądza o zasadności zarzutu.

Wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum Ayesa, który to zarzut miał charakter ewentualny.

Zarzut dotyczący niewykazania przez Konsorcjum Ayesa spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zarzut nr 6)

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. XI pkt 11.1 SWZ na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia (rozdz. X pkt 10.1.2.2 SWZ) Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu wykonanych usług wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz dołączenie dowodów określających, czy usługi zostały wykonane należycie.

Konsorcjum Ayesa złożyło na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykaz usług obejmujący usługi doradcze w zakresie inżynierii i zarządzania projektem budowy elektrowni gazowej w Shinpyeongtaek. Na potwierdzenie należytego wykonania tego zadania Przystępujący przedstawił dokument pn. *Świadectwo prac inżynierskich*, określający zakres wykonanych prac oraz stwierdzający, że *Projekt został zrealizowany zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa i koncentrował się na pomyślnej budowie jak najbardziej ekonomicznych i wydajnych obiektów*. Dodatkowo, Przystępujący przedłożył raport końcowy z realizacji zadania.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w, podmiotowych środkach dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta

wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie zachodziły podstawy do wezwania Przystępującego Konsorcjum Ayesa do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług z przyczyn wskazanych jako podstawa faktyczna zarzutu odwołania. Jedyną okolicznością, jaką podniósł Odwołujący jest to, że w złożonym przez Przystępującego *Świadectwie prac inżynierskich* brak jest wskazania, że usługa została wykonana w sposób należyty. Odwołujący pominął jednak, że w treści tego dokumentu zawarto stwierdzenie: *Projekt został zrealizowany zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa i koncentrował się na pomyślnej budowie jak najbardziej ekonomicznych i wydajnych obiektów.*

Nie powinno budzić wątpliwości, że należyte wykonanie usług może być potwierdzone nie tylko referencjami, ale również innym dokumentem zawierającym opis i ocenę realizacji. Jednocześnie nie jest konieczne zawarcie w tym dokumencie konkretnego sformułowania o należyтым wykonaniu prac, wystarczające jest, że opis w nim zawarty wyraża w inny sposób pozytywną ocenę zrealizowanego zamówienia. Treść ww. świadectwa pozwala stwierdzić, że prace zostały wykonane prawidłowo, co stanowi potwierdzenie należytej realizacji zadania.

O kosztach postępowania w sprawie KIO 930/26 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1, stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2.

Sygn. akt KIO 931/26

Zarzut dotyczący niespełniania przez Ayesa warunku udziału w postępowaniu

W rozdz. X pkt 10.1.2.2 lit. a SWZ Zamawiający określił następujący warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie – wykonał co najmniej 1 zamówienie polegające na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu przy realizacji budowy bloku energetycznego o mocy minimum 400 MWe brutto i wartości nie mniejszej niż 1 mld zł brutto.

Przystępujący złożył wraz z ofertą oświadczenie na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, wskazujący na następujący podział zadań między członków Konsorcjum:

- *Wykonawca Ayesa Polska Sp. z o.o.-Lider Konsorcjum (...) zrealizuje następujące roboty budowlane, dostawy lub usługi: Konsorcjum gwarantuje czynny udział każdego Członka Konsorcjum w wykonaniu Usługi będącej przedmiotem zamówienia tj. kompleksowe wykonanie usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji budowy dwóch bloków gazowo-parowych oraz zadań towarzyszących obejmujący m.in. zapewnienie części personelu niezbędnego do wykonania Usługi zgodnie z umową na nadzór oraz SWZ. Szczegółowy podział obowiązków dotyczący zakresów realizacji Usługi zostanie określony w Umowie Techniczno – Finansowej.*

- *Wykonawca Dohwa Engineering Co. LTD. – Partner Konsorcjum (...) zrealizuje następujące roboty budowlane, dostawy lub usługi:*

Konsorcjum gwarantuje czynny udział każdego Członka Konsorcjum w wykonaniu Usługi będącej przedmiotem zamówienia tj. kompleksowe wykonanie usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji budowy dwóch bloków gazowo-parowych oraz zadań towarzyszących obejmujący m.in. zapewnienie części personelu niezbędnego do wykonania Usługi zgodnie z umową na nadzór oraz SWZ. Szczegółowy podział obowiązków dotyczący zakresów realizacji Usługi zostanie określony w Umowie Techniczno-Finansowej.

- *Wykonawca „EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych” Sp. z o.o. – Partner Konsorcjum (...)*

Konsorcjum gwarantuje czynny udział każdego Członka Konsorcjum w wykonaniu Usługi będącej przedmiotem zamówienia tj. kompleksowe wykonanie usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji budowy dwóch bloków gazowo-parowych oraz zadań towarzyszących obejmujący m.in. zapewnienie części personelu niezbędnego do wykonania Usługi zgodnie z umową na nadzór oraz SWZ. Szczegółowy podział obowiązków dotyczący zakresów realizacji Usługi zostanie określony w Umowie Techniczno-Finansowej.

Przystępujący złożył wykaz osób, w którym wskazał na doświadczenie Dohwa Engineering Co. LTD. – Partnera Konsorcjum.

Zamawiający 16 lutego 2026 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

Wykonawca wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi przedłożył notę informacyjną, że 42,02% zakresu rzeczowo-finansowego zostanie wykonane przez partnera Konsorcjum – Dohwa Engineering Co. LTD. W myśl art. 117 ust. 3 Pzp „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Ze względu na fakt, że w wykazie usług Wykonawca wykazał jedynie doświadczenie partnera Konsorcjum - Dohwa Engineering Co. LTD, zaś cały zakres rzeczowo-finansowy polega na świadczeniu usług objętych doświadczeniem partnera Konsorcjum – Dohwa Engineering Co. LTD, wzywamy do wyjaśnienia w jaki sposób Wykonawca planuje uczynić zadość wymaganiom zawartym w treści art. 117 ust. 3 Pzp?

Przystępujący Ayesa złożył w tym zakresie następujące wyjaśnienia:

Wykonawca wyjaśnia, że model realizacji zamówienia przyjęty w Konsorcjum pozostaje w pełni zgodny z dyspozycją art. 117 ust. 3 ustawy Pzp oraz z oświadczeniem złożonym wraz z ofertą na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp:

- 1) Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą polegać na zdolnościach tych wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W niniejszym postępowaniu warunek udziału określony w pkt 10.1.2.2 IDW dotyczy doświadczenia w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji budowy bloku energetycznego o mocy co najmniej 400 MWe. Doświadczenie to zostało wykazane przez partnera Konsorcjum – Dohwa Engineering Co. Ltd. – który jednocześnie jest podmiotem przewidzianym do bezpośredniego wykonywania zasadniczych usług Inżyniera Kontraktu wymagających takiego doświadczenia.
- 2) Złożone wraz z ofertą (Załącznik nr 9) oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje, że każdy z członków Konsorcjum będzie uczestniczył w realizacji zamówienia poprzez zapewnienie odpowiedniego personelu i udział w kompleksowym wykonaniu usługi Inżyniera Kontraktu, przy czym szczegółowy podział obowiązków miał zostać określony w umowie techniczno-finansowej Konsorcjum. Oświadczenie to należy interpretować w ten sposób, że wszyscy członkowie Konsorcjum uczestniczą w realizacji zamówienia, natomiast zakres usług wymagających spełnienia warunku doświadczenia z pkt 10.1.2.2 IDW przypisany jest temu członkowi Konsorcjum, który doświadczenie to posiada, tj. Dohwa Engineering Co. Ltd. Oświadczenie nie stanowiło deklaracji, iż każdy z członków Konsorcjum będzie wykonywał wszystkie elementy usługi Inżyniera Kontraktu w jednakowym zakresie, lecz że każdy będzie miał czynny udział w realizacji zamówienia stosownie do swojej roli i kompetencji.
- 3) W przyjętym modelu realizacji zamówienia Dohwa Engineering Co. Ltd. odpowiada za wykonywanie kluczowych, merytorycznych czynności Inżyniera Kontraktu odnoszących się do nadzoru nad realizacją robót i instalacji technologicznych bloków CCGT, kontroli jakości, weryfikacji dokumentacji projektowej, odbiorów, koordynacji technicznej realizacji inwestycji oraz nadzoru nad rozruchem i commissioningiem, a więc za te elementy usługi, które odpowiadają rodzajowo i funkcjonalnie doświadczeniu wykazanemu w wykazie usług i które determinują spełnienie warunku udziału. Pozostali członkowie Konsorcjum: Ayesa Polska Sp. z o.o. oraz EKOCENTRUM sp z o.o. realizują zadania zarządcze, organizacyjne, kontraktowe, środowiskowe i administracyjne oraz zapewniają część personelu wspierającego, co pozostaje zgodne z oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz nie wymaga posiadania doświadczenia referencyjnego określonego w warunku udziału.
- 4) Tym samym Konsorcjum polega na doświadczeniu Dohwa Engineering Co. Ltd. w sposób odpowiadający wprost konstrukcji art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ podmiot ten będzie wykonywał usługi, do realizacji których doświadczenie to jest wymagane. Okoliczność, że zamówienie ma charakter kompleksowej usługi Inżyniera Kontraktu realizowanej przez Konsorcjum jako całość, nie wyłącza dopuszczalnego na gruncie art. 117 ust. 3 Pzp podziału wewnętrznego, w którym tylko część usług – wymagająca określonego doświadczenia – jest powierzona temu członkowi Konsorcjum, który doświadczenie to wykazał, przy jednoczesnym udziale pozostałych członków w pozostałym zakresie świadczenia.

W konsekwencji należy potwierdzić, że: (i) doświadczenie wykazane w wykazie usług przez Dohwa Engineering Co. Ltd. dotyczy zakresu usług odpowiadającego kluczowym obowiązkom Inżyniera Kontraktu w niniejszym zamówieniu, (ii) zakres ten będzie wykonywany bezpośrednio przez Dohwa Engineering Co. Ltd. w ramach realizacji zamówienia przez Konsorcjum, oraz (iii) model współdziałania członków Konsorcjum pozostaje zgodny zarówno z oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp złożonym w ofercie, jak i z wymaganiami art. 117 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Wykonawca podtrzymuje, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, a sposób polegania na doświadczeniu partnera Konsorcjum Dohwa Engineering Co. Ltd. jest

prawidłowy i zgodny z ustawą Pzp.

Przystępujący Konsorcjum Ayesa oświadczył podczas rozprawy, że powyższe wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub (...)

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 117 ustawy Pzp:

ust. 1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

ust. 3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

ust. 4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

W ocenie Izby złożony przez Konsorcjum Ayesa wykaz usług w powiązaniu z oświadczeniem dotyczącym podziału zadań między członków konsorcjum nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Po pierwsze wskazania wymaga, że celem złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest weryfikacja, czy zamówienie będzie realizowane przez tego lub tych z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy posiadają wymagany potencjał (w tym przypadku doświadczenie).

Nie jest kwestią sporną, że wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem dysponuje Dohwa Engineering Co. Ltd. Ponadto, jak wskazał sam Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień, *cały zakres rzeczowo-finansowy polega na świadczeniu usług objętych doświadczeniem partnera Konsorcjum – Dohwa Engineering Co. LTD* i nie zostało wykazane, aby warunek udziału w postępowaniu odnosił się do zakresu węższego niż przedmiot zamówienia. Z oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika natomiast, że zakres zamówienia objęty warunkiem udziału w postępowaniu zrealizuje spółka Dohwa Engineering. Przeciwnie, Przystępujący oświadczył, że każdy członek konsorcjum będzie czynnie zaangażowany w kompleksowe wykonanie usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu. Jednocześnie Przystępując nie ujawnił konkretnych zadań przewidzianych do wykonania przez poszczególnych konsorcjantów, wskazując, że *szczegółowy podział obowiązków dotyczący zakresów realizacji Usługi zostanie określony w Umowie Techniczno-Finansowej* Oświadczenie to uprawnia do wniosku, że zakres zamówienia, dla którego wymagane jest opisane w warunku doświadczenie, wykona nie tylko ten z konsorcjantów, który to doświadczenie posiada, ale również konsorcjanci bez wymaganego doświadczenia. Powyższe jest sprzeczne z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, w świetle którego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na doświadczeniu tego z nich, który wykona usługi, dla realizacji których to doświadczenie jest wymagane.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Konsorcjum Ayesa nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu. Oceny tej nie zmieniają złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, które nie tyle eliminują wątpliwości wynikające z oświadczenia załączonego do oferty, ale są z tym oświadczeniem niespójne. Z wyjaśnień tych wynika, że tylko część zasadnicza usług wymaga doświadczenia i zostanie ona powierzona Dohwa Engineering, a pozostali członkowie Konsorcjum: Ayesa Polska Sp. z o.o. oraz EKOCENTRUM Sp. z o.o. realizują zadania zarządcze

organizacyjne, kontraktowe, środowiskowe i administracyjne oraz zapewniają część personelu wspierającego. Po pierwsze, z oświadczenia załączonego do oferty w żadnej mierze taki podział zadań nie wynika, po drugie, Przystępujący nie wykazał, jaki zakres przedmiotu zamówienia pozostaje poza zakresem warunku dotyczącego doświadczenia. Wyjaśnienia te, których istotą powinna być eliminacja wątpliwości, zawierają treść, która tych wątpliwości nie eliminuje, a która nie mieści się w granicach złożonego wcześniej oświadczenia.

Nie sposób podzielić stanowiska Przystępującego Konsorcjum Ayesa, który podniósł w piśmie procesowym, że zarzut jest bezzasadny już tylko z tej przyczyny, że Zamawiający nie skorzystał z możliwości określenia szczególnych wymagań dotyczących sposobu wykonywania zamówienia przez członków konsorcjum. Przystępujący zdaje się nie dostrzegać, że obowiązywanie zasady określonej w art. 117 ust. 3 ustawy Pzp nie jest uzależnione od decyzji Zamawiającego, a przepis ten znajduje zastosowanie właśnie w sytuacji, gdy w dokumentach zamówienia kwestia ta nie zostanie uregulowana w sposób szczególny, na podstawie art. 117 ust. 1 ustawy Pzp (nie zaś – jak wskazano w piśmie procesowym – art. 117 ust. 2). Izba nie podziela też stanowiska, jakoby z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp wynikało, że usługi, dla których wymagane jest doświadczenie mogły być wykonywane również przez członków konsorcjum nieposiadających doświadczenia, a ważne jest tylko, aby konsorcjant legitymujący się doświadczeniem nie pozostał bierny i również uczestniczył w ich wykonywaniu. Ww. przepis wyraźnie stanowi, że usługi musi wykonać wykonawca, który posiada wymagany potencjał, co oznacza wyłączenie wykonawców nieposiadających takiego potencjału. Odnosząc się natomiast do kwestii tego, czy cały przedmiot zamówienia musi wykonać członek konsorcjum wykazujący doświadczenie, stwierdzić należy, odpowiedź na to pytanie zależy od tego, czy warunek udziału w postępowaniu odnosi się do całego przedmiotu zamówienia, czy też wchodzi w jego skład takie zakresy, do których warunek się nie odnosi. W rozpoznawanej sprawie sam Zamawiający stwierdził, że zakres warunku i przedmiotu zamówienia są tożsame i nie zostało wykazane, aby warunek odnosił się tylko do określonego fragmentu przedmiotu zamówienia.

Do odmiennej interpretacji nie uprawnia argument dotyczący idei dopuszczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do udziału w rynku zamówień publicznych. Przyjęte w ustawie Pzp rozwiązania świadczą o tym, że decyzją ustawodawcy przyznano prymat ochronie zamawiających przed wykonywaniem zamówień publicznych przez wykonawców nieposiadających potencjału niezbędnego do ich prawidłowej realizacji.

Podsumowując, złożony przez Przystępującego wykaz usług oraz oświadczenie o podziale zadań między członków konsorcjum nie pozwalają stwierdzić, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Za przedwczesne należy jednak uznać sformułowane w odwołaniu żądanie odrzucenia oferty Przystępującego. Zauważyć należy, że Zamawiający zobowiązany jest poprzedzić ewentualne odrzucenie wezwaniem do złożenia dokumentów na potwierdzenie tego warunku, skierowanym na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, niewskazanie w odwołaniu na naruszenie ww. przepisu nie świadczy o niezasadności zarzutu, istotą tego zarzutu jest bowiem niewykazanie przez Przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu i tak rozumiany zarzut okazał się zasadny, nawet przy braku wskazania wyczerpującej kwalifikacji prawnej, obejmującej również art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Żądanie odrzucenia oferty jest natomiast na obecnym etapie postępowania zbyt daleko idące, zatem Izba – nie będąc związana zakresem żądań – nakazała wezwanie Przystępującego do złożenia dokumentów na podstawie ww. przepisu.

Dodatkowo, trudno zgodzić się z Zamawiającym, który próbując wykazać niezasadność zarzutu wskazywał, że Odwołujący w ogóle nie określił, którego warunku udziału w postępowaniu nie spełnia lub nie wykazało spełnienia Konsorcjum Ayesa. Lektura odwołania nie pozostawia żadnych wątpliwości, do którego warunku udziału w postępowaniu odnosi się przedmiotowy zarzut, czego nie zmienia brak przywołania w odwołaniu konkretnej jednostki redakcyjnej SWZ.

Zarzuty dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W odniesieniu do dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego Konsorcjum Ayesa stan faktyczny został przedstawiony w części uzasadnienia dotyczącej sprawy o sygn. akt KIO 930/26.

W zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej przez Przystępującego ILF Izba ustaliła, że wykonawca ten zastrzegł fragmenty części opisowej wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz wybrane załączniki do tych wyjaśnień (tabela – Kalkulacja ceny ofertowej, lista oprogramowania i licencji). W uzasadnieniu tego Przystępujący ILF, obok teoretycznych rozważań na temat tajemnicy przedsiębiorstwa oraz cytatów z orzecznictwa, wskazał:

1. Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa posiadają techniczny, technologiczny i organizacyjny charakter lub posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą.

(...) Podstawowym przedmiotem działalności ILF jest świadczenie usług z kategorii usług intelektualnych, tym samym, wiedza, umiejętności, doświadczenie osób pracujących i współpracujących z Wykonawcą mają bezsporną wartość gospodarczą dla Wykonawcy i stanowią podstawę jego codziennego funkcjonowania. Wiedza, sposób dokonania wyceny, przyjęte założenia i planowany sposób realizacji inwestycji, w tym przyjęte rozwiązania techniczne, indywidualność zamierzeń w dużej mierze różnicują przedsiębiorstwa działające na danym rynku i decydują o jakości i świadczonych usług.

Niniejsze wyjaśnienia ceny ofertowej oraz załączniki do nich stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ informacje tam zawarte mają właśnie charakter techniczny i organizacyjny dla Wykonawcy, a także posiadają wartość gospodarczą. W odniesieniu do zastrzeżonych wyjaśnień Wykonawca wskazuje, że obejmują one różnorodne informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa ILF.

a) W zakresie informacji dotyczących ustalenia wartości wynagrodzenia Wykonawcy, przedstawione informacje obejmują stawki wynagrodzenia oraz przewidywany system pracy personelu ILF, sposób agregowania kosztów, co ma kluczowe znaczenie dla gospodarczych interesów Wykonawcy (posiadają wartość gospodarczą). Zasady kalkulacji, które zastosował w niniejszej sprawie Wykonawca, są bowiem w znacznej mierze wspólne dla wszystkich kalkulacji opracowywanych przez Wykonawcę, stanowiąc wynik jego doświadczeń związanych z funkcjonowaniem na rynku i realizacją usług/prac odpowiadających przedmiotowi zamówienia, w konsekwencji decydują one o jego przewadze konkurencyjnej na rynku. Informacje te mają więc dla Wykonawcy charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie dla konstruowania ofert również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których składa ofertę. Należy jednocześnie podkreślić, że z uwagi na specyfikę usług świadczonych przez ILF, ujęte w kalkulacjach pozycje o takim samym lub zbliżonym zakresie/co do tych samych specjalistów, będą ujmowane również w ramach kolejnych podobnych kontraktów. Wykonawca mógłby więc ceny jednostkowe/stawki wynagrodzeń zastosowane w niniejszej sprawie, wprost zastosować w kolejnych postępowaniach, czego nie będzie mógł uczynić, w sytuacji, gdy ceny te zostaną ujawnione konkurencji. W takiej sytuacji, na potrzeby kolejnych postępowań, będzie zmuszony na nowo wyceniać określone zakresy prac/stawki wynagrodzeń poszczególnych specjalistów, poszukując dalszych oszczędności, odmiennie grupując koszty, ustalając inne poziomy zysku, wyceny ryzyk kontraktowych, czy poziomy rezerw itd. Co przy tym istotne, przy ostrej rywalizacji rynkowej, Wykonawca nie ma w tym zakresie nieograniczonych możliwości. Konieczność każdorazowego ujawniania cen jednostkowych/wysokości wynagrodzeń personelu w tak wysoce specjalistycznym zamówieniu jak objęte przedmiotem niniejszego postępowania, prowadzić będzie do utraty przez niego możliwości efektywnego konkurowania w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, generując po jego stronie straty (utracone zyski z realizacji kolejnych, potencjalnych zamówień). Bez wątpienia, informacje, które pozwalają na ujawnienie zastosowanej przez Wykonawcę metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictw, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...). Wskazać także należy, że również informacje, które wskazują choćby pośrednio na warunki współpracy ILF z personelem, a więc zawierające zasady, na podstawie których ILF pozyskuje usługi, mogą stanowić i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. ILF dokłada starań mających na celu zachowanie wynagrodzeń personelu w poufności, prowadząc w szczególności w poufności negocjacje z pracownikami oraz podwykonawcami. ILF przechowuje umowy o pracę oraz umowy o współpracę w miejscach o ograniczonym dostępie oraz zobowiązuje pracowników i podwykonawców do zachowania w poufności wysokości wynagrodzenia.

Zastrzeżone informacje obrazują rozwiązania dotyczące kalkulacji ceny właściwe Wykonawcy, które to rozwiązania posiadają dla niego wartość handlową i gospodarczą. Nie ulega wątpliwości, że przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji potencjalna szkoda, jaką Wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (...). Pozyskanie przez konkurentów wiedzy o stosowanych przez Wykonawcę zasadach kalkulacji ceny, wycen poszczególnych elementów wysoce specjalistycznego przedmiotu zamówienia, może doprowadzić do powstania po stronie Wykonawcy szkody związanej z utratą możliwości efektywnego konkurowania o zamówienia na rynku właściwym dla tego typu specjalistycznych usług. W związku powyższym, uznać należy, iż ujawnienie tych informacji osobom trzecim, szczególnie konkurującym z Wykonawcą – może spowodować osłabienie możliwości konkurowania na rynku, a tym samym stać się przyczyną poniesienia przez Wykonawcę szkody w znacznej wysokości, w związku z czym Wykonawca zastrzegł te informacje, będące tajemnicą przedsiębiorstwa, wyłącznie dla wiedzy Zamawiającego.

b) W zakresie informacji dotyczących sposobu wykonania zamówienia, co ma wpływ na ustalenie wartości wynagrodzenia, Wykonawca wskazuje, że wyjaśnienia i kalkulacje zawierają informacje techniczne i technologiczne oraz organizacyjne, które są wynikiem wiedzy, wieloletnich indywidualnych doświadczeń oraz know-how specjalistów zaangażowanych w ich

przygotowanie zarówno stanowiących personel ILF, jak również podwykonawców współpracujących z Wykonawcą w ramach przygotowywania przedmiotowej oferty.

c) ILF ujawnia nie tylko szczegóły dotyczące budowania ceny oferty, ale także tak wrażliwe dane jak planowany zysk. (...) Jeżeli wyjaśnienia zawierają szczegółowe informacje dotyczące sposobu skalkulowania ceny, kosztów, jakie planuje ponieść wykonawca w związku z realizacją zamówienia, to mają one wartość gospodarczą, bowiem na ich podstawie konkurencja będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować, na ile przystępujący wycenił swoje usługi w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze. Nie może budzić wątpliwości, że wskutek ewentualnego ujawnienia zawartych w przedmiotowych wyjaśnieniach informacji, ILF zostanie narażone na poniesienie znacznej szkody także w kontekście uczestnictwa w innych postępowaniach, gdzie wobec upowszechniania tak wrażliwych informacji, pozycja ILF może zostać osłabiona.

d) Do niniejszego pisma zostały dołączone załączniki potwierdzające stanowisko Wykonawcy. Załączniki te to dokumenty wewnętrzne Wykonawcy – wyciąg z Regulaminu Pracy oraz wyciąg z obowiązującej w ILF Polska procedury wewnętrznej – Obsługa informatyczna stanowiska komputerowego, jak również wzór oświadczenia pracowników Wykonawcy o zachowaniu poufności. Wykonawca wskazuje, że do dokumentów tych stosuje się wszystkie oświadczenia zawarte w niniejszym piśmie. Dokumenty te nie są powszechnie dostępne, Wykonawca dokłada staranności, aby pozostały one poufne, stanowią autorskie wytwory Wykonawcy będące wynikiem jego wiedzy i doświadczenia. Posiadają one określoną wartość gospodarczą. Stanowią więc tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

II. Informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

(...) Żadna z zastrzeżonych informacji nie została w żadnej 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 nieznanne ogółowi, a w szczególności osobom, które ze względu na swój zawód byłyby zainteresowane ich posiadaniem. (...)

Przygotowując ofertę oraz niniejsze wyjaśnienia, Wykonawca przestrzegał zasad poufności, ograniczając do minimum grono osób, które opracowywały ofertę. To wąskie grono osób to w przeważającej części pracownicy Wykonawcy zatrudnieni na podstawie umów o pracę oraz współpracownicy. W treści umów o pracę i umów o współpracę wprowadzono obowiązek zachowania poufności. Osoby te posiadają szczególne uprawnienia w zakresie dostępu do istotnych dla Wykonawcy informacji. Klauzulą poufności obwarowano w rozmowach również informacje dotyczące nazwisk specjalistów współpracujących na stałe z Wykonawcą oraz pozyskanych dla realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Gwarancja zachowania poufności była i jest częstokroć dodatkowym argumentem i atutem na etapie podejmowania i kontynuowania współpracy na podstawie umów cywilno-prawnych z poszczególnymi specjalistami.

Wobec ww. informacji Wykonawca podjął działania niezbędne celem zachowania ich poufności, a tym samym nie mogą one dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń. Podjęte zostały działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy, m. in. dane te nie są zamieszczane w udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny Wykonawcy, w którym dane te są przetrzymywane, został zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem.

Należy również pamiętać, że nawet przyjmując, że nie wszystkie elementy zastrzeżone przez Wykonawcę mogą mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ich nieujawniania do wiadomości publicznej, należy wskazać, że zgodnie z wyrokiem SN z dnia 28 lutego 2007 r. sygn. V CSK 444/06, fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia (rozwiązań technicznych) są jawne, czy też powszechnie znane, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności. Dopiero efekt finalny stanowiący wypadkową informacji może podlegać ocenie w zakresie posiadania przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa.

III. Podjęte w stosunku do informacji niezbędne działania w celu utrzymania ich w poufności.

(...) Podejmując działania zmierzające do zachowania poufności przedmiotowych informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca zastosował m. in. wskazane poniżej środki techniczne, organizacyjne oraz rozwiązania systemowe:

a. Wszystkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przekazywane są Zamawiającemu z dopiskiem „Tajemnica przedsiębiorstwa”;

b. Informacje organizacyjne, techniczne i technologiczne posiadające wartość gospodarczą są zastrzegane przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa i w związku z tym nie podlegają ujawnieniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca składa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bądź oferty;

c. ILF działa w oparciu o procedury zintegrowanego systemu zarządzania i obiegu dokumentów, dzięki któremu pracownicy uzyskują dostęp wyłącznie do tych informacji, które są im niezbędne do wykonywania obowiązków pracowniczych. Stosowane są także technologie zapewniające bezpieczeństwo informatyczne i monitorowanie systemów IT przedsiębiorstwa;

Dowody:

1) Załącznik nr 1 - Wyciąg z dokumentu wewnętrznego ILF – Obsługa informatyczna stanowiska komputerowego

2) Załącznik nr 2 - Wyciąg z Regulaminu Pracy

d. Praca zespołów projektowych i zespołu przetargowego organizowana jest w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji o nowych projektach;

e. Do umów o pracę wprowadzone zostały specjalne klauzule o poufności, zawierane są oddzielne umowy o poufności;

Dowód: Załącznik nr 3 - Zobowiązanie do zachowania w tajemnicy danych osobowych i do ochrony tajemnic handlowych i tajemnicy przedsiębiorstwa – podpisywane przez pracowników

f. Na terenie ILF funkcjonują systemy ochrony mienia, w tym dozoru fizycznego pomieszczeń, kontroli dostępu do pomieszczeń (systemu elektronicznych przepustek), monitoringu terenu przedsiębiorstwa;

g. Ograniczono dostęp do dokumentów/informacji zarówno w formie papierowej, poprzez ograniczeniem dostępu do wniosków/ofert wyłącznie osobom zajmującym się przygotowaniem danego wniosku/oferty;

h. Wprowadzone i egzekwowane są procedury zachowania poufności informacji przez pracowników ILF;

Wymienione powyżej środki zostały również podjęte w stosunku do dokumentów i informacji, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dodatkowo informujemy, iż Wykonawcy nie są znane inne działania umożliwiające dostęp do danych zawartych w ww dokumentach niż poprzez zapoznanie się z treścią niniejszych wyjaśnień. (...)

Izba zważyła, co następuje:

W odniesieniu do zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, podniesionych w sprawie o sygn. akt KIO 931/26 w pełni aktualne pozostają przedstawione w odniesieniu do sprawy KIO 930/26ważenia Izby natury ogólnej, dotyczące zasad oceny skuteczności zastrzeżenia, cech tajemnicy przedsiębiorstwa oraz ciężaru ich wykazania.

W pełni aktualna pozostaje również ocena zastrzeżenia dokonanej przez Konsorcjum Ayesa. Ponieważ zarzuty Odwołującego Konsorcjum Energopomiar dotyczą tych samych dokumentów, co zarzuty Odwołującego ILF, ocena Izby w tym zakresie wyrażona we wcześniejszej części uzasadnienia odnosi się również do sprawy KIO 931/26, a jej powtarzanie w tym miejscu jest niecelowe.

Odnosząc się natomiast do tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej przez Przystępującego ILF, na wstępie wskazać należy, że chociaż Przystępujący ILF (w przeciwieństwie do Konsorcjum Ayesa) nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych wyjaśnień, a jedynie poszczególne ich fragmenty, to okoliczność ta nie świadczy jeszcze o zasadności dokonanej oceny. Również przy takim zakresie zastrzeżenia konieczne było wykazanie istnienia przesłanek utrzymania ich poufności, czemu Przystępujący ILF zdaniem Izby nie sprostał.

Po pierwsze stwierdzić należy, że znaczna część uzasadnienia zastrzeżenia, to przytoczenie przepisów prawa, liczne cytaty z orzecznictwa oraz teoretyczne wywody dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto uzasadnienie zawiera ogólnikowe dywagacje o rodzaju zastrzeganych informacji i gołosłowne deklaracje o ich wartości gospodarczej, z wielokrotnie powtarzanymi, mającymi jednak bardzo ogólny charakter, argumentami, z których dość obszernymi opisami nie są powiązane żadne konkrety. Uzasadnienie to w odniesieniu do wartości gospodarczej jest na tyle nieskonkretyzowane, że mogłoby być w podobnym kształcie przedstawione w wielu innych postępowaniach, nawet na inny przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do twierdzeń o wartości danych kalkulacyjnych, będących wynikiem doświadczeń wykonawcy, odzwierciedlających jego know-how i świadczących o jego przewadze rynkowej, wskazać należy, że zakres złożonych wyjaśnień jest typowy dla wielu postępowań, w tym z zakresu nadzoru nad robotami, a jednocześnie są to wyjaśnienia dostosowane stricte do prowadzonego postępowania, nie zaś ujawnienie generalnej polityki rynkowej wykonawcy. Istotą wyjaśnień jest przedstawienie sposobu kalkulacji ceny, nie sposób natomiast stwierdzić, że informacje o strukturze

kosztów i polityce cenowej mogą w opartym na zasadzie jawności postępowaniu o udzielenie zamówienia ze swej istoty pozostawać niejawne. Należy mieć na uwadze, że kalkulacja ceny dostosowania jest do konkretnych uwarunkowań i sprecyzowanych wymagań dotyczących przedmiotowego zamówienia.

Nietrafna jest też argumentacja o utracie możliwości zastosowania cen jednostkowych czy stawek wynagrodzeń w przyszłych postępowaniach, trudno bowiem zakładać, aby toczyły się one w identycznych uwarunkowaniach gospodarczych i obejmowały identyczny zakres, a różnice między obecnym i przyszłymi postępowaniami na inny, nawet zbliżony przedmiot zamówienia, będą wiązać się z koniecznością zindywidualizowanej kalkulacji. Z tych samych powodów trudno uznać za wykazaną wartość gospodarczą informacji o zakładanym zysku.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Przystępujący ILF nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji (zarzut nie obejmował pozostałych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), co jest okolicznością powodującą po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia pełnej treści wyjaśnień Przystępującego, a zaniechanie takiego ujawnienia stanowi naruszenie 18 ustawy Pzp, w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Wobec uwzględnienia zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum Ayesa oraz wykonawcy ILF, które to zarzuty miały charakter ewentualny.

O kosztach postępowania w sprawie KIO 931/26 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1, stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....