

sygn. akt: **KIO 1141/17**
sygn. akt: **KIO 1202/17**

WYROK
z dnia 28 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 5 czerwca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEEN Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A., ul. Sienna 29, 04-394 Warszawa,**
- B. w dniu 12 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Wolności 26, 73-200 Choszczno,**

przy udziale:

1. **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa,**
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WUPRINŻ S.A., Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A., ATA Technik Sp. z o.o. S.K.A., ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1141/17** - po stronie zamawiającego,

oraz

3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEEN Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A., ul. Sienna 29, 04-394 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1202/17** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1a. Oddala odwołanie.

1b. Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** i nakazuje zamawiającemu: uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o osobach, zawartej w oświadczeniu Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) część IV sekcja C pkt 2 oraz 6b, a także pkt 2 w formularzu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEEN Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A., ul. Sienna 29, 04-394 Warszawa** i udostępnienie odwołującemu wglądu do tych informacji.

2. Kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEEN Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A., ul. Sienna 29, 04-394 Warszawa** i zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Wolności 26, 73-200 Choszczno**:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEEN Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A., ul. Sienna 29, 04-394 Warszawa** oraz wykonawcę **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEEN Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A., ul. Sienna 29, 04-394 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Wolności 26, 73-200 Choszczno** kwotę **3 819 zł 50 groszy** (trzy tysiące osiemset dziewiętnaście złotych pięćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego, kosztów dojazdu oraz noclegu,

2.3. zasądza od zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Wolności 26, 73-200 Choszczno** na rzecz wykonawcy **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 groszy** (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

sygn. akt: **KIO 1141/17**
sygn. akt: **KIO 1202/17**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Wolności 26, 73-200 Choszczno, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa Miejskiej Oczyszczalni Ścieków Komunalnych w Choszcznie wraz z infrastrukturą wodno-ściekową”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2017 r., pod numerem 2017/S 051-093360.

KIO 1141/17

Dnia 23 maja 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Seen Technologie sp. z o.o., Instal Warszawa S.A., o decyzji nie uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.

Dnia 5 czerwca 2017 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Seen Technologie sp. z o.o., Instal Warszawa S.A. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez decyzję o ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego mimo, iż wykazano, że nie mogą być one ujawniane ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa i uzasadniono powyższe w chwili złożenia oferty,
- 2) art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ustawa ZNK), do którego odsyła art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez ujawnienie informacji mimo, iż wyczerpują one wszystkie składniki ustawowe tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 3) art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane informacje o składnikach ceny, mimo iż przepis dotyczy jedynie informacji o cenie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego.

Odwołujący uzasadniał, że w odpowiedzi z 17 maja 2017 r. wskazał, że załączniki Wykaz Maszyn i Urządzeń (WMU) oraz Tabele Elementów Rozliczeniowych (TER) zawierają

tajemnicę przedsiębiorstwa, a przedstawione uzasadnienie poufnego charakteru tych informacji jest jednoznaczne i zgodne z prawem oraz stanem faktycznym. Wskazał także, że w złożonych wraz z ofertą wyjaśnieniach niejawnego charakteru informacji, odniósł się do wszystkich trzech składników konstytuujących charakter informacji, jako tajemnicy, w sposób nie budzący wątpliwości wskazując, że zachodzą one wobec wszystkich zastrzeżonych informacji. Zastrzeżone informacje to szczególnie wrażliwe informacje techniczno-organizacyjne i handlowe niemożliwe do uzyskania w legalny sposób z innych źródeł.

Odwołujący podał, że w sposób szczegółowy wykazał, sumę czynności zabezpieczających informacje poufne w spółkach - konsorcjum. Wskazano na odpowiednie procedury, wąski krąg osób mających dostęp do informacji i zobowiązania wszystkich zapoznających się z informacją do zachowania jej w poufności. Poinformowano o procedurach zarządzania, procedurach współpracy z kontrahentami oraz regułach dostępu do informacji wrażliwych przez osoby zatrudniane w danym kontrakcie. Jak wynika z zakresu złożonych wyjaśnień w podmiotach będących członkami konsorcjum, a także, co również wskazano w całej grupie kapitałowej, do której konsorcjanci należą, istnieje kompleksowy system ochrony informacji. Informacje podane w ofercie i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa funkcjonują z zachowaniem zasad obowiązujących w ramach zaprezentowanego w wyjaśnieniach systemu.

Rozbicie ceny ofertowej na poszczególne składniki kosztorysowe nie podlega ujawnieniu z mocy art. 86 ust 4 ustawy Pzp. Informacje te pozwalają uzyskać wiedzę nie tylko o zasadach kształtowania polityki cenowej przez wykonawcę, lecz przede wszystkim o relacjach z rynkiem dostawców, z których korzysta. Ponadto informacje te pozwalają wnioskować o stosowanych cenach transakcyjnych. Odwołujący podkreślił, że poufny charakter ma TER, nie zaś sama cena oferty.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający wskazał, że informacje zawarte w WMU nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż technologię określił projektant, a dobór urządzeń odbywa się spośród urządzeń powszechnie dostępnych na rynku, których dane są dostępne na stronach producentów. Sam fakt powszechnej dostępności urządzeń nie może przesądzać o zakazie utajnienia ich konfiguracji. To odwołujący dobierając i dopasowując do siebie określone urządzenia (spośród powszechnie dostępnych) dzięki swej wiedzy i doświadczeniu potrafi dokonać tego zestawienia w sposób gwarantujący najlepszy efekt, tak aby w pełni zostały w ciągu technologicznym wykorzystane możliwości techniczne i wydajnościowe każdego z urządzeń. By nie doprowadzić do zastosowania urządzeń o parametrach przewymiarowanych (co wpływa na cenę rozwiązań), lecz osiągnąć jak najlepszy efekt z jak najniższych nakładów. Argumenty te przedstawiono wraz z ofertą i powtórzono w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Ten jednak nie odnosząc się do nich w żaden sposób uznał, że znany krąg urządzeń wyklucza osiągnięcie wartości

unikatowej dzięki ich konfiguracji. Aspekt ten w decyzji o ujawnieniu informacji jest w całości pominięty. Odwołujący wskazywał, że te rozwiązania, zindywidualizowane nie są dostępne w domenie publicznej - na stronach internetowych wykonawców, a zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że te twierdzenia są niezgodne ze stanem faktycznym i oparł się jedynie na dostępności danych o poszczególnych urządzeniach.

Za niezrozumiały, w ocenie odwołującego, należy uznać argument zamawiającego, że fakt ograniczonego kręgu producentów może przesądzać o jawnym charakterze informacji. Po pierwsze w WMU podano nie tylko producentów urządzeń, ale także ich dostawców, którzy nie zawsze są tożsami z producentami. Informacja o tym od kogo i na jakich warunkach można uzyskać określone świadczenie jest istotną wartością handlową podlegającą ochronie. Zarówno w samym WMU podane są informacje o warunkach handlowych współpracy z dostawcą, od którego odwołujący nabywa urządzenia, jak i w połączeniu z informacjami z TER niezmiernie proste jest zestawienie ceny urządzenia z dostawcą. To w całości godzi w politykę handlową odwołującego i ujawnia jego najistotniejsze wartości wynikające z indywidualnej znajomości (sposób uzyskania rozwiązań technicznych w tym urządzeń) rynku dostawców (nie zawsze tożsamy z producentami), oferowana konfiguracja urządzeń, w szczególności wzajemne dopasowanie urządzeń i zestawienie w ciągu technologiczne, a także podane w załączniku warunki ofertowe dostawców (warunki nabycia urządzeń), stanowią informacje niejawne w spółkach konsorcjum.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia - złożył ofertę, która powinna być uznana za najkorzystniejszą. Interes w uzyskaniu zamówienia w przypadku wykonawcy, który się o nie ubiega i nie został skutecznie wykluczony, a jego oferta nie została skutecznie odrzucona zawsze ma miejsce. Jednocześnie ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. w szczególności cen jednostkowych za poszczególne składniki świadczenia może spowodować, że dostawcy, którzy zaoferowali odwołującemu sprzedaż tych składników za ceny podane w ofercie wycofają się ze współpracy z odwołującym wskutek działań konkurencji. Utrata warunków zaopatrzenia na które liczy odwołujący niemożliwi mu zawarcie umowy o zamówienie publiczne i jego wykonanie, a w szczególności wykonanie na korzystnych ekonomicznie warunkach i osiągnięcie zysku (grożąc stratą), co oznacza możliwość poniesienia szkody. Odwołujący może także ponieść szkodę wskutek ujawnienia konfiguracji oferowanych rozwiązań, które proponuje oraz źródeł ich nabycia,

gdyż wiedza o wzajemnej kompatybilności i rezultatach współpracy poszczególnych urzędzeń, które zaproponowano oraz oferentach tych urzędzeń (w połączeniu z uzyskiwanymi cenami) jest *know how* chronionym przed innymi wykonawcami i dającym przewagę rynkową.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego wykonawcy: konsorcjum Wuprinż oraz wykonawca IDS-BUD, podzielili stanowisko zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO 1202/17

Dnia 2 czerwca 2017 r., zamawiający poinformował wykonawcę IDS-BUD o utrzymaniu informacji o osobach w ofercie konsorcjum SEEN Technologie, za skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dnia 12 czerwca 2017 roku, wykonawca IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) (uznk) - poprzez niewłaściwą ocenę i uznanie, iż informacja o osobach, zawarta w oświadczeniu JEDZ część IV sekcja C pkt 2 oraz 6b, a także pkt 2 w Formularzu oferty konsorcjum Seen stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, oraz że konsorcjum Seen wykazało, iż informacja o osobach, zawarta w oświadczeniu JEDZ część IV sekcja C pkt 2 oraz 6b, a także pkt 2 w Formularzu oferty konsorcjum Seen stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, w konsekwencji czego zamawiający odmówił udostępnienia do wglądu odwołującemu w/w informacji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany decyzji w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia przez konsorcjum Seen informacji o osobach z uwagi na okoliczność, iż informacja o osobach nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 uznk, oraz mając na uwadze fakt, iż konsorcjum Seen nie wykazało, iż informacja o osobach stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk - udostępnienia odwołującemu do wglądu informacji o osobach, zawartej w oświadczeniu JEDZ część IV sekcja C pkt 2 oraz 6b, a także pkt 2 w Formularzu oferty konsorcjum Seen.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z rozdziałem XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednym z kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, jest doświadczenie kadry (20 punktów). I tak w ramach tego kryterium oceniane będzie doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy w zakresie sprawowania funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy budowie lub przebudowie oczyszczalni ścieków komunalnych minimum w zakresie układu technologicznego o przepustowości nie mniejszej niż 3500 m³/dobę, ponad doświadczenie wskazane w ofercie jako spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wraz z ofertą, konsorcjum Seen złożyło oświadczenie - uzasadnienie zastrzeżenia poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Z oświadczenia tego wynika, iż na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp, konsorcjum Seen utajnia informacje zawarte w załączniku 1A do s.i.w.z. - Tabele Elementów Rozliczeniowych, w załączniku 1B do s.i.w.z. - Wykaz Maszyn i Urządzeń oraz Informację o osobach (zawartą w oświadczeniu JEDZ część 1C sekcja C pkt 2 oraz 6b, a także pkt 2 w Formularzu oferty), którymi dysponuje konsorcjum Seen w celu realizacji konkretnego zamówienia, które zostały złożone w oddzielnym egzemplarzu, oznakowanym jako INFORMACJE STANOWIĄCE TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.). W dalszej części oświadczenia, konsorcjum Seen wskazało, iż *„Dedykowany zespół osób o doświadczeniu i kwalifikacjach wymaganych w SIWZ stanowi informację organizacyjną przedsiębiorstwa. Indywidualne predyspozycje osób pozostających w dyspozycji wykonawcy mają wartość gospodarczą w takim sensie, iż świadczą o sile wykonawcy na rynku branżowym, bowiem dzięki tym osobom taki wykonawca może realizować określone przedsięwzięcia, często o bardzo złożonym i skomplikowanym charakterze. Mając na uwadze specyfikę branży, charakteryzującą się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o potencjale kadrowym wykonawców, mają znaczenie gospodarcze. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczenia się wykonawcy przed dostępem do danych o jego zasobach kadrowych lub zasobach kadrowych firm, z którymi*

współpracuje. Ujawnienie do wiadomości publicznej wiadomości danych tych osób może spowodować, iż inny wykonawcy funkcjonujący na tym samym rynku podejmą działania zmierzające do pozyskania tych osób dla siebie, uniemożliwiającym tym samym wykonawcy realizację konkretnych przedsięwzięć. Ponadto groźba tzw. head huntingu wynikająca z udostępnienia informacji dotyczących osób jest dla Wykonawcy bardzo realna, a szkoda jaką mógłby ponieść przez utratę osób dedykowanych do tej inwestycji w okresie pomiędzy złożeniem oferty a rozpoczęciem pracy przez poszczególne osoby - dotkliwa. Chodzi o specjalistów wysokiej klasy, których pozyskanie jest trudne. Stąd też nawet wskazanie imienia i nazwiska osób uzyskuje walor tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym uzasadnione jest zachowanie poufności informacji zawartych w części Informacja o osobach (...) bez możliwości wglądu do niej wykonawców konkurencyjnych.”

Zdaniem odwołującego, Informacja o osobach (zawarta w oświadczeniu JEDZ część 1C sekcja C pkt 2 oraz 6b, a także pkt 2 w Formularzu oferty), którymi dysponuje konsorcjum Seen w celu realizacji konkretnego zamówienia, po pierwsze nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. uznk. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, aby informacje mogły zostać uznane za podlegające ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, wszystkie okoliczności spełnić muszą się w odniesieniu do nich łącznie, a zatem informacje te muszą być informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, nie mogą być one ujawnione do wiadomości publicznej, a nadto przedsiębiorca musi podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W zakresie powyższego odwołujący wskazał na następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) wyrok KIO 2237/15 z dnia 09.11.2015 r.: „Oświadczenie ograniczające się do stwierdzenia, że wiedza fachowa osób realizujących zamówienie stanowi kluczową wartość gospodarczą i decyduje o zdolności do realizacji zamówienia, a zatem stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać za niemieszczące się w wymogu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. Wskazanie powyższych okoliczności oraz informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupowaniu personelu między konkurencyjnymi spółkami nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej.”
- 2) wyrok KIO 1711/16 z dnia 26.09.2016 r.: „Sam fakt, iż wykonawca w swojej firmie prowadzi politykę bezpieczeństwa informacji nie świadczy jeszcze o tym, że informacje przedstawione w ofercie zasługują na ochronę zastrzeżenia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca zamierza chronić dane odnośnie wykształcenia i doświadczenia zawodowego osób wymienionych w wykazie, to powinien udowodnić,

a przynajmniej wyjaśnić, czy podjął jakiegokolwiek działania celem zachowania tych informacji w poufności.”

3) wyrok KIO 733/16 z dnia 24.05.2016 r.: „Zasada jawności postępowania jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia. Przepisy ustawy dopuszczają możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale równocześnie też nakładają na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że wykonawca chcąc skorzystać z uprawnienia, jakie przyznaje mu ustawa w tym względzie powinien zachować należytą staranność. Ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Brak wyjaśnień wykonawcy lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. To nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest więc dla rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku, albo niewykazanie powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji.”

4) wyrok KIO 140/16, KIO 148/16 z dnia 22.02.2016 r. „Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. 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.”

Interes odwołującego.

Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku, gdyż w przypadku nieuwzględnienia odwołania, odwołujący pozbawiony zostanie możliwości weryfikacji całej oferty konsorcjum Seen i ewentualnego zgłaszania zastrzeżeń, co do jej prawidłowości oraz kwestionowania czynności zamawiającego, w przypadku wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Seen, co może wpłynąć niekorzystnie na możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujące do postępowania – po stronie zamawiającego, konsorcjum Seen, podzieliło stanowisko zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje, w odniesieniu do obydwu wniesionych odwołań.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W konsekwencji, aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione trzy przesłanki: dana informacja nie została udostępniona do wiadomości publicznej, dana informacja musi posiadać wartość gospodarczą, przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa musiał podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Izby, wykonawca - konsorcjum Seen nie wykazał, by spełnione zostały wszystkie ww. przesłanki. Do zastrzeżenia tajemnicy, wykonawca ten nie załączył żadnych dowodów potwierdzających swoje twierdzenia. Nie spełniono zatem wszystkich przesłanek

z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tym samym dokonane zastrzeżenie tajemnicy nie może być skuteczne. Ponadto wykonawca - konsorcjum Seen nie wykazał, by informacja ta nie była udostępniona do informacji publicznej.

Wykonawca – konsorcjum Seen, załączył do swojej oferty, wymagane przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zastrzeżenie oraz przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (TP), w odniesieniu do załącznika nr 1A do s.i.w.z. – tabeli elementów rozliczeniowych (TER), do załącznika 1B do s.i.w.z. – wykazu maszyn i urządzeń oraz do informacji o osobach.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając skuteczność, a przede wszystkim wiarygodność i rzetelność sporządzonych przez konsorcjum Seen wyjaśnień, w kontekście czy wykonawca ten wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią TP, stwierdziła, że wykonawca ten nie wykazał w terminie składania ofert, skuteczności złożonego zastrzeżenia. Nadto podnieść należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, które zostały zastrzeżone nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po tym dniu, uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy wygasa. Tym samym, wszelkie postępowania wyjaśniające w zakresie zastrzeżenia tajemnicy, złożone zamawiającemu po terminie składania ofert - nie mogą być uznane za skuteczne, a tym bardziej możliwe, świadczą one bowiem o nierównym traktowaniu wykonawców. Izba dokonując oceny tego, czy informacje zostały zastrzeżone w sposób prawidłowy, mogła brać pod uwagę wyłącznie treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy dokonanej w ofercie. Nie mogła być rozważana argumentacja konsorcjum Seen, zawarta w piśmie z dnia 17 maja 2017 r., albowiem jest ona spóźniona. Podnieść bowiem należy, że wykonawcy powinni przedłożyć wszelkie twierdzenia i dowody uzasadniające utajnienie części oferty wraz z ofertą.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt KIO 733/16 *„W obecnym stanie prawnym zamawiający nie prowadzi postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powyższego na podstawie zawartych najczęściej w ofercie czy też we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji pochodzących od wykonawcy co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”*.

Przechodząc zaś do merytorycznej oceny złożonych wraz z ofertą wyjaśnień, to w ocenie Izby są one niewystarczające. Konsorcjum Seen ograniczyło się jedynie do dość ogólnikowych stwierdzeń bez żadnych dodatkowych wyjaśnień i dowodów. W ocenie Izby, wykazanie istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może się sprowadzać do ogólnikowego stwierdzenia, że zawarte w dokumentach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

albo że nie mogą być udostępniane osobom trzecim. Wykonawca winien wykazać, że wszystkie trzy przesłanki składające się na pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione i należy to uzasadnić. Niezbędne jest więc załączenie dowodów na poparcie prawdziwości swoich twierdzeń. Tego jednak konsorcjum Seen nie zrobiło.

W zakresie informacji dotyczących wykazu maszyn i urządzeń, konsorcjum Seen na rozprawie potwierdziło (na pytanie przewodniczącego), że na rynku istnieje pewien zamknięty katalog urządzeń, które mogą spełniać wymagania zamawiającego. Skoro zatem konsorcjum Seen nie oferuje urządzeń, które sam produkuje i nie udostępnia ich podmiotom trzecim, to każdy inny wykonawca, także ma dostęp do proponowanych przez niego urządzeń i technologii. Każdy z wykonawców ubiegający się o przedmiotowe zamówienie dobierał konkretne urządzenia stosownie do wymagań wynikających z s.i.w.z. z powszechnie dostępnych rozwiązań. Nie jest do tego wymagana jakaś szczególna wiedza i know-how, które byłyby niedostępne innym podmiotom działającym na tym samym rynku. Taka czynność doboru odpowiednich urządzeń to zwykła aktywność każdego przedsiębiorcy z danej branży, podejmowana w przypadku każdej inwestycji. W konsekwencji wiedza o tym kto jakie urządzenia dobrał nie posiada wartości gospodarczej uzasadniającej zastrzeżenie tej informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Element indywidualnej kreacji miał co najwyżej miejsce przy tworzeniu wymagań s.i.w.z., ale już nie przy doborze urządzeń spełniających wymagania s.i.w.z. Dodatkowo należy zauważyć, że dobór materiałów i urządzeń dotyczy tego jednego postępowania, które z punktu widzenia zamawiającego ma indywidualny charakter. Każda bowiem inwestycja jest inna i dobór właściwy dla niniejszego postępowania nie musi i najpewniej nie jest odpowiedni dla innych postępowań. Tym samym, nie istnieje ryzyko, że inni wykonawcy wykorzystają przyjęte przez konsorcjum Seen rozwiązanie. Wykonawcy nie będą mogli skopiować rozwiązania na potrzeby niniejszego postępowania, bowiem wszyscy wykonawcy zainteresowani wzięciem udziału w przetargu złożyli już w nim oferty, a ofert tych nie można zmieniać. Także z tego powodu, informacja ta nie posiada wartości gospodarczej, niezbędnej do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy. Nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa umiejętności doboru przez profesjonalnego oferenta sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymaganiom postawionym przez zamawiającego (wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r., KIO 1829/16; KIO 1840/16).

Co do zastrzeżenia dotyczącego tabeli elementów rozliczeniowych (TER), to wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny składowej, nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy

bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, w ocenie Izby nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania, ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 108/15).

Podnoszenie natomiast przez konsorcjum Seen twierdzeń, jakoby jawność ceny nie obejmowała jej elementów składowych jest bezzasadne. Takie rozumienie tej normy jest sprzeczne z wykładnią funkcjonalną tego przepisu. Poza tym, zestawienie cen zawiera informację o cenach, jakie przedsiębiorca chce zaoferować w ramach danego, konkretnego postępowania zamawiającemu, co nie jest informacją o cenie, jaką musi on ponieść za poszczególne elementy czy prace. Stanowi to jedynie konsekwencję strategii cenowej przyjętej przez wykonawcę na potrzeby danego postępowania, która nie jest niezmienna oraz jednakowa w każdym przetargu, wobec czego nie ma charakteru informacji prawnie chronionej (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2022/16).

W ocenie Izby, poszczególne ceny jednostkowe, wykazane w TER, stanowią jedynie egzemplifikację wartości zestawienia kosztów i zysku za realizację zadania w danej pozycji zamówienia. Nie przenoszą one informacji, co do sposobu jej (ceny jednostkowej) kalkulowania, wskazania uzyskania określonych rabatów, nie podają również informacji o firmach współpracujących z konsorcjum Seen. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, po ujawnieniu TER niemożliwym będzie ustalenie polityki cenowej konsorcjum Seen, albowiem wykonawca ten, może bądź narzucić jedną marżę na całe zamówienie, bądź ustanowić różne poziomy marży dla poszczególnych składowych kosztotwórczych, w zależności od posiadanych przez niego cen wyjściowych. W różny sposób może też rozłożyć koszty ogólne, bądź rozkładając je równomiernie między wszystkie pozycje, bądź proporcjonalnie do poszczególnych kosztów/obiektów. Nie ma więc jednego klucza, który można by zastosować, by uzyskać pewność co do elementów kosztotwórczych i stosowanej marży.

W odniesieniu do zastrzeżenia dotyczącego wykazu osób, to wskazać należy, iż zastrzeżenie poczynione przez konsorcjum Seen nie jest zasadne. Na wstępie wskazać należy, że osoby, co do których wykonawca ten zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, w przypadku realizacji zamówienia przez to konsorcjum, będą powszechnie znane ogółowi osób, albowiem są to osoby funkcyjne, które będą aktywnie uczestniczyć w procesie realizacji zamówienia, a co najważniejsze z imienia i nazwiska będą występowały w dokumentach budowy, takich jak np. dziennik budowy, który nie jest dokumentem „tajnym”, i każdy zainteresowany będzie miał możliwość zapoznania się z tymi danymi.

Oświadczenie ograniczające się do stwierdzenia, że wiedza fachowa osób realizujących zamówienie stanowi kluczową wartość gospodarczą i decyduje o zdolności do realizacji

zamówienia, a zatem stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać za niemieszczące się w wymogu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. Wskazanie powyższych okoliczności oraz informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupywaniu personelu między konkurencyjnymi spółkami nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2237/15).

Aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy samo ogólne odniesienie się do możliwości takiego zastrzeżenia, należy odnieść się do konkretnego stanu faktycznego, konkretnej sytuacji w której znajduje się wykonawca wykazując każdą z przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawcy winni wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca – konsorcjum Seen, winien wykazać istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji, a ewentualna szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody, musi być, co najmniej uprawdopodobniona.

Izba nie zgadza się z twierdzeniem konsorcjum Seen, iż dedykowany zespół o doświadczeniu i kwalifikacjach wymaganych w s.i.w.z. stanowi informację organizacyjną przedsiębiorstwa, a indywidualne predyspozycje osób pozostających w dyspozycji wykonawcy mają wartość gospodarczą w takim sensie, że świadczą o sile wykonawcy na rynku branżowym, bowiem dzięki tym osobom taki wykonawca może realizować określone przedsięwzięcia, często o bardzo złożonym i skomplikowanym charakterze, albowiem wykaz osób o określonej charakterystyce kwalifikacji doświadczenia i uprawnień, stanowi jedynie odpowiedź na żądanie zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu, co z kolei oznacza, że nie stanowi to o wyjątkowej sytuacji wykonawcy, indywidualnej tylko dla tego wykonawcy, niedostępnej innym firmom. Nadto okoliczność, iż na rynku występuje groźba przejęcia wykazywanych przez wykonawcę osób, jest jednakowa dla wszystkich wykonawców. Zwrócić należy uwagę, że to wykonawca współpracujący ze specjalistami jest odpowiedzialny za zasady wzajemnej współpracy i ma środki techniczno-finansowe, które mogą mu pomóc zagwarantować lojalność współpracy z tymi osobami. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia wykonawcy złożone wraz z ofertą, nie stanowią dowodu/nie wykazują okoliczności powodujących zasadność zastrzeżenia tych informacji TP.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: