

WYROK

z dnia 24 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2022 r. przez wykonawcę **Instytut ADN sp. z o.o. sp.k., ul. Grzybowska 56; 00-844 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83; 00-834 Warszawa**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Investin sp. z o.o.; Fundacja Zaawansowanych Technologii, ul. Nowy Świat 60/lok. 9; 00-357 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym ujawnienie informacji bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez:**
 - a) **Investin, tj. informacji zawartych w pliku Koncepcja_AMI;**
 - b) **Outworking S.A., tj. opisu pozyskania kadry merytorycznej AMI, koncepcji realizacji zadania dot. rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI, koncepcję komunikacji na etapie rekrutacji przedsiębiorstw do programu AMI.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83; 00-834 Warszawa i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Instytut ADN sp. z o.o. sp.k., ul. Grzybowska 56; 00-844 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od zamawiającego **Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83; 00-834 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Instytut ADN sp. z o.o. sp.k., ul. Grzybowska 56; 00-844 Warszawa** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Świadczenie kompleksowych usług doradczych na rzecz przedsiębiorstw biorących udział w IV, V, VI Edycji programu Akademia Menedżera Innowacji (AMI)*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 października 2021 r., pod nr 2021/S 203-530651.

Dnia 28 lutego 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 10 lutego 2022 roku, wykonawca Instytut ADN sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z prawem, zaniechanych przez zamawiającego czynności, mających miejsce w ramach prowadzonego postępowania, tj. od zaniechania odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach złożonych przez następujących wykonawców:

- 1) Konsorcjum: Investin sp. z o.o. ul. Nowy Świat 60 lok. 9, 00-357 Warszawa i Fundacja Zaawansowanych Technologii, ul. Nowy Świat 60 lok. 9, 00-357 Warszawa (zwane dalej Investin),
- 2) Outworking S.A., ul. Langiewicza 2/10, 61-502 Poznań.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia):

1. Informacji zawartych w pliku *Koncepcja_AMI* złożonym przez Investin;
2. Opisu pozyskania kadry merytorycznej AMI, koncepcji realizacji zadania dot. rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI, koncepcję komunikacji na etapie rekrutacji przedsiębiorstw do programu AMI, złożonych przez Outworking S.A.

- pomimo, iż zamawiający powinien w tym zakresie, kierując się zasadą jawności postępowania uznać te informacje, jako niezasadnie zastrzeżone.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie dokonania ponownej oceny i badania ofert, w tym ujawnienia informacji bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez:
 - a) Investin tj. informacji zawartych w pliku *Koncepcja_AMI*;
 - b) Outworking S.A. tj. opisu pozyskania kadry merytorycznej AMI, koncepcji realizacji zadania dot. rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI, koncepcję komunikacji na etapie rekrutacji przedsiębiorstw do programu AMI;

3) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego proporcjonalnie do podniesionych zarzutów i idących za nimi żądań.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia, złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ, natomiast w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający dokonał zaniechanych czynności odwołujący mógłby zapoznać się z pełną treścią ofert złożonych przez Investin i Outworking S.A., miałby również możliwość weryfikacji informacji podanych przez ww. wykonawców w złożonej ofercie. Poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie powyżej wskazanych przepisów ustawy niewątpliwie może mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż efektem zaniechań zamawiającego może być uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynie na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.), zgodnie z którą 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 poufności. W ocenie odwołującego dokumenty i informacje zastrzeżone w ofercie konkurencyjnych wykonawców nie spełniają wymagań określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tym samym nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. ustawy, dlatego zamawiający winien je odtajnić, czego nie uczynił. Powyższe zaniechanie narusza zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert składania ofert lub

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z literalnego brzmienia przepisu wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa powoduje, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie tylko uzasadnienia. Jak słusznie wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt KIO 1743/16: *„jak wynika z powołanego przepisu (tj. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – przyp. Odwołującego) na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.”* Podobne stanowisko zaprezentowała KIO w wyroku z dnia 4 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 84/16 w którym czytamy: *„Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać (...) np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności”*.

Zdaniem odwołującego konkurencyjni wykonawcy uzasadniając dokonane zastrzeżenia nie wyjaśnili, na czym miałyby polegać wartość gospodarcza zastrzeżonych przez nich dokumentów i informacji, ani tego nie wykazali. Wykonawca Investin w uzasadnieniu objęcia dokumentacji klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie wartości gospodarczej wskazał jedynie, że *„informacje sposobu wykonywania usług, zgodnie z autorską metodologią Investin sp. z o.o. opracowaną w oparciu o wypracowany know-how, zasoby wiedzy i kadrowe oraz odpowiednie przygotowanie merytoryczne, wypracowane w toku blisko 20-letniej wszechstronnej działalności konsultingowej i doradczej, prowadzonej na rynku polskim i na rynkach zagranicznych. Informacje te posiadają wartość gospodarczą, dając Wykonawcy przewagę rynkową – zarówno ekonomiczną, merytoryczną, jak również organizacyjną”* oraz iż *„zamówienie ma specyficzny dla usług doradczych charakter, szczegółowe informacje o tym, w jaki sposób Wykonawca zamierza zaspokoić potrzeby Zamawiającego, posiadają wartość gospodarczą i zasługują na ochronę”*.

Wykonawca Outworking S.A. w ogóle nie odniósł się w zastrzeżeniu udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa do zagadnienia wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Tymczasem, jak się podkreśla w orzecznictwie KIO tajemnica przedsiębiorstwa musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. W niniejszej sprawie konkurencyjni wykonawcy nie wyjaśnili zamawiającemu, nie mówiąc już o wykazaniu tego jakimikolwiek dowodami, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną niejawne. Zgodnie z orzecznictwem KIO wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (np. wyrok z dnia 17 maja 2017 r. sygn. akt KIO 864/17 i KIO 872/17). Powyższy element musi zostać wykazany celem skutecznego zastrzeżenia jawności danych informacji, tymczasem Investin wskazał jedynie gołosłownie, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą, bez szerszego rozwinięcia tej kwestii, w tym rzeczywistego wykazania tej wartości. Jak wskazała KIO w uchwale z dnia 12 lutego 2020 r. (KIO/KU 5/20) dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1633/21) w którym czytamy: *„Zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*

Odnosnie kwestii wykazania, że konkurencyjni wykonawcy, przy zachowaniu należytej staranności podjęli działania w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności wskazać należy, że ograniczyli się oni w tym zakresie jedynie do ogólnikowych i niekonkretnych stwierdzeń, że informacje te nie są powszechnie znane oraz wymagają zachowania poufności. Wykonawca Investin wskazał ponadto, że posiada odpowiednie procedury zachowania poufności w wewnętrznych procedurach czy regulaminach, nie załączył jednak żadnych dowodów potwierdzających zaistnienie powyższych okoliczności. W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, że samo zawarcie umowy o poufności czy też podpisanie zobowiązania o zachowaniu poufności nie dowodzi istnienia przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż należy wykazać istnienie wszystkich pozostałych elementów wyliczonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czego konkurencyjni wykonawcy nie uczynili.

Odnosząc się konkretnie do uzasadnienia złożonego przez każdego z wykonawców należy zauważyć, że:

Wykonawca INVESTIN sp. z o.o.

Wykonawca po pierwsze uzasadniał zastrzeżenie informacji faktem, iż stanowią one *know how* wykonawcy, ale w przeciwieństwie do odwołującego nie rozwinął w żaden sposób tej argumentacji i przede wszystkim nie podał jaką konkretnie szkodę poniósłby, gdyby te informacje ujawnił. Ogólne stwierdzenie o tym, że informacje posiadają wartość gospodarczą gdyż dają przewagę konkurencyjną nie są wystarczające. Wykonawca powołał się również na stosowane klauzule poufności i regulaminy co jednak stosuje się powszechnie w każdej organizacji, natomiast w odróżnieniu do odwołującego nie opisał jak chronione są te właśnie, konkretne informacje. Nie wykazał więc, że podjął działania niezbędne celem zachowania ich w poufności. Wykonawca również nie wykazał, że określone działania zostały podjęte również u członka konsorcjum, z którym wspólnie złożył ofertę. Nawet podjęcie pewnych działań w ramach organizacji jednego wykonawcy (choć w ocenie odwołującego nie były one wystarczające) bez zabezpieczenia również stosownych środków u drugiego wykonawcy nie może skutkować uznaniem, że poczynione zastrzeżenia były skuteczne. W takiej sytuacji informacje te mogą być, jako nienależycie chronione przekazane przez członka konsorcjum. Powyższe ryzyko materializuje się tym bardziej, że członkiem konsorcjum jest Fundacja, a więc podmiot, który z mocy ustawy powinien działać transparentnie. Podsumowując, złożone uzasadnienie jest niezmiernie lakoniczne, na dużym stopniu ogólności a więc należało ocenić je negatywnie.

Wykonawca Outworking S.A.

Odnosnie tego wykonawcy, jego uzasadnienie jest jeszcze bardziej ubogie i właściwie sprowadza się jedynie do powołania 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa wynikających

z ustawy. W tym wypadku można uznać, że uzasadnienia właściwie brak. Tym bardziej pozytywna ocena tych zastrzeżeń stanowi rażące naruszenie zasady jawności.

Zdaniem odwołującego, konkurencyjni wykonawcy nie wykazali żadnej z przesłanek niezbędnych do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ograniczyli się jedynie do gołosłownych twierdzeń, nie przedstawiając żadnych szczegółowych wyjaśnień czy dowodów wskazujących, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konkurencyjni wykonawcy nie wskazali, jaką wartość gospodarczą posiadają zastrzeżone przez nich informacje. Co do posiadania wartości gospodarczej informacji mających być objętych ochroną należy tę wartość gospodarczą wykazać, a nie tylko się na nią powoływać. Podobnie odnośnie podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności informacji lub dokumentów, należy udowodnić, że działania takie rzeczywiście zostały podjęte, nie wystarczy ograniczyć się do oświadczenia o podjęciu przedmiotowych działań.

Wielokrotnie zwraca się w orzecznictwie uwagę, że moment skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma o tyle istotne znaczenie, że nie jest dopuszczalne wyjaśnianie, czy też uzupełnianie wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w przypadku gdy wykonawca poprzestanie jedynie na wskazaniu które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też w przypadku gdy wykonawca nie wykaże zasadności takiego zastrzeżenia, bądź też gdy takie wykazanie będzie lakoniczne czy też niepełne.

Tym samym konkurencyjni wykonawcy utracili możliwość ochrony tych informacji, gdyż nie dokonali ich skutecznego zastrzeżenia w odpowiednim momencie procedury ubiegania się o zamówienie.

Podsumowując, w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy nie ma żadnych wątpliwości, iż zamawiający powinien odtajnić (ujawnić) wszystkie dokumenty zastrzeżone przez Investin i Outworking S.A. bez żadnych wyłączeń ani ograniczeń, bowiem ww. wykonawcy nie wywiązali się z obowiązku jednoczesnego wykazania, że zastrzegane informacje i dokumenty faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ograniczenie zasady jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa ma charakter wyjątku od zasady i w związku z tym nie może być wykładane rozszerzająco (wyrok KIO z dnia 15 października 2019 r. sygn. akt KIO 1933/19).

Biorąc pod uwagę powyższe informacje te powinny, zgodnie z zasadą jawności postępowania, zostać udostępnione odwołującemu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że decyzja o nieujawnianiu koncepcji zawartych w ofertach wykonawców wynikała z faktu, iż w ocenie zamawiającego stanowią one *know-how*

wykonawców w zakresie realizacji elementów projektu AMI i z uwagi na specyfikę postępowania, gdzie zamówienie realizowane ma być już jako IV, V i VI edycja programu AMI, a w przyszłości planowane są kolejne edycje, ujawnienie w zakresie wskazanym w odwołaniu naruszyłoby również interes zamawiającego. Informacje, których ujawnienia domaga się odwołujący posiadają wartość gospodarczą, dając wykonawcy przewagę rynkową - zarówno ekonomiczną, merytoryczną, jak również organizacyjną w stosunku do innych podmiotów działających w obrocie gospodarczym. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że gdyby ten dokonał odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołujący mógłby zapoznać się z pełną treścią ofert złożonych przez: Investin Sp. z o.o. i Outworking S.A., miałyby również możliwość weryfikacji informacji podanych przez ww. wykonawców w złożonych ofertach. Zamawiający zauważył jednak, że odwołujący sam zastrzegł tajemnicą informację dot. Opisu pozyskania członków kadry merytorycznej AMI, koncepcji realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI oraz koncepcji komunikacji o projekcie na etapie rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI, tym samym pozbawił również innych wykonawców możliwości zapoznania się z nimi.

Bez wątplenia zasada jawności ma prymat w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Niemniej jednak, ustawa dopuszcza wyjątek w postaci utajnienia części oferty przez wykonawców, jeżeli informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Badanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. Zamawiający temu obowiązkowi nie uchybił. Zamawiający wyjaśnia, że dokonując, w toku postępowania o udzielenie zamówienia, całościowej analizy przedstawianych przez wykonawców uzasadnień w przedmiocie zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz biorąc pod uwagę specyfikę niniejszego zamówienia uznał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku: Investin Sp. z o.o. i Outworking S.A jest prawidłowe i zasługuje na uwzględnienie.

W wyroku z dnia 09.10.2020 r. (sygn. akt KIO 2297/20) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że *„przepis art. 8 ust. 3 ustawy czyni bowiem wyjątek od zasady jawności postępowania i oczywiście powinien być wykładany ściśle, ale nie w oderwaniu od celu ustanowienia wyjątku. Celem ustanowienia wyjątku było umożliwienie wykonawcom składania ofert zawierających informacje, które dany wykonawca uznaje za strategiczne dla funkcjonowania swojego przedsiębiorstwa na rynku konkurencyjnym, w taki sposób aby zamawiający mógł pozyskać wiedzę niezbędną dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania, bez jednoczesnej utraty przez wykonawcę jego przewagi konkurencyjnej w skutek ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Czyli wyjątek został wprowadzony żeby chronić wykonawców przed zmuszaniem ich do ujawniania tajemnic szerokiemu kręgowi odbiorców”*.

Dla każdego przedsiębiorcy inne informacje będą miały wartość gospodarczą i dlatego nie chce ich ujawniać. Jeżeli ujawnienie informacji spowoduje, że inni wykonawcy będą stosować te same rozwiązania w swoich ofertach to przewaga konkurencyjna zniknie lub zostanie w znacznym stopniu zmniejszona, to jest to informacja mająca wartość gospodarczą (arg. wyrok SO w Rzeszowie z 25.11.2019 r. sygn. akt. V Ca 605/19). Jest to niezmiernie ważna okoliczność w realiach niniejszej sprawy. Jak już była o tym wyżej mowa, zamawiający planuje kolejne edycje programu AMI. Pozyskanie przez wykonawców informacji zawartych w skutecznie zastrzeżonych elementach oferty dawało by im przewagę konkurencyjną w stosunku do konkurencyjnych ofert. Jak sam odwołujący w swym uzasadnieniu wskazał: *„Stworzenie koncepcji ma charakter twórczy. Podnieść bowiem należy, iż przedmiotem postępowania jest świadczenie usług dedykowanych dla Zamawiającego. Osiągnięcie wymagań stawianych przez Zamawiającego możliwe jest w wyniku zastosowania różnorodnych rozwiązań, koncepcji działania, która opiera się na wieloletnim, wypracowanym doświadczeniu Oferenta.*

Zwrócić należy uwagę, że koncepcje stanowią element kryteriów oceny ofert. Zastosowane rozwiązania determinują zatem osiągnięcie określonych pułapów, które są w przedmiotowym postępowaniu punktowane. Na określony rezultat w postaci sposobu wdrożenia:

- podejścia do pozyskania członków kadry merytorycznej AMI,*
- podejścia do realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI,*
- podejścia do komunikacji w projekcie na etapie rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI*

składa się zastosowanie określonych rozwiązań, odpowiednich - według wiedzy profesjonalnej danego wykonawcy oraz jego doświadczenia. Biorąc pod uwagę zakres zawartych informacji oczywistym wydaje się, że przedmiotowe informacje nie mogą być udostępniane innym podmiotom, które konkurują z Wykonawcą nie tylko o udzielenie przedmiotowego zamówienia, ale również w pozyskaniu wielu innych kontraktów. Nie podlega kwestii, iż już sam sposób przedstawienia przez wykonawców koncepcji, wskazany de facto przez Zamawiającego, materializuje wyżej przytoczone elementy jako informacje stanowiące know-how przedsiębiorstwa. Powszechnie przyjmuje się, iż know-how to konkretna wiedza techniczna z danej dziedziny, umiejętność wykonania lub wyprodukowania czegoś, kompetencja, biegłość. W niniejszym przypadku na know-how Wykonawcy składa się konkretna wiedza, umiejętności i kompetencje w zakresie tworzenia koncepcji w przedmiotowym postępowaniu, a w szczególności wskazane w niej metody, działania, plany i narzędzia. Te plany, metody czy też narzędzia opracowane zostały na bazie wieloletniego doświadczenia i wiedzy nabytych przy realizacji innych projektów. Uzyskanie tych informacji

przez podmioty postronne zniweczy wszystkie starania i trudy Wykonawcy dążące do zapewnienia jak najbardziej optymalnej koncepcji działania. Wszystkie te informacje stanowią źródło wiedzy o działalności Wykonawcy dla innych podmiotów, działających profesjonalnie na tym samym segmencie rynku i oczywistym jest, że w przypadku ich ujawnienia zostaną wykorzystywane przez konkurencję w celu zachwiania pozycji Wykonawcy. W oczywisty sposób przedkłada się to zatem na wartość danego zamówienia, gdyż przy opracowaniu efektywnych metod realizacji powierzonych zadań pozwala to na zaoszczędzenie środków finansowych i odpowiednim skalkulowaniu ceny oferty” (dowód nr 1: uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa z oferty Odwołującego).

Co za tym idzie, sam odwołujący wskazuje, że informacje zawarte w koncepcjach konkurencji to element dzięki, któremu podmioty biorące udział w postępowaniu mogą między sobą konkurować. Ujawnienie takich informacji konkurentom prowadziłoby do uzyskania przez nich przewagi konkurencyjnej zarówno w postępowaniach o udzielenie zamówienia ale także na rynku komercyjnym. Pozyskanie tych informacji przez odwołującego naruszyłoby interesy nie tylko tych wykonawców, ale również zamawiającego, który przygotowując postępowanie dużą wagę przykładając do sposobu realizacji zamówienia – waga kryteriów merytorycznych została określona na 55% a więc wyżej niż cena za realizację zamówienia, która sumarycznie stanowiła kryterium o wadze 40%. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia dotyczącego realizacji IV, V oraz VI edycji Akademii Menadżera Innowacji zamawiający konstruując kryteria oceny ofert składanych w ramach przedmiotowego zamówienia określił wagi dla kryteriów merytorycznych wyżej niż dla kryteriów cenowych. Waga kryteriów merytorycznych pokazuje, jak istotna dla zamawiającego jest jakość realizacji przedmiotu zamówienia co wynika ze specyfiki Akademii Menadżera AMI. Należy podkreślić, że złożoność projektu AMI wymaga powzięcia przez zamawiającego na etapie oceny ofert złożonych pewności, iż wykonawca rozumie specyfikę przedmiotu zamówienia i jest w stanie zapewnić wysoką jakość jego realizacji. Akademia Menadżera Innowacji ze względu na specyfikę jest programem złożonym, zawierającym w sobie komponent zarówno szkoleniowy, jak i doradczy, skoncentrowany na nabyciu przez firmę i jej pracowników kompetencji niezbędnych do zarządzania innowacjami w firmie. Zgodnie z przyjętymi założeniami koncepcyjnymi program AMI jest realizowany w ciągu około 6 - 9 miesięcy. Każda zrekrutowana do programu AMI firma, uzyskuje wsparcie doradcy. Doradca opiekuje się firmą przez cały okres realizacji danej edycji programu AMI. Merytorycznie wspiera jej udział w AMI, dba także o wypełnienie przez firmę wymagań formalnych programu (np. przygotowanie określonych produktów programu). Każda firma ma możliwość skorzystania z pomocy drugiego doradcy, który jest specjalistą w zakresie, w którym z analizy przedsiębiorstwa oraz opinii doradcy opiekującego się firmą

wymagane byłoby wsparcie doradcze realizowane przez dostępnego doradcę. Proces szkoleniowo-doradczy odbywa się równolegle w wymiarze teoretycznym i praktycznym. Część teoretyczna realizowana jest podczas stacjonarnych zjazdów – uczestnicy biorą udział w wykładach i warsztatach. Część praktyczna realizowana jest w firmie, gdzie uczestnicy przekładają uzyskaną wiedzę teoretyczną na praktykę funkcjonowania swojego przedsiębiorstwa. Oznacza to, że wykonawca musi być przygotowany organizacyjnie i kadrowo do realizacji długoterminowego zamówienia z uwzględnieniem różnych zmiennych mogących mieć wpływ na realizację poszczególnych planowanych edycji. W celu uzyskania założonych celów programu istotne jest jak największe zaangażowanie zrekrutowanych firm w prace w AMI. W tym zakresie niezwykle istotną, kluczową rolę pełnią doradcy. To od nich zależy pozyskanie maksymalnego zaangażowania kadry danej firmy w pracę w AMI, a końcowo uzyskanie przez firmę oczekiwanych rezultatów po zakończeniu udziału w programie. Tym samym sukces realizacji przedmiotu zamówienia bezpośrednio zależy od jak najwyższej jakości świadczonych usług przez wykonawcę. Zaplanowane przez niego działania, sposób koordynacji realizacji poszczególnych edycji oraz zaprojektowane działania prowadzące do osiągnięcia zaplanowanych celów są kluczowe w realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca poprzez koncepcję realizacji przedmiotu zamówienia musi wskazać zamawiającemu, a przede wszystkim dać mu pewność, że wykonawca jest w stanie dostarczyć szereg doradców będących w stanie świadczyć usługi na najwyższym poziomie. To od ich pracy zależy w dużej mierze ostateczny sukces zaplanowanych edycji programu. Wykonawca musi wykazać posiadanie odpowiedniej bazy doradców, którą jest w stanie na bieżąco pozyskiwać/uzupełniać w sytuacji konieczności wymiany kadry doradczej, lub w sytuacji zwiększenia liczby firm zrekrutowanych do programu. Wykazanie przez wykonawców w przedłożonych do oceny koncepcjach – w tym posiadanych baz danych, wybranych kanałach komunikacji czy zasobach kadrowych może być dla danego wykonawcy informacjami istotnymi czy danymi wrażliwymi, mogącymi w sytuacji ich odtajnienia stanowić o zaburzeniu konkurencyjności danego wykonawcy na rynku. Ponadto należy podkreślić, że AMI kieruje swoją ofertą bezpośrednio do firm, a pośrednio do ich pracowników. Do programu rekrutowane są firmy, które następnie zgłaszają do udziału w AMI od 2 do 5 pracowników: mikroprzedsiębiorstwa – co najmniej dwóch pracowników; małe, średnie i duże przedsiębiorstwa – co najmniej trzech pracowników. Założone do osiągnięcia wskaźniki projektowe powodują, że koncepcja podejścia wykonawcy do procesu rekrutacji jest niezwykle istotna. To od założonych działań rekrutacyjnych zależy, czy zamawiający będzie w stanie uruchomić planowane edycje oraz czy ostatecznie projekt AMI osiągnie zaplanowane rezultaty.

Tym samym kluczowym dla powodzenia danej edycji jest przede wszystkim osiągnięcie sukcesu w procesie rekrutacji. Zgodnie z założeniami koncepcyjnymi, udział w programie nie

jest darmowy. Przedsiębiorca musi wnieść wkład prywatny wynoszący od kilkunastu do nawet kilkudziesięciu tysięcy złotych za udział swoich pracowników. Tak więc odpowiednio zaplanowane podejście do kwestii rekrutacji oraz wykazanie przez wykonawców dopasowanych do przedmiotu zamówienia kanałów komunikacji (strategii działania) pozwala ograniczyć ryzyko niepowodzenia i dać pewność zamawiającemu o posiadanym potencjale wykonawcy.

Ponadto biorąc pod uwagę posiadane doświadczenie zamawiającego w realizacji trzech edycji programu (2019/2021), należy podkreślić, że realizacja edycji zależy od zaplanowanych działań koncepcyjnych wykonawcy. Jego elastyczność, sprawność działania, posiadane zasoby kadrowe, dostęp do szerokiej rzeszy ekspertów oraz przemyślane ścieżki dotarcia do realizacji poszczególnych celów programu są kluczowe i często zależą od wewnętrznej posiadanej wiedzy know-how wykonawcy, jak i jego wewnętrznej organizacji.

W związku z powyższym przyjęte do oceny kryteria merytoryczne są niezwykle istotne dla zamawiającego. Jednocześnie w ocenie zamawiającego ze względu na specyfikę programu AMI zawarte przez wykonawców informacje w ramach złożonych do oceny koncepcji merytorycznych mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa a tym samym zamawiający ma obowiązek ich ochrony poprzez utrzymanie klauzuli tajności.

W odniesieniu do wartości gospodarczej odwołujący wskazał: *„Co do posiadania wartości gospodarczej informacji mających być objętych ochroną należy tę wartość gospodarczą wykazać, a nie tylko się na nią powoływać. Podobnie odnośnie podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności informacji lub dokumentów, należy udowodnić, że działania takie rzeczywiście zostały podjęte, nie wystarczy ograniczyć się do oświadczenia o podjęciu przedmiotowych działań”*. Zamawiający wskazuje, że uzasadnienie odwołującego również oparte jest na oświadczeniach i dowodów na ich poparcie nie przedstawiono. Odwołujący wycenił informacje zawarte w koncepcji na kwotę 200 000 zł, ale nie przedstawił co do tej wartości żadnych wyliczeń. Przy czym należy podkreślić, że ze względu na prawidłowo przeprowadzoną ocenę oferty wykonawcy, która została wybrana jako najkorzystniejsza zarzuty zawarte w odwołaniu pozostają bez wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający prowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie udostępnił te dokumenty, które nie były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający wnosi o utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do przedmiotowych koncepcji, a w przypadku innego stanowiska Izby wnosi o nakazanie odtajnienia koncepcji również odwołującego, gdyż jak wykazał zamawiający sam odwołujący nie wypełnił obowiązków, o których pisze w odwołaniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

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. 3 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. 505 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1, 2 i 3 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 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Wykonawcy: konsorcjum Investin oraz wykonawca Outworking, do oferty załączyli m.in. dokument zawierający zastrzeżenie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Są to jednostronicowe oświadczenia wykonawców, które w swojej treści odnoszą się do następujących okoliczności, przemawiających za zasadnością objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanych przez siebie dokumentów.

Wykonawca – konsorcjum Investin wskazał, iż *„Odwołując się do definicji zawartej w ustawie z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą 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 (art. 11 ust. 4 tej ustawy), oświadczam, że informacje zawarte w dokumencie: – *Koncepcja_AMI* zastrzeżone przez *INVESTIN sp. z o.o.*, stanowią specyficzny know-how Wykonawcy w zakresie realizacji elementów projektu, będąc podstawą unikalnej koncepcji realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Przedstawione Zamawiającemu informacje sposobu wykonywania usług, zgodnie z autorską metodologią *INVESTIN sp. z o.o.*, opracowaną w oparciu o wypracowany know-how, zasoby wiedzy i kadrowe oraz odpowiednie przygotowanie merytoryczne, wypracowane w toku blisko 20-letniej wszechstronnej działalności konsultingowej i doradczej, prowadzonej na rynku polskim i na rynkach zagranicznych. Informacje te posiadają wartość gospodarczą, dając Wykonawcy przewagę rynkową - zarówno ekonomiczną, merytoryczną, jak również organizacyjną. Co więcej, jako że zamówienie ma specyficzny dla rynku usług doradczych charakter, szczegółowe informacje o tym, w jaki sposób Wykonawca zamierza zaspokoić potrzeby Zamawiającego, posiadają wartość gospodarczą i zasługują na ochronę. Warto również zauważyć, że precyzyjny opis wymagań Zamawiającego, nie przeczy wielowymiarowości zamawianego opracowania i nie uniemożliwia wykonawcom spełnienia założeń Zamawiającego w różny sposób. *INVESTIN* stosuje środki mające na celu zachowanie poufności informacji – umowy zawarte z pracownikami mającymi dostęp do informacji zawierające odpowiednie klauzule poufności, przechowywanie informacji na zabezpieczonych serwerach, do których dostęp posiadają jedynie pracownicy *INVESTIN*, zapisy w regulaminie pracy *INVESTIN* (pkt. 2, ppkt. 2.2.6 – 2.2.7) oraz w ogólnych wewnętrznych procedurach czy regulaminach, które obligują do zachowania poufności”.

Wykonawca *Outworking* wskazał, iż „Niniejszym zastrzegam, aby następujące informacje nie były udostępniane, gdyż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa:

Załącznik do ofert: *“TAJEMNICA_PRZEDSIĘBIORSTWA-Opis pozy. kadry i koncepcje rek. i kom. (Określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy następujące warunki:*

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

- 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,

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

Uzasadnienie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

Informacje zawarte w Opisie pozyskiwania kadry i koncepcji rekrutacji oraz komunikacji są danymi autorskimi, odnoszącymi się do organizacji przedsiębiorstwa, zawierają informacje, które nie są powszechnie znane oraz wymagają zachowania poufności”.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyżej powołanymi przepisami ustawy Pzp „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, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin zastrzeżenia został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem. 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. Nie jest rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne. Obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą” (wyrok z dnia 9 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1383/21).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku

zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań (por. np. orzeczenie SN Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzeczenie SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzeczenie SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67). „Art. 11 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - istnienie zasięgu stanu tajemnicy - uzależnia od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wpływem danych. Wybór informacji mających zostać objętymi poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Jednakże wybór ten, co do zakresu stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (art. 11 ust. 4 ustawy)” - tak Sąd Najwyższy w wyroku z 5 września 2001 roku, I CKN 1159/00.

Izba wskazuje, iż 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, nie podlegają udostępnieniu. Jednakże pozostając w zgodzie z przepisami ustawy Pzp, to na wykonawcy, przy jego pierwszej czynności, spoczywa obowiązek wykazania (udowodnienia) zasadności dokonanego zastrzeżenia, z przywołaniem odpowiednich, ku temu dowodów.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu, przystępujący – konsorcjum Investin oraz wykonawca Outworking, nie wykazali (nie udowodnili), że informacje zastrzeżone przez nich TP, na taką ochronę zasługują.

Izba zwraca uwagę, iż w ocenie dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców, w zakresie TP, należy odróżnić dwa zasadnicze obszary, tj. pierwszy z obszarów dotyczy informacji zastrzeżonych TP, które faktycznie mogą przenosić specyficzne i konkurencyjne informacje i rozwiązania proponowane (oferowane przez wykonawców). Drugi z obszarów to wykazanie przez wykonawcę, że informacje z pierwszego obszaru, na taką ochronę zasługują.

Izba, pozostając w granicach stawianych zarzutów, oceniała jedynie merytoryczny zakres drugiego obszaru, stwierdzając w konsekwencji, iż wykonawcy nie wykazali zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych treści. W ocenie Izby, zastrzeżenia TP, poczynione przez wykonawców, są lakoniczne, w zasadzie odnoszące się do przepisów regulujących te kwestie. Stwierdzona przez Izbę ogólnikowość twierdzeń wykonawców może

de facto zostać przyporządkowana do każdego innego postępowania, a zdaniem Izby zastrzeżenie TP określonych treści musi być niejako dedykowane dla danego, konkretnego postępowania.

Ponadto, w zakresie zastrzeżenia TP dotyczącego konsorcjum stwierdzić należało, iż z treści tego oświadczenia nie wynika, że dotyczy ono wszystkich uczestników konsorcjum. Złożone zastrzeżenie w swojej treści odnosi się tylko do jednego z konsorcjantów. Okoliczność, iż w ramach postępowania został ustanowiony lider konsorcjum, nie wyklucza obowiązku wykazania, w jaki sposób każdy z uczestników konsorcjum, podjął określone działania w celu zachowania w tajemnicy określonych treści.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: