

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Daniel Konicz

Członkowie: Ernest Klauziński

Marek Koleśnikow

Protokolant:

Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez

Odwołującego - wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu
prowadzonym przez Zamawiającego - Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w
Gdańsku, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego - wykonawców wspólnie
ubiegających się o udzielenie zamówienia - NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI sp. z o.o. z
siedzibą w Sopocie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu związanego z nieprawidłową oceną zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonego przez Przystępującego wykazu robót wraz z referencjami i zaniechaniem udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu, wobec jego uwzględnienia przez Zamawiającego, przy braku sprzeciwu Przystępującego,
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu związanego z nieprawidłową oceną zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonego przez Przystępującego wykazu osób i zaniechaniem udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu i nakazuje Zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie wyboru oferty Przystępującego;
 - 2.2. uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie osób złożonym przez Przystępującego;
 - 2.3. ponowne badanie i ocenę ofert;
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości

23.600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 637/18

Uzasadnienie

Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Wykonanie robót budowlanych dla Projektu: Rozbudowa i modernizacja sieci drogowej i kolejowej w Porcie Zewnętrznym w Gdańsku”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 grudnia 2017 r. pod nr 2017/S 234-486892.

21 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w Postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - NDI S.A., NDI sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum N”).

3 kwietnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy Budimex S.A. (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wybór oferty najkorzystniejszej;
2. zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wykazu wykonanych robót wraz z wymaganymi dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (referencjami) oraz wykazu osób złożonych przez Konsorcjum N, względnie zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum N,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 ze zm.), zwanej dalej „Znk”, i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu treści wykazu wykonanych robót wraz z wymaganymi dowodami (referencjami) oraz wykazu osób złożonych na potrzeby weryfikacji spełniania przez Konsorcjum N warunków udziału w Postępowaniu i błędne przyjęcie, że treść tych dokumentów stanowi w całości tajemnicę przedsiębiorstwa, czego wykonawca nie wykazał; w tej sprawie mamy do czynienia z automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności

faktycznych i stanu prawnego odmową ujawnienia informacji, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy Pzp środków ochrony prawnej;

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum N w sytuacji, gdy złożenie przez wykonawcę oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem złożenie przez Konsorcjum N oferty z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w tak dużym zakresie i bez uzasadnienia faktycznego i prawnego miało służyć wyłącznie utrudnieniu innym wykonawcom skorzystania ze środków ochrony prawnej, a więc było nakierowane na naruszenie konkurencji w Postępowaniu;

3. art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach udostępnienie Odwołującemu treści wykazu wykonanych robót wraz z wymaganymi dowodami (referencjami) oraz wykazu osób, a nadto, ewentualnie, odrzucenie oferty Konsorcjum N i wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert ma swoje uzasadnienie w tym, że - w razie uwzględnienia odwołania w zakresie tylko zarzutu pierwszego - nakazanie przez Izbę wyłącznie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum N nie zaspokoi w pełni interesu Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że zarzuca Zamawiającemu dokonanie w toku badania ofert niewłaściwej oceny skuteczności poczynionego przez Konsorcjum N zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i tak określone uchybienie może zostać skorygowane tylko przez powtórzenie czynności badania ofert i w ramach tej czynności - odtajnienie dokumentów Konsorcjum N. Nie chodzi bowiem tylko o fizyczne przekazanie Odwołującemu określonego dokumentu, ale o wadliwość procesu, który doprowadził do ustalenia tzw. rankingu ofert.

Nadto, czynności Zamawiającego, by mogły być przedmiotem zaskarżenia ze strony wykonawcy muszą mieć miejsce w toku badania i oceny ofert, przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Jeśli czynności dokonywane są poza tą procedurą, zwłaszcza po ostatecznym wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawca traci możliwość złożenia od nich odwołania do Izby. Jeżeli więc interes Odwołującego ma zostać zaspokojony niniejszym odwołaniem, to koniecznym pozostaje - w razie uwzględnienia odwołania w zakresie jedynie pierwszego zarzutu - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. list rankingowej wykonawców, za ofertą Konsorcjum N. W przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum N, to oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a Odwołujący mógłby wykonać zamówienie, czerpiąc z tego korzyści. Odwołujący złożył bowiem ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) i stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” w znaczeniu określonym przez Pzp oraz Zamawiającego.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje więc uszczerbku. W konsekwencji, zaskarżone czynności Zamawiającego powodują możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty wynagrodzenia za wykonanie umowy (założonego zysku).

Na wypadek przyjęcia przez Izbę, że dalej idący zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nie potwierdził się, Odwołujący wskazuje, że posiada interes w postawieniu wyłącznie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, a w ślad za tym uwzględnienie tylko tego zarzutu, będzie miało wpływ na wynik postępowania.

Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości zweryfikowania, czy oferta Wykonawcy NDI jest zgodna z wymogami SIWZ, a co za tym idzie - w przypadku potwierdzenia się wątpliwości Odwołującego co do treści oferty NDI - złożenia do Izby odwołania wobec niezgodnego z przepisami prawa zaniechania wykluczenia tego Konsorcjum N z Postępowania.

Naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności postępowania może więc

doprowadzić do takiej sytuacji, że Odwołujący nie uzyska zamówienia i utraci założone zyski. Warto przy tym dodać, że przepis art. 179 ust. 1 Pzp dla przyjęcia, że po stronie Odwołującego istnieje interes we wniesieniu odwołania nie wymaga wykazania, że czynności lub zaniechania Zamawiającego spowodują szkodę po stronie Odwołującego. Wystarczy możliwość wystąpienia takiej szkody („może ponieść szkodę”), a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że w rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający określił: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące (...) zdolności technicznej.

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej dwie roboty budowlane spełniające następujące wymagania:

1.2.3.1. Co najmniej jedna robota budowlana obejmująca swoim zakresem budowę lub przebudowę układu kolejowego lub drogowego z obiektami inżynierskimi i infrastrukturą towarzyszącą.

1.2.3.2. Co najmniej jedna robota budowlana obejmująca swoim zakresem budowę lub przebudowę układu drogowo - kolejowego z obiektami inżynierskimi i infrastrukturą towarzyszącą.

1.2.3.3. W każdej z robót budowlanych zakres spełniający ww. wymagania musi mieć wartość nie mniejszą niż 50 000 000 PLN (brutto-z VAT).

1.2.3.4. Roboty uwzględnione w wykazie muszą być wykonane w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - z podaniem rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane. Za datę wykonania uważana będzie data odbioru robót. Wykaz należy złożyć zgodnie z wzorem zamieszczonym w Załączniku nr 3A do SIWZ.

1.2.3.5. Do wykazu Wykonawca załączy dowody określające czy zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty, wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty

W pkt 1.2.4. SIWZ Zamawiający postawił z kolei warunki odnoszące się do personelu.

Konsorcjum N wraz z pismem z 2 marca 2018 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 23 lutego 2018 r., złożyło m.in. wykaz robót wraz z referencjami (pkt 4 i 5 na liście załączników) oraz wykaz osób (pkt 6).

Zamawiający, pismem z 21 marca 2018 r., poinformował Odwołującego o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum N.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu oferty i dokumentów złożonych przez Konsorcjum N, ale ww. dokumenty nie zostały udostępnione

Odwołującemu, ponieważ Zamawiający uznał za prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w tym piśmie. Gołosłowna, lakoniczna (2,5 strony) i niepoparta żadnymi dowodami argumentacja Odwołującego nie pozwala jednak na uznanie, że przedmiotowe informacje spełniają warunki określone w art. 11 ust. 4 Znk.

Z takim rozstrzygnięciem postępowania nie sposób się więc zgodzić.

Konsorcjum N zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz robót budowlanych oraz wykaz osób, a także wszystkie dowody (referencje) poświadczające wykonanie robót wskazanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu i oświadczyło, że dokumenty te nie mogą być udostępniane innym podmiotom. Następnie Konsorcjum N przywołało podstawy prawne umożliwiające zastrzeżenie niektórych informacji jako „tajemnicy przedsiębiorstwa” wraz z orzecznictwem i doktryną. Pismo zawiera krótkie

oświadczenie, że wszystkie informacje przedstawione w dokumentach Konsorcjum N objętych zastrzeżeniem mają „wymierną wartość gospodarczą”, nie przedstawiono jednak żadnych dowodów na prawidłowość tego stanowiska, ani nawet nie uprawdopodobniono, że tak w istocie może być. Nie wykazano więc, ani charakteru, ani rozmiaru rzekomej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Konsorcjum N podniosło, że ujawnienie informacji doprowadzi do utraty przewagi konkurencyjnej i zagraża jego pozycji rynkowej, nie wskazuje jednak, w jaki sposób ta utrata pozycji konkurencyjnej w razie ujawnienia informacji miałaby nastąpić - jaki jest związek między zastrzeganiem informacji a sytuacją rynkową wykonawcy.

Zastrzeżenie tajemnicy w odniesieniu do treści „Wykazu wykonanych robót” (Załącznik nr 3A do SIWZ) wraz z wymaganymi dowodami (referencjami) w żaden sposób nie spełnia wymogów, jakie ustawodawca stawia w celu wyjątkowego wyłączenia czy ograniczenia zasady jawności postępowania. Krótki opis instytucji prawnej i lakoniczne oświadczenie o spełnianiu przesłanek w żaden sposób nie potwierdzają, że Konsorcjum N dokonało starań, aby zachować te informacje w poufności. Zastrzeżenie jest tak ogólne i niekonkretne, że należy domyślać się, że jest ono automatycznie stosowane przez Konsorcjum N w każdym postępowaniu, a wykonawca ten liczy na korzyść w postaci uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji spełnienia przez Konsorcjum N warunków udziału w Postępowaniu.

Również w odniesieniu do Wykazu osób, Konsorcjum N nie podało żadnych szczegółowych danych, które mogłyby być uznane za „wykazanie” przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk. Konsorcjum N wyszło z założenia, że informacje te mają wartość gospodarczą, ponieważ w innej sprawie Sąd Najwyższy orzekł, że tego typu informacje „mogą” stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Kolejno wykonawca wskazał, że ujawnienie tych informacji stanowi zagrożenie wykorzystania tych informacji do działań sprzecznych z uczciwą praktyką handlową i przejęcia wykwalifikowanego personelu przez konkurencyjnych wykonawców. Konsorcjum N nie wskazało jednak, by podjęło jakiegokolwiek inne działania, poza zastrzeżeniem Wykazu osób, by uniemożliwić konkurencji „przejęcie” swojego personelu, np. czy stosuje względem swojego personelu klauzule o zakazie konkurencji. Konsorcjum N nie wykazało także, by zastrzegane informacje, np. o osobie kierownika budowy, czy kierownikach robót, mogły zachować walor tajemnicy przedsiębiorstwa po złożeniu ofert i uzyskaniu zamówienia, w sytuacji, gdy informacje te będą musiały być ujawnione, np. na tablicy informacyjnej budowy, w dzienniku budowy. Także w tym przypadku całe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadza się do kilku ogólnych stwierdzeń, które nijak nie odnoszą się do realiów Postępowania.

Następnie Odwołujący przytoczył przesłanki z art. 11 ust. 4 Znk i stwierdził, że nie ulega wątpliwości, że Konsorcjum N nie wykazało, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny przedsiębiorstwa i jednocześnie posiadają wartość gospodarczą.

W wykazach robót i wykazach osób podawane są informacje kluczowe z punktu widzenia tego jednego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym w większości przypadków są to informacje powszechnie dostępne lub takie, do których wykonawcy konkurencyjni mogą z łatwością uzyskać dostęp (np. zwracając się do zamawiającego z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej, zapoznając się z dokumentacją wytworzoną na potrzeby realizacji zamówień publicznych, np. z protokołami odbioru robót, projektami budowlanymi itd.). Wreszcie, tak, jak w niniejszej sprawie, same podmioty zainteresowane, np. w materiałach marketingowych, wprost wskazują, jakim doświadczeniem dysponują, by móc nawiązać kontakt z potencjalnym inwestorem.

Co szczególnie istotne, odnośnie informacji, które rzekomo mają wartość gospodarczą, wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić. Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - przez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna).

Wobec powyższych wniosków, z całą pewnością niezgodne z prawem było nieujawnienie przez Zamawiającego wykazu robót wraz z referencjami i wykazu osób, jest bowiem oczywiste, że te informacje tyczą się wyłącznie Postępowania i nie mają waloru

technicznego, technologicznego czy organizacyjnego. Informacje zawarte w ofercie wykonawcy nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 Znk, a zatem nie mogły stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 Pzp.

Odwolujący podkreślił również, że Konsorcjum N wyłącznie zadeklarowało podjęcie odpowiednich kroków ku temu, by zachować zastrzegane informacje w poufności, niemniej poza ich krótkim, hasłowym opisem, w uzasadnieniu brak szczegółowych informacji na ten temat i odpowiednich dowodów. W jego ocenie samo zastrzeżenie udostępnienia informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić - i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z uwagi na obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadę jawności, możliwość zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy traktować jako wyjątek, a w ślad za tym konieczne jest bardzo rygorystyczne podejście do wymogu wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje mogą być - właśnie na zasadzie wyjątku - wyłączone z udostępnienia pozostałym wykonawcom. Z powyższych względów Zamawiający powinien był odtajnić informacje zastrzeżone przez Konsorcjum N jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ślad za tym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien również przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w tak dużym zakresie, w zasadzie wyłącznie w celu ograniczenia konkurencji w postępowaniu, stanowi ze strony Konsorcjum N czyn nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 3 ust. 1 Znk zawiera szeroką definicję czynu nieuczciwej konkurencji stanowiąc, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W niniejszej sprawie, nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 8 ust. 3 Pzp jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagraża interesom innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu, uniemożliwiając im weryfikację oferty Konsorcjum N i iluzorycznym czyniąc ich prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej. W tej sytuacji, oferta Konsorcjum N winna podlegać odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut zaniechania udostępnienia Odwołującemu złożonego przez Konsorcjum N wykazu robót, w pozostałym zakresie wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający podkreślił, że decyzja Konsorcjum N dotycząca objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób mających pełnić określone przez Zamawiającego funkcje w trakcie realizacji zamówionych robót budowlanych wchodzących w zakres zamówienia została podjęta i zrealizowana w sposób zgodny z treścią przepisu art. 8 ust. 3 Pzp. Wynikający z tego przepisu wymóg wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa został spełniony w pełnym zakresie ukształtowanym treścią właściwych przepisów oraz orzecznictwem Izby. Konsorcjum N wykazało, że informacja o wykazie osób uznana przez niego za tajemnicę przedsiębiorstwa spełnia wszystkie trzy przesłanki uznania jej za tajemnicę w przedsiębiorstwa zgodnie z zawartym w art. 8 ust. 3 Pzp odesłaniem do przepisów Znk. Z uwagi na profil prowadzonej działalności gospodarczej, informacja o osobach wyznaczonych do realizacji udzielonego przez Zamawiającego zamówienia publicznego spełnia przesłanki z art. 11 ust. 4 Znk.

Zamawiający podkreślił, że w związku z przyjętym zakresem robót budowlanych obejmujących przebudowę na strategicznym obszarze Portu Gdańskiego dróg oraz torów kolejowych stanowiących bardzo ważną i rozbudowaną sieć infrastruktury drogowo-kolejowej, służącej sprawnemu przemieszczaniu olbrzymich ilości ładunków portowych wewnątrz Portu Gdańskiego, zmuszony był nałożyć na wykonawców obowiązek dysponowania wysoko wykwalifikowaną kadrą inżynierską. Zgromadzenie i utrzymanie zespołu fachowców posiadających specjalistyczną wiedzę dotyczącą różnych branż w budownictwie nie jest zadaniem łatwym dla przedsiębiorstwa budowlanego. Posiadanie takiego zespołu wysoko wykwalifikowanych inżynierów budownictwa stanowi warunek sine qua non ubiegania się wykonawcy o uzyskanie zamówienia publicznego na roboty budowlane cechujące się dużym stopniem skomplikowania zarówno w zakresie technicznym, jak i organizacyjnym. Brak własnej kadry zmusza przedsiębiorcę do pozyskiwania od innych podmiotów niezbędnej kadry kierowniczej, co może powodować istotne zmniejszenie możliwości do uzyskania zysku z uwagi na stawiane potencjalnym wykonawcom warunki udostępnienia poszukiwanej wysoko wykwalifikowanej kadry inżynierskiej. Nie można zatem mówić o subiektywnej ocenie znaczenia jakie dla przedsiębiorstwa budowlanego zainteresowanego realizacją dużych inwestycji budowlanych ma dysponowanie wykwalifikowaną i doświadczoną inżynierów budownictwa z różnych branż i specjalności. Dlatego też Zamawiający dokonując sprawdzenia zasadności objęcia

wykazu osób wyznaczonych do pełnienia kierowniczych funkcji na terenie budowy tajemnicą przedsiębiorstwa uznał, że zachowanie tego rodzaju tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma jednostkowego charakteru, ani też nie jest nazbyt wygórowane w stosunku do faktycznych potrzeb wykonawcy. Zgodnie bowiem z wyjaśnieniami Konsorcjum N dysponowanie przez nie kadrą wysoko kwalifikowanych pracowników posiadających wieloletnie doświadczenie zdobyte w trakcie realizowanych przez tego wykonawcę robót budowlanych stanowi wymierną wartość gospodarczą, która z racji istniejącej na rynku usług budowlanych konkurencji mogłaby ulec zmniejszeniu lub nawet utracie w drodze różnego rodzaju przejęć przez innych przedsiębiorców.

Zamawiający wyjaśnił, że prawo wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do ochrony ważnych dla niego informacji, jeśli znajduje ono swoje merytoryczne uzasadnienie w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powinno być uwzględnione. Taka intencja musiała stanowić dla ustawodawcy uzasadnienie do sformułowania w art. 8 ust. 3 Pzp normy pozwalającej wykonawcom na ochronę ważnych dla nich informacji pozwalających na skuteczne prowadzenie działalności gospodarczej. Jeśli tylko decyzja wykonawcy o skorzystaniu z instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy określonych szczególnych aktywów o charakterze gospodarczym połączona jest ze stosowaniem określonych procedur służących zachowaniu ich w poufności to kwestionowanie takich działań musi okazać się bezowocne, jako pozbawione podstaw prawnych. Zatem sformułowany w odwołaniu zarzut wykorzystania tajemnicy przedsiębiorstwa w celu ograniczenia konkurencji jest zarzutem gołosłownym, jeśli chodzi o wykaz osób wymaganych przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego wybrany wykonawca w sposób jednoznaczny i przekonujący wykazał, iż zostały podjęte działania mające chronić informacje o szczególnej grupie pracowników gwarantujących efektywną realizację działalności gospodarczej.

Zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp jest zarzutem nieadekwatnym do stopnia niedopełnienia przez Konsorcjum N obowiązku wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obiektywna analiza złożonej przez nie oferty pozwala stwierdzić, że spełniło wszystkie stawiane mu wymagania, a zaoferowana cena okazała się najkorzystniejsza. Zatem zakres informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, czy też sprawa prawidłowego uzasadnienia skorzystania z możliwości wynikającej z art. 8 ust. 3 Pzp nie uzasadniają możliwości formułowania pod adresem Zamawiającego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum N. Niespełnienie wymagań dotyczących uzasadnienia objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, które mogą być naprawione przez upublicznienie takich informacji, nie stanowi bowiem wystarczającej podstawy do formułowania zarzutu niezastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp cechuje się znacznym stopniem ogólności i nie jest poparty wskazaniem okoliczności faktycznych, które taki zarzut mogłyby potwierdzić. Można mówić o celowości stawiania takiego zarzutu tylko w sytuacji wykazania Zamawiającemu, że jego określone działania lub zaniechania stoją w kolizji z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa regulującymi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tej sprawie Odwołujący, poza art. 8 ust. 3 Pzp, którego naruszenie Zamawiający pragnie usunąć odpowiedzią na odwołanie, nie wskazał innych przepisów, które zostały naruszone przez Zamawiającego wywołując skutek w postaci naruszenia zawartej w art. 7 ust. 1 Pzp normy ogólnej.

Zamawiający zaznaczył na zakończenie, że formując w odpowiedzi na odwołanie wniosek o jego oddalenie stoi na stanowisku, zgodnie z którym zagadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, choć niewątpliwie ważne dla prawidłowej oceny ofert, po prawidłowym skorygowaniu wcześniejszego stanowiska Zamawiającego nie powinno stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w pozostałym zakresie. W ocenie Zamawiającego sprzeciwia się temu treść art. 192 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Kwestia rozstrzygnięcia zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych przez wybranego wykonawcę informacji zakresu robót nawet w najbardziej niekorzystnym dla Zamawiającego wariantcie nie ma wpływu na wynik Postępowania, ponieważ nie doszło do istotnego naruszenia przepisów Pzp, które mogłoby spowodować dokonanie niezgodnego z prawem wyboru wykonawcy zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum N wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec stwierdzenia zaistnienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Konsorcjum N (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W piśmie procesowym z 17 kwietnia 2018 r. Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania, a nadto przedstawił następującą argumentację uzasadniającą oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Konsorcjum N stwierdziło, że zastrzeżony wykaz osób został złożony na potwierdzenie, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 1.2.4 rozdziału V SIWZ oraz że jest uprawnione do tego, aby chronić informacje wskazane w wykazie osób przed ujawnieniem ich innym podmiotom, w tym także (choć nie wyłącznie) pozostałym wykonawcom uczestniczącym w Postępowaniu.

Przystępujący przytoczył definicję tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 Znk i stwierdził, że skutecznie (zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp) zastrzegł informacje zawarte w wykazie osób. Podkreślił, że w treści zastrzeżenia wskazał, tu cytat: „informacje dotyczące kwalifikacji pracowników wykonujących zamówienie są informacjami o charakterze handlowym i organizacyjnym oraz mającą istotne znaczenie gospodarcze (wartość gospodarczą) dla Wykonawcy [...] W szczególności, gdy przetarg dotyczy branży, w której fachowa wiedza osób wykonujących zamówienie stanowi kluczową wartość gospodarczą, wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie lub uczestniczyć w realizacji zamówienia może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [...]”. I dalej: „wejście przez konkurencyjne podmioty w posiadanie informacji o dysponowaniu przez Wykonawcę przedstawionym zespołem lub nawet poszczególnymi osobami o wymaganych uprawnieniach i doświadczeniu zawodowym stanowi zagrożenie wykorzystania tych informacji do działań sprzecznych z praktyką handlową i do przejęcia wykwalifikowanego personelu Wykonawcy na jego szkodę jako czynu nieuczciwej konkurencji [...]”.

Tym samym Przystępujący wykazał, że informacje o osobach wskazanych w wykazie są informacjami organizacyjnymi przedsiębiorstwa, posiadającymi istotną wartość gospodarczą dla Przystępującego. Na rynku zamówień publicznych na roboty budowlane panuje tendencja, zgodnie z którą zamawiający stawiają coraz to wyższe wymagania dotyczące kadry, jaką muszą dysponować wykonawcy - nie tylko w zakresie uprawnień, ale przede wszystkim posiadanego specjalistycznego doświadczenia. Skoro zatem coraz trudniej jest wykonawcom dysponować wysoko wykwalifikowaną kadrą inżynierską, której kompetencje pozwalają na branie udziału w kolejnych przetargach, to należy uznać, że wykonawca który dysponuje takim personelem jest uprawniony do ochrony ww. informacji przed ujawnieniem ich podmiotom trzecim. Istotne znaczenie ma tutaj także ryzyko „podkupienia” pracowników przez konkurencyjnych wykonawców, co może doprowadzić do osłabienia rynkowej pozycji Przystępującego i utraty możliwości ubiegania się o zamówienia, w których należy legitymować się określoną kadrą. Przystępujący dał temu wyraz m.in. w zacytowanej wyżej treści pisma zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie znajduje przy tym na aprobatę argument Odwołującego, jakoby Przystępujący nie wykazał, aby informacje o kadrze wskazanej w wykazie osób mogły zachować walor tajemnicy przedsiębiorstwa po uzyskaniu zamówienia z uwagi na konieczność ich ujawnienia np. na tablicy informacyjnej budowy lub w dzienniku budowy. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie, fakt, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego zamówienie publiczne może stać się jawny nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia. Utrzymanie w tym zakresie poufności do czasu co najmniej zawarcia umowy, może mieć wymiar gospodarczy - możliwe jest zaproponowanie tego samego zestawu osobowego w innym podobnym postępowaniu w przypadku nie uzyskania zamówienia.

Przystępujący w treści zastrzeżenia wyraźnie oświadczył również, że informacje obejmujące imię i nazwisko, kwalifikacje, wykształcenie i doświadczenie osób wskazanych w wykazie nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie dowodu przeciwnego.

Wypełniając natomiast ostatnią przesłanką skutecznego zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący wskazał na niezbędne działania, jakie podjął w celu zachowania poufności ww. informacji, tj. (1) odebranie od każdego z pracowników pisemnego zobowiązania do zachowania w tajemnicy informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych, (2) ograniczenie dostępu do ww. informacji do zawężonego i ściśle określonego kręgu osób oraz (3) przechowywanie ww. informacji przez Wykonawcę w sposób uniemożliwiający dostęp do nich przez osoby nieuprawnione.

Reasumując, Konsorcjum N dokonało skutecznego prawnie zastrzeżenia wykazu

osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, spełniając wszelkie wymogi określone w art. 8 ust. 3 Pzp, w szczególności w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie należy w tym miejscu przywołać, że pojęcie wykazania nie jest równoznaczne z udowodnieniem, które wprost nie zostały w tym przepisie użyte, a uwzględniając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby w omawianym art. 8 ust. 3 Pzp chodziło o przedstawienie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby wyraźnie na wymóg udowodnienia.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Przystępujący zwrócił uwagę na moment zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. moment złożenia dokumentów na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, oraz na dokumenty, w stosunku do których zostało sformułowane zastrzeżenie - wykaz osób i wykaz robót wraz z referencjami. Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp znajduje natomiast zastosowanie wyłącznie do samej oferty i jej złożenia, a nie innych dokumentów składanych przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Konsorcjum N zwróciło również uwagę na ugruntowany w orzecznictwie SN i Izby pogląd, w myśl którego jedyną sankcją w przypadku nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest odtajnienie danego dokumentu, a nie odrzucenie oferty czy wykluczenie wykonawcy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp Przystępujący stwierdził, że Odwołujący nie wskazał jakie konkretne czynności Zamawiającego w zakresie przygotowania Postępowania i jakie konkretne czynności w zakresie prowadzenia Postępowania oraz w jaki sposób naruszają ww. przepis. Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie jak i doprecyzowanie treści zarzutów odwołania. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie Pzp, oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa.

Tym samym w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący nie sprostął wymogom wynikającym z art. 180 ust. 3 Pzp. Ponadto zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie także z tej przyczyny, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że w Postępowaniu doszło do naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści wyciągów z dokumentów z postępowania prowadzonego przez Miasto Katowice, na okoliczność uznania w postępowaniu prowadzonym przez ww. zamawiającego za bezzasadne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez m.in. NDI S.A., NDI sp. z o.o. (dowody O1).

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści oświadczeń osób ujętych w zastrzeżonym wykazie, na okoliczność otrzymywania przez nie propozycji pracy na rzecz podmiotów konkurencyjnych, mających potwierdzać praktykę przejmowania pracowników (dowody P1).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Postępowanie odwoławcze, w części obejmującej zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk i art. 7 ust. 1 Pzp przez nieprawidłową oceną zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonego przez Przystępującego wykazu robót wraz

z referencjami i zaniechanie udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu, podlegało umorzeniu. Zamawiający uwzględnił bowiem ów zarzut, natomiast Przystępujący nie wniósł sprzeciwu co do tej czynności. Z uzasadnienia uchwały SN z 17 lutego 2016 r., sygn. akt III CZP 111/15 wynika, że rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania winno znaleźć się w sentencji wyroku, nie zaś w jego uzasadnieniu, wobec czego Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji.

W pozostałym, spornym zakresie, Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, wykazu osób złożonych przez Konsorcjum N w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp wraz z uzasadnieniem objęcia informacji zawartych w wykazie tajemnicą przedsiębiorstwa i dowodów złożonych na rozprawie stwierdzając, że okoliczności stanu faktycznego nie budzą wątpliwości.

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie jest częściowo zasadne.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk i art. 7 ust. 1 Pzp przez nieprawidłową oceną zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonego przez Przystępującego wykazu osób i zaniechanie udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu.

W powyższym zakresie przypomnieć należy, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 Znk. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w opinii składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy,

który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy, to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia.

Poszukując znaczenia użytego w art. 8 ust. 3 Pzp pojęcia „wykazania” Izba za zasadne uznała odniesienie się do instytucji wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wynika bowiem, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który m.in. nie wyказаł (podkreślenie Izby) tej okoliczności. Na taki zabieg interpretacyjny pozwala § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U.2016.283 j.t.), zgodnie z którym do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami.

W kwestii „wykazania” zauważyć należy, że z przepisów dotyczących wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika, że następuje ono przez złożenie oświadczenia o ich spełnieniu, a nadto - jeżeli Zamawiający żąda dokumentów potwierdzających informacje zawarte w oświadczeniu (por. przepis art. 26 ust. 1 i 2 Pzp) - również w drodze złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126).

Zdaniem Izby z powyższej analizy wynika, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej

materiałną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.).

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający doszedł do przekonania, że Konsorcjum N nie wykazało (udowodniło), że podjęło niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Pomijając teoretyczne wywody zawarte na str. 3-5 pisma Przystępującego z 2 marca 2018 r. (uzasadnienie zastrzeżenia informacji ze złożonych wykazów, zawarte w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp), które nie stanowią, w ocenie Izby, wykazania zasadności zastrzeżenia, Konsorcjum N zdawkowo oświadczyło m.in., że „każdy z pracowników Wykonawcy zobowiązał się poprzez pisemne oświadczenie do zachowania w tajemnicy informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych [...]” (tamże, str. 5), nie przedstawiając Zamawiającemu, mimo istnienia takiej możliwości, dowodów na tą okoliczność. Ponadto Przystępujący oświadczył lakonicznie, że dostęp do tych informacji ma jedynie ograniczony i ściśle określony krąg osób oraz że dokumenty zawierające te informacje są przechowywane w sposób uniemożliwiający dostęp do nich przez osoby uprawnione. Powyższe uprawnia wniosek, że dokonane zastrzeżenie, w braku skonkretyzowania okoliczności stanowiących jego podstawę i przedstawienia dowodów na ich potwierdzenie, jest w istocie teoretycznym wprowadzeniem do problematyki tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie potwierdza, że zastrzeżone informacje zasługują na ochronę.

Nie przekonał Izby poparty orzecznictwem argument, że informacje o kwalifikacjach pracowników mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Na gruncie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, przewidującego omówiony powyżej obowiązek wykazania tej okoliczności, zakwalifikowanie określonych informacji do kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa następuje w realiach konkretnego stanu faktycznego, w oparciu o argumentację wykonawcy zastrzegającego informacje i przedstawione przez niego dowody, wobec czego jakiegokolwiek uogólnianie w tej materii nie wydaje się uprawnione.

Skład orzekający uznał ponadto, że Przystępujący nie wykazał, jakoby informacje zawarte w wykazie osób posiadały wartość gospodarczą. W tym zakresie wywód zawarty w ocenianym zastrzeżeniu sprowadzał się do stwierdzenia, że „informacje te mają bezpośredni wpływ na zdolność do składania najkorzystniejszych ofert w postępowaniach przetargowych (publicznych i prywatnych). Ich ujawnienie doprowadziłoby do utraty przewagi konkurencyjnej i tym samym istotnie zagrażałoby pozycji rynkowej Wykonawcy, w tym możliwości zdobywania kolejnych zamówień [...]” (tamże, str. 5).

Izba uznała, że argumentacja Konsorcjum N nie jest wiarygodna. Po pierwsze - Przystępujący nie wspominał w ogóle jakie kontrakty pozyskał dzięki kwalifikacjom osób wymienionych w wykazie. Po drugie - nie przecząc generalnej tezie o możliwości posiadania przez informacje o wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym personelu wykonawcy wartości gospodarczej, skład orzekający prezentuje pogląd, że walor taki przypisać należy informacjom o unikalnym, niespotykanym, bądź rzadko spotykanym w danej branży charakterze. Uzasadnienie zastrzeżenia argumentacji takiej nie zawiera, zaś lektura wykazu osób (jak i notabene sama istota takiego dokumentu) prowadzi do wniosku, że zawarto w nim zasób informacji ograniczony do wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu z pkt V ppkt 1.2.4 SIWZ. Odnośnie tej kwestii dodać należy, że zgodnie ze stanowiskiem samego Przystępującego (protokół z rozprawy, str. 5) zamówienie ma charakter powtarzalny, co - zdaniem Izby - należy interpretować w ten sposób, że przedmiot zamówienia nie jest ewenementem na rynku zamówień na roboty budowlane. To z kolei uprawnia wniosek, że wymagania zawarte w warunku udziału w Postępowaniu, na potwierdzenie spełniania którego został złożony wykaz osób, również nie mogą mieć unikalnego charakteru, ponieważ w przeciwnym razie powstałaby wątpliwość odnośnie proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia.

Po trzecie - postawiona przez Konsorcjum N na rozprawie teza o istnieniu praktyki przejmowania personelu przez konkurencję nie została przez Przystępującego udowodniona. Złożone w tym zakresie dowody P1 potwierdzają jedynie obecne na rynku pracy zjawisko poszukiwania pracowników, nie dowodzą natomiast podejmowania przez konkurencję Przystępującego wspomnianych działań.

Reasumując, Izba oceniła, że Zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie osób złożonym przez Konsorcjum N jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedynie na marginesie skład orzekający zauważa, że wnioski takie płyną wyłącznie z analizy ocenianego zastrzeżenia, nie zaś z treści dowodów O1, które dotyczą innego stanu faktycznego. Ponownego podkreślenia wymaga, że badanie zasadności zastrzeżenia informacji jest na gruncie zamówień publicznych kwestią zindywidualizowaną do konkretnych okoliczności, wobec czego wyciąganie generalnych

wniosków w tej kwestii jest zasadniczo zawodne.

Izba uznała, że stwierdzone naruszenie może mieć wpływ na wynik Postępowania, zatem spełniona została przesłanka z art. 192 ust. 2 Pzp, uzasadniająca uwzględnienie odwołania w omawianej części. W tym zakresie skład orzekający podziela wyrażone w orzecznictwie Izby zapatrywanie, że nieuzasadnione uznanie zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa i ich nieudostępnienie innym wykonawcom, uniemożliwia im skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Realizacja tego uprawnienia może z kolei spowodować zmianę wyniku Postępowania (zob. przykładowo wyroki KIO z 22 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1073/16, czy z 13 marca 2017 r., sygn. akt KIO 385/17).

Wobec powyższego orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

Izba oddaliła natomiast zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp stwierdzając, że Odwołujący, poza przytoczeniem przepisu art. 3 ust. 1 Znk, nie przedstawił Izbie argumentów uzasadniających tezę, że zastrzeżenie przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane było wyłącznie w celu ograniczenia możliwości zapoznania się z objętymi nim informacjami. W szczególności Odwołujący, powołując się na sprzeczność działania Konsorcjum N z dobrymi obyczajami, nie dokonał ich konkretyzacji, co - wobec pojemnego zakresu znaczeniowego tego pojęcia - uniemożliwia zidentyfikowanie rzekomej sprzeczności.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 3 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 4 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie: