

WYROK
z dnia 26 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Daniel Konicz

Beata Konik

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa [lider]** i [2] **R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K., ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2319/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa [lider] i [2] R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K., ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa [lider]** i [2] **R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K., ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa [lider]** i [2] **R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K., ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa wszczął postępowanie na roboty budowlane, dostawy, usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi ekspresowej SI (dawniej S69) Bielsko-Biała-Żywiec-Zwardoń, odcinek Przybędza-Milówka (obejście Węgierskiej Górki)»« .

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14.08.2018 r. pod nrem 2018/S 155–356213.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 31.10 i 8.11.2018 r. o zamiarze ujawnienia oferty odwołującego w zakresie nieskutecznie zastrzeżonych stron 13-16 oraz 90-98 oferty.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa i [2] R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DIM Pracownia Projektowa Dróg i Mostów R. K., ul. Sosnowa 6F, 71-468 Szczecin [zwanymi dalej odwołującym], zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 9.11.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie na: odtajnienie stron 13-16 oraz 90-98 oferty złożonej przez odwołującego zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa („oferta”) i odwołujący zarzucił niezgodność z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.; dalej „UZNK”) przez odtajnienie stron 13-16 oraz 90-98 oferty odwołującego, pomimo, że odwołujący zastrzegł w ofercie, że informacje zawarte na tych stronach oferty nie mogą być udostępnione oraz wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym posiadają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane ani nie są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji oraz, że odwołujący podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji;

- 2) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i ust. 4 UZNK przez odtajnienie stron 13-16 oraz 90-98 oferty odwołującego przez zamawiającego w oparciu o art. 11 ust. 4 UZNK w brzmieniu przed zmianą ustawy, tj. w brzmieniu przed 4.09.2018 r., podczas gdy definicja tajemnicy przedsiębiorstwa w chwili podejmowania tych czynności, jak i obecnie uregulowana jest w art. 11 ust. 2 UZNK, a nie w art. 11 ust. 4 UZNK;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez sporządzenie uzasadnienia ww. czynności zamawiającego w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się konkretnie do uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa sporządzonego przez odwołującego i zawartego w zał. nr 1 do oferty.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania złożonego przez odwołującego w całości;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegających na odtajnieniu stron 13-16 oraz 90-98 oferty odwołującego;
- 3) wyłączenie jawności rozprawy, na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp, z uwagi na fakt, że na rozprawie mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego;
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego według norm przepisanych, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Argumentacja odwołującego

I. Stan faktyczny

Kontraktem pn.: „Budowa drogi ekspresowej SI (dawniej S69) Bielsko-Biała-Żywiec-Zwardoń, odcinek Przybędza-Milówka (obejście Węgierskiej Górki)”.

Odwołujący, składając ofertę, zastrzegł, że informacje i dokumenty zawarte na str. od 12 do 16 – Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2), na str. od 88 do 89 – Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z zasobów przy wykonywaniu zamówienia (Formularz 3.2) oraz na str. od 90 do 98 – Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (Formularz 3.4) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być udostępniane (str. 7-8 oferty, pkt 10).

Ponadto, odwołujący, wraz z ofertą, złożył Zał. nr 1, w którym uzasadnił, dlaczego ww. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym nie powinny być udostępniane. Odwołujący wskazał, zwłaszcza że informacje zawarte w zastrzeżonych

częściach oferty oraz dokumentach załączonych do oferty nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a tym samym nie są one powszechnie znane ani nie są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. Ponadto odwołujący opisał działania, które podjął, w celu zachowania poufności tych informacji, a także wykazał, że informacje na temat wysoko wykwalifikowanego personelu stanowią najważniejszy kapitał każdej firmy, a tym samym posiadają wartość gospodarczą.

Pomimo powyższego, zamawiający 31.10.2018 r. poinformował odwołującego o odtajnieniu str. 12-16, 90-98 oraz 88-89 oferty odwołującego, tj. formularza 2.2 – „Kryteria pozacenowe” w zakresie informacji dotyczących Kryterium Doświadczenie personelu Konsultanta, „Wykazu osób” oraz zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający wskazał m. in., że:

- (i) odwołujący nie wykazał, aby informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa posiadały wartość gospodarczą;
- (ii) odwołujący nie załączył dowodu potwierdzającego, że dane personelu stale współpracującego z odwołującym (dane takie jak: najwyższe i unikalne kwalifikacje, specjalistyczna wiedza, doświadczenie) nie mogą być udostępniane;
- (iii) sam fakt posiadania doświadczenia nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób, skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać;
- (iv) samo wymienienie narzędzi, z jakich korzysta odwołujący w celu zastrzeżenia informacji poufnych nie potwierdza, że konkretne informacje, dotyczące osób i ich doświadczenia, kwalifikacji, są chronione;
- (v) odwołujący nie wykazał faktu podkupowania jego personelu przez podmioty konkurencyjne i nie przedstawił na to dowodu.

Z tą argumentacją odwołujący nie zgodził się.

II. Kwestie formalne

1. Interes prawny

Zgodnie z art. 179 ust. 1 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 ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie i złożył ofertę.

Ponadto, ujawnienie przez zamawiającego informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym odtajnienie informacji na temat wysoko wykwalifikowanego personelu odwołującego, może skutkować poniesieniem szkody przez odwołującego. Informacje o wysoko wykwalifikowanym personelu i jego doświadczeniu posiadają obiektywną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie naraża odwołującego na szkodę.

2. Zachowanie terminu do wniesienia odwołania

Zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu str. 12-16, 90-98 oraz 88-89 oferty w 31.10.2018 r. Termin na złożenie odwołania upływa 13.11.2018 r., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 14 ust. 2 Pzp, art. 115 Kc (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025) w zw. z art. 2 ustawy z dnia 7 listopada 2018 r. o ustanowieniu Święta Narodowego z okazji Setnej Rocznicy Odzyskania Niepodległości Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2018 r., poz. 2117) oraz w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp, a zatem termin ten został zachowany.

3. Wpis

Zgodnie z § 1 ust. 1 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 rozliczenia (Dz. U. z 2018 r., poz. 972) wpis od przedmiotowego odwołania wynosi 15.000,00 zł i został uiszczony 5.11.2018 r. na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

III. Wniosek o wyłączenie jawności rozprawy

Zgodnie z art. 189 ust. 6 Pzp, Izba, na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych.

Z uwagi na fakt, że przedmiotem postępowania są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, chronione na podstawie przepisów UZNK, uzasadnione jest rozpoznanie odwołania na rozprawie niejawnej.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz jeżeli wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp, tj. nazwy (firmy) wykonawcy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. *A contrario*, pozostałe informacje, w tym informacje dotyczące personelu, jego

doświadczenia i kwalifikacji, mogą zostać zastrzeżone. Podobnie wyrok KIO z 21 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1401/15: „... art. 86 ust. 4 Pzp wymienia enumeratywnie elementy, jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone. [...]. Ustawodawca [...] a *contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa [...], jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert [...], zastrzegł, że nie mogą być one [informacje] udostępniane”.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK (w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą od 4 września 2018 r.), odwołujący rozumie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W związku z tym odwołujący uważa, że w celu skutecznego zachowania w poufności informacji przekazywanych przez wykonawcę w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezbędne jest:

- 1) zastrzeżenie w ofercie, że dane informacje nie mogą być udostępniane;
- 2) wykazanie, że ww. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, a w tym wykazanie, że:
 - a) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub posiadające wartość gospodarczą,
 - b) informacje te nie są powszechnie znane lub nie są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji,
 - c) wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji.

1. Brak możliwości udostępnienia informacji

Zastrzeżenie, że informacje nie mogą być udostępniane

Pierwszą przesłanką skutecznego zastrzeżenia poufności informacji przekazywanych w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zastrzeżenie, że informacje te nie mogą być udostępniane.

Odwołujący na str. 7-8 oferty (pkt 10) wskazał, że informacje i dokumenty zawarte na str. od 12 do 16 – Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2), na str. od 88 do 89 – Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (Formularz 3.2) oraz na str. od 90 do 98 – Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego

(Formularz 3.4) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być udostępniane.

Na obecnym etapie odwołujący wskazuje, że co najmniej str. 13-16 oraz 90-98 oferty odwołującego nie mogą być udostępnione, ponieważ zawierają informacje o wysoko wykwalifikowanym personelu odwołującego i jako takie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący w ofercie skutecznie zastrzegł, że ww. informacje nie mogą być udostępniane, a tym samym spełnił pierwszą z przesłanek, o których mowa w art. 8 ust. 3 Pzp.

Wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa

Drugą z przesłanek, o których mowa w art. 8 ust. 3 Pzp jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. art. 11 ust. 2 UZNK.

Odwołujący wraz z ofertą złożył Załącznik nr 1, w którym odwołujący szeroko uzasadnił, dlaczego informacje znajdujące się na str. 12-16, 88-89 oraz 90-98 oferty odwołującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mimo tego, zamawiający uznał, że wyjaśnienia te nie są wystarczające, a tym samym, że nie doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez odwołującego i w związku z tym zamawiający postanowił odtajnić ww. strony oferty odwołującego, przez co naruszył art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

a) wykazanie nie stanowi dowodu

Zdaniem zamawiającego, określenie „wykazać”, użyte w art. 8 ust. 3 Pzp, oznacza coś więcej niż tylko wyjaśnić. W związku z powyższym, zamawiający zarzucił m.in., że odwołujący nie załączył do oferty dowodu potwierdzającego, że dane dotyczące personelu, takie jak najwyższe i unikalne kwalifikacje, specjalistyczna wiedza oraz doświadczenie nie mogą być ujawniane, jak również, że odwołujący nie przedstawił dowodów na to, aby rzeczywiście spotkał się z praktyką podkupowania jego personelu.

Z orzecznictwa KIO wynika natomiast, wbrew stanowisku zamawiającego, że dla wykazania, że zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i nie jest wymagane przedstawienie konkretnych dowodów. Np. wyrok KIO z 12 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1015/17.

Zdaniem odwołującego oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. W art. 8 ust. 3 Pzp obowiązek dowodzenia nie został na wykonawców nałożony. W świetle przepisów Pzp nie sposób uznać, że ustawodawca zamiennie posługuje się pojęciami „wykazać” oraz „udowodnić”. Podobnie KIO przyjęła w wyr. z 30 marca 2018 r., sygn. akt KIO 496/18.

Z związku z tym, należy uznać, że zamawiający dokonał nieprawidłowej wykładni art. 8 ust. 3 Pzp, wymagając od odwołującego przedstawienia dowodu potwierdzającego, że dane dotyczące personelu nie mogą być ujawniane oraz dowodów na praktykę podkupowania jego personelu.

Faktem notoryjnym jest, że osoby posiadające wysokie kwalifikacje i doświadczenie są „rozchwytywane na rynku”, „podkupowane”, a przez samo pozyskanie ich danych osobowych, takich jak imię i nazwisko, możliwe jest następnie uzyskanie informacji na temat ich kwalifikacji i doświadczenia. Natomiast bez tych podstawowych danych, konkurenci nie są w stanie ustalić, z kim współpracuje odwołujący.

Jak stanowi art. 190 ust. 5 Pzp, fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu nie wymagają dowodu. W związku z powyższym, również na podstawie tego przepisu, zamawiający nie był uprawniony do wymagania od odwołującego przedstawienia dowodów co do okoliczności stanowiący fakt notoryjny, powszechnie znany na rynku projektowania i nadzorowania robót budowlanych.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 8 ust. 3 Pzp również przez błędną wykładnię tego przepisu i wymaganie od odwołującego przedstawienia dowodów na to, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

b) wartość gospodarcza informacji

Odwołujący wskazał, że w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, uregulowanej w art. 11 ust. 2 UZNK, tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić informacje (1) techniczne, (2) technologiczne, (3) organizacyjne przedsiębiorstwa lub (4) posiadające wartość gospodarczą. Wystarczające jest wykazanie jednej z czterech cech tych informacji.

Odwołujący stanął na stanowisku, że informacje zawarte na str. 13-16 oraz 90-98 oferty odwołującego posiadają wartość gospodarczą, co wykazał w Zał. 1 do oferty. Odwołujący wskazał, że wysoko wykwalifikowany potencjał kadrowy stanowi najważniejszy kapitał każdej firmy doradczej, a ujawnienie listy trudnodostępnych ekspertów i pracowników zaoszczędza konkurentom kosztów takich poszukiwań. Podkreślić należy, że odwołujący, w celu pozyskania ekspertów posiadających bogate doświadczenie oraz spełniających kryteria określone w SIWZ, musiał przeprowadzić długotrwałe i kosztowne poszukiwania oraz procesy rekrutacyjne, co również potwierdza, że informacje o tego typu ekspertach posiadają wartość gospodarczą.

Pomimo tego zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej tych informacji w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Informacje posiadające wartość gospodarczą to informacje stanowiące pewną ekonomiczną wartość pozwalającą na zdobycie przewagi w stosunku do konkurencji, przez np. zaoszczędzenie wydatków lub zwiększenie zysków. Z utrwalonej już linii orzeczniczej

KIO wynika, że informacje dotyczące personelu, kwalifikacji i doświadczenia posiadają wartość gospodarczą. Podobnie wyrok KIO z 9 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2024/16, wyrok z 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1498/10 czy wyrok z 17 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2745/17.

c) poufność informacji

Kolejną przesłanką zawartą w art. 11 ust. 2 UZNK jest to, że informacje zastrzeżone nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Zamawiający oparł swoje stanowisko na przepisie art. 11 ust. 4 UZNK w brzmieniu przed zmianą ustawy, tj. przed dniem 4 września 2018 r., wskazując, że jedną z przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieujawnienie informacji do wiadomości publicznej, czym naruszył art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i ust. 4 UZNK. Zgodnie bowiem z obecnym brzmieniem przepisu art. 11 ust. 2 UZNK przesłanka ta dotyczy informacji, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Zamawiający twierdzi, że sam fakt posiadania doświadczenia przez personel odwołującego nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób, skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać.

Z powyższym stanowiskiem nie można się zgodzić. Zgodnie z Regulaminem Pracy AECOM [dalej współwykonawca A], pracownicy współwykonawcy A są zobowiązani do zachowania w poufności informacji związanych z wykonywaną pracą. Także w Kodeksie postępowania współwykonawcy A zastrzeżono, że pracownicy nie mogą, nawet po rozwiązaniu stosunku zatrudnienia, udostępniać poufnych informacji biznesowych współwykonawcy A przyszłemu pracodawcy. Co więcej, zgodnie z Kodeksem postępowania współwykonawcy A, ww. informacje nie mogą być udostępniane nie tylko podmiotom postronnym, ale nawet współpracownikom, którzy nie mają uzasadnionej potrzeby służbowej, by wejść w ich posiadanie.

Również u współwykonawcy DIM [dalej współwykonawcy D] wprowadzone są procedury zapewniające dostęp do zastrzeżonych informacji jedynie określonym osobom, którym informacje te są niezbędne np. do przygotowania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Procedury te zapewniają ograniczenie dostępu do ww. informacji oraz określają zasady obiegu tych informacji w korespondencji wewnętrznej i zewnętrznej. Ponadto w umowach z personelem oraz kontrahentami znajdują się klauzule zobowiązujące te podmioty do zachowania poufności i nierozpowszechniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa współwykonawcy D.

Z tego – zdaniem odwołującego – wynika, że zastrzeżone informacje pozostają dostępne dla bardzo wąskiej grupy podmiotów i odwołujący decyduje o tym, komu te dane są udostępniane. Oznacza to, że krąg podmiotów, które mają dostęp do tych informacji, jest ograniczony i kontrolowany przez odwołującego. Pozyskanie informacji o osobach pracujących bądź współpracujących z odwołującym, a zwłaszcza o wykwalifikowanych ekspertach, nie jest tym samym możliwe w sposób dowolny dla każdego zainteresowanego. Tym samym, odwołujący nie może zgodzić się z zamawiającym, że odwołujący nie wykazał, aby zastrzeżone informacje pozostawały dostępne dla wąskiej grupy osób. Podobnie wyrok KIO z 10 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 570/18.

Odwołujący uznał, że faktem notoryjnym jest, że okoliczności pozyskiwania i nawiązywania współpracy z wykwalifikowaną kadrą nie są informacjami jawnymi, a w związku z tym nie wymaga to dowodu, zgodnie z art. 190 ust. 5 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że przesłana braku powszechności lub łatwości pozyskania zastrzeżonych informacji przez osoby zajmujące się tego rodzaju informacjami, o której mowa w art. 11 ust. 2 UZNK, również jest spełniona. Tym samym, zamawiający błędnie przyjął, że informacje o doświadczeniu personelu odwołującego mogą być ujawnione.

d) podjęcie działań przez odwołującego

Ostatnią przesłanką, zdaniem odwołującego, o której mowa w art. 11 ust. 2 UZNK, jest wykazanie działań, które zostały podjęte w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący w Załączniku nr 1 do oferty w sposób szczegółowy opisał podejmowane przez odwołującego działania zapobiegające zapoznaniu się przez osoby nieuprawnione z dokumentami i informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Mimo tego, zdaniem zamawiającego, bez wpływu na ocenę poufności zastrzeżonych informacji jest wymienienie przez odwołującego narzędzi z jakich korzysta w celu zapewnienia ochrony, bowiem, według zamawiającego, nie wynika z tego, że to właśnie konkretne informacje, dotyczące osób i ich doświadczenia oraz kwalifikacji są chronione.

Odwołujący z powyższym się nie zgodził. Zgodnie z pkt 1.4 lit. e Regulaminu Pracy współwykonawcy A, pracownicy zobowiązani są do zachowania w poufności wszystkich zastrzeżonych informacji współwykonawcy A, a w tym informacji dotyczących zagadnień technicznych, technologicznych, biznesowych i organizacyjnych oraz związanych z zatrudnieniem, a więc również informacji dotyczących personelu, jego kwalifikacji i doświadczenia.

Ponadto u współwykonawcy A obowiązuje Kodeks postępowania współwykonawcy A, w którym to kodeksie m. in. wskazano, że aktywami niematerialnymi współwykonawcy A są informacje poufne, w tym m. in. oferty, innowacje technologiczne, projekty, informacje

finansowe, listy klientów oraz inne informacje generowane przez współwykonawcę A w ramach prowadzonej działalności. Zgodnie z Kodeksem postępowania współwykonawcy A zakazane jest ujawnianie poufnych informacji bez właściwego upoważnienia lub jeśli nie jest to wymagane prawnie. Na równi z poufnymi informacjami współwykonawcy A, traktowane są również poufne informacje pracowników, klientów, partnerów i innych stron trzecich współpracujących z współwykonawcą A.

Także u współwykonawcy D istnieją procedury ograniczonego dostępu do informacji poufnych oraz informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Współwykonawca D, zarówno w umowach ze swoim personelem, jak i kontrahentami zawiera klauzule poufności oraz sankcje za ich naruszenie.

Odwołujący podkreślił, że działania podejmowane przez przedsiębiorcę w celu zachowania poufności mogą mieć zarówno postać zabezpieczeń fizycznych, jak i zabezpieczeń prawnych. Środki prawne to między innymi stosowanie klauzul poufności w umowach z kontrahentami lub pracownikami, wprowadzenie odpowiednich procedur obiegu dokumentów, oświadczenia o poufności dotyczące wysyłanych dokumentów.

Oznacza to, że środki prawne wprowadzone przez odwołującego stanowią działania podjęte w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. W związku z powyższym odwołujący stwierdził, że zamawiający niesłusznie uznał, że odwołujący nie wykazał działań, które podjął w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

3. Błędne uzasadnienie czynności podjętych przez zamawiającego

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasada przejrzystości, uregulowana w ww. przepisie oznacza, że zamawiający jest zobowiązany do podejmowania czynności w sposób jasny, uzasadniony oraz że istnieją środki do weryfikacji prawidłowości podejmowanych przez zamawiającego czynności. Przejawami zasady przejrzystości są także transparentne dokumentowanie postępowania i określenie w dokumentacji postępowania jednakowych sposobów postępowania zamawiającego z ofertami wykonawców, a także informowanie o czynnościach podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Za przejaw przejrzystości należy także uznać stosowanie tych samych wzorców przy badaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu czy ocenie ofert.

Tymczasem, zdaniem odwołującego, pismo zamawiającego z 31.10.2018 r. skierowane do odwołującego, w którym to piśmie zamawiający uzasadnił przyczyny odtajnienia str. 12-16, 88-89 i 90-98 oferty odwołującego wymogów tych nie spełnia.

Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie prawne stanowiska zamawiającego zostało oparte o treść art. 11 ust. 4 UZNK w brzmieniu przed zmianą ustawy, tj. przed 4.09. 2018 r.

Ponadto również część uzasadnienia dotycząca podstaw faktycznych jest nieprawidłowa i nieprzejrzysta. W tym zakresie odwołujący wskazuje m.in., że:

- a) zamawiający wskazał, że „za błędne należy uznać przyjęcie, że z samego faktu uznania przez wykonawcę danej informacji za organizacyjną czy handlową wynika jej wartość gospodarcza”, podczas gdy odwołujący w zał. nr 1 do oferty nie odnosił się w ogóle do kwestii organizacyjnych czy handlowych, bo wywodził, że tajemnica przedsiębiorstwa wynika z faktu, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, a nie organizacyjną lub handlową;
- b) odwołujący nie użył w zał. nr 1 do oferty „argumentu o podkupowaniu”, na który powołuje się zamawiający na str. 3 swojego pisma z 31.10.2018 r.;
- c) odwołujący, wbrew twierdzeniom zamawiającego na str. 3 pisma z 31.10.2018 r., nie ograniczył się do „wymienienia katalogu środków z jakich korzysta w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji”, lecz opisał szczegółowo postanowienia Regulaminu Pracy współwykonawcy A, Kodeksu postępowania współwykonawcy A oraz postanowień umów zawieranych pomiędzy współwykonawcą D a pracownikami i kontrahentami;
- d) zamawiający stwierdził, że: „argumentem uzasadniającym istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być również wskazanie, że dany przedsiębiorca jest podmiotem prywatnym i w związku z tym „życzy sobie” zastrzec pewne informacje”, podczas gdy odwołujący w Załączniku nr 1 do oferty takiego argumentu w ogóle nie użył.

W opinii zamawiającego, wyjaśnienia odwołującego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa są lakoniczne, ogólnikowe i odwołują się jedynie do definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego zarzut ten jest nieuzasadniony, biorąc zwłaszcza pod uwagę, że to zamawiający sporządził swoje stanowisko w sposób lakoniczny i ogólny, opierając się najprawdopodobniej na wzorze stosowanym w stosunku do wszystkich wykonawców. Zamawiający nie odniósł się konkretnie do uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa sporządzonego przez odwołującego i zawartego w Zał. nr 1 do oferty, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

V. Podsumowanie

Podsumowując odwołujący wskazał, że czynności zamawiającego polegającego odtajnieniu str. 13-16 oraz 90-98 oferty odwołującego zostały podjęte wbrew postanowieniom art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, a tym samym powinny zostać unieważnione. Bogate orzecznictwo KIO potwierdza, że dane co do potencjału osobowego – wykaz osób wraz z ich kwalifikacjami i doświadczeniem zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa i jako takie nie powinny podlegać odtajnieniu ani ujawnieniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 09.11.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 13.11.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

16.11.2018 r. wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

21.11.2018 r. odwołujący złożył opozycję do przystąpienia stwierdzając, że brak jest wykazania interesu przystępującego do przystąpienia po stronie zamawiającego. Izba oddaliła opozycję, gdyż zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie ma wykazywać interesu do przystąpienia po stronie zamawiającego, ale cyt. »interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje« i jest to pojęcie znacznie szersze, a temu wykazaniu sprostał przystępujący.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 20.11.2018 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

23.11.2018 r., po zamknięciu rozprawy, odwołujący złożył »Wniosek o otwarciu rozprawy na nowo i przeprowadzenie dowodów« i w tym samym dniu zamawiający złożył »Odpowiedź na wniosek odwołującego«. Po przeanalizowaniu tych pism Izba stwierdza, że odwołujący przed otwarciem rozprawy miał dostęp i wgląd do ofert pozostałych wykonawców, na które to oferty odwołujący powoływał się w celu otwarcia rozprawy na nowo. Ponadto odwołujący nie sygnalizował jakichkolwiek trudności w dostępie do tych dokumentów, mimo że fakt wglądu do ofert pozostałych wykonawców był omawiany na rozprawie, cyt. z protokołu »ZAMAWIAJĄCY [stwierdził, że – przyp. Izby] Odwołujący otrzymał wgląd do wszystkich

innych ofert, w tym do informacji personalnych, a sam zamierza te informacje pozostawić w utajeniu. ODWOŁUJĄCY zareagował, że pozostałe oferty nie były zastrzeżone».

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Izba dopuściła ponadto dowody złożone przez strony:

A) odwołującego:

- 1) dowód nr 1 artykuł z Internetu »Brakuje inżynierów« na wykazanie braku inżynierów na rynku;
- 2) dowód nr 2 wyciąg z oferty odwołującego do zamawiającego Oddział w Krakowie na wykazanie, że zastrzeganie jawności dokumentów w ofertach jest standardowym działaniem odwołującego;
- 3) dowody nr 3a i 3b fragmenty ofert, gdzie odwołujący zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa na wykazanie, że jest to standardowe działanie odwołującego;

B zamawiającego:

- 4) dowód nr 4 oferta odwołującego do zamawiającego Oddział w Krakowie na wykazanie, że różnice w składzie wykazanych osób w obu postępowaniach nie są istotne.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy – naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r.

poz. 419 ze zm.; dalej „UZNK”) – przez odtajnienie stron 13-16 oraz 90-98 oferty odwołującego, pomimo że odwołujący zastrzegł w ofercie, że informacje zawarte na tych stronach oferty nie mogą być udostępnione oraz odwołujący wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym posiadają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane ani nie są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, a także że odwołujący podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji i zarzut drugi – naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i ust. 4 UZNK przez odtajnienie stron 13-16 oraz 90-98 oferty odwołującego przez zamawiającego w oparciu o art. 11 ust. 4 UZNK w brzmieniu przed zmianą ustawy, tj. w brzmieniu sprzed 4.09.2018 r., podczas gdy definicja tajemnicy przedsiębiorstwa w chwili podejmowania tych czynności, jak i obecnie uregulowana jest w art. 11 ust. 2 UZNK, a nie w art. 11 ust. 4 UZNK – nie mogą zostać uwzględnione.

Na wstępie Izba stwierdza, że informacje o dwóch osobach z zastrzeżonych wykazów zostały wcześniej ujawnione. Informacje ujawnione we wcześniejszym postępowaniu zamówieniowym w Krakowie w pełni odpowiadają informacjom, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym w Katowicach. Zdaniem Izby okoliczność, że pewna informacja (tu – fakt współpracy z odwołującym osób, których personalia i doświadczenie zawodowe zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) przedostały się do przestrzeni publicznej wyłącza w odniesieniu do tych informacji możliwość ich dalszego zastrzegania.

Także Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Dla odwołującego wartość gospodarcza wyraża się stwierdzeniem, że na rynku jest niedobór inżynierów, w związku z czym istnieje obawa podkupienia pracowników, na co odwołujący dowodów nie przedstawił. Zwłaszcza dowód nr 1 nie odnosi się do inżynierów budownictwa, a odnosi się do pracowników innych specjalności. Poza tym dowód nr 1 odnosi się do Polski, jednak nie ma w zamówieniu żadnego zastrzeżenia, że zamówienie mogą wykonywać wyłącznie obywatele Rzeczypospolitej. Czyli powoływany przez odwołującego niedobór pracowników, należałoby oceniać w szerszym kontekście (europejskim, a nawet światowym), ponieważ zamówienie nie jest adresowane wyłącznie do rodzimych wykonawców. Wskazuje na to m.in. publikacja ogłoszenia o zamówieniu w organie promulgacyjnym Unii Europejskiej. Wydaje się, że wartość gospodarczą odwołujący powinien był wykazywać np. przez podanie liczby zamówień, które odwołujący uzyskał dzięki zastrzeżonej kadrze i dowiedzenie, że dzięki tym właśnie osobom odwołujący zbudował i umacnia swoją pozycję rynkową itd., ale odwołujący nawet nic takiego nie próbował wykazać.

Ponadto ochrona danych osobowych określonego personelu i informacji o kwalifikacjach zawodowych pracowników przez wyłączenie jawności postępowania to ostateczność, po którą by można sięgać wyłącznie w przypadkach, w których inne środki byłyby nieskuteczne, bądź niewystarczające. Wykonawca nie powinien swobodnie, niejako poza pracownikiem i często bez wiedzy i świadomości, decydować, że utajni informacje o wykształceniu i doświadczeniu zawodowym, wszak to nie są *stricto* dobra wykonawcy, a pracownicy często się nimi chwalą, np. na portalach społecznościowych. Wspomniane inne środki to przede wszystkim umowy o zakazie konkurencji, odpowiednie ukształtowanie wynagrodzenia czy przekazywania innych profitów wynikających z zatrudnienia. Zgodnie z oświadczeniami odwołującego, odwołujący zwykle zastrzega informacje o personelu, a mimo to występuje u odwołującego niepożądana fluktuacja kadr, a więc odwołujący sam zaprzeczył tezie, że utajnianie informacji o kadrze jest skuteczne, na co przedstawił dowody 2 i 3. Jednak odwołujący nie starał się nawet wykazać, że zastrzeżenie informacji o personelu w innych postępowaniach zamówieniowych było skuteczne, gdyż samo zastrzeżenie to dopiero część procedury, której zwieńczeniem jest uznanie skuteczności zastrzeżenia przez drugą stronę, czyli przez zamawiającego.

Także Izba stwierdziła, że zamawiający w § 11 ust. 17 wzoru umowy zastrzegł wyrażanie zgody na zmiany w zatrudnieniu u wykonawcy, nie ze względu na zamiar przeciwdziałania tym zmianom, ale ze względu na kontrolowanie poziomu kwalifikacji nowo zatrudnianych pracowników. Wreszcie odwołujący nie wykazał, że odchodzących 6 pracowników od odwołującego odchodzi od odwołującego ze względu na fakt ujawnienia ich zatrudnienia u odwołującego.

Również Izba musi stwierdzić, że odwołującym jest dwóch współwykonawców i z zastrzeżenia Izba dowiedziała się (nie wdając się szczegółowo w merytoryczną ocenę jakości tych informacji) o tym jak się sprawy mają u jednego współwykonawcy (przez omówienie obowiązujących procedur wewnętrznych, ze wskazaniem na ich fragmenty), podczas gdy część wystąpień odwołującego poświęcona odpowiednim standardom u drugiego współwykonawcy była zbyt ogólnego poziomu.

Odwołujący nie wziął też pod uwagę, że stanowiący o jawności postępowania art. 8 ust. 1 Pzp jest zasadą, którą należy stosować generalnie. Art. 8 ust. 1 Pzp brzmi »Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne«. Wyjątkiem od zasady jawności jest art. 8 ust. 3 Pzp mówiący o możliwości zastrzegania informacji, ale zastrzeżenie może być skuteczne pod warunkiem spełnienia wymagań zawartych w przepisie art. 8 ust. 3 Pzp. Art. 8 ust. 3 Pzp brzmi »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». Należy dodać, że przepisów stanowiących o wyjątkach nie można tłumaczyć rozszerzająco, ale należy takie przepisy stosować ściśle. Celem wprowadzenia przepisów art. 8 Pzp było wprowadzenia w zamówieniach publicznych kontroli rozproszonej, czyli przede wszystkim kontrolowanie prawidłowości postępowania przez innych wykonawców. Dlatego Izba nie może zaakceptować argumentu odwołującego, że zamawiający chce niezasadnie przerzucić ciężar obowiązku sprawdzenia prawidłowości ofert na wykonawców. Właśnie taka idea przyświecała ustawodawcy przy wprowadzeniu m.in. art. 8 Pzp, aby każdy zainteresowany mógł mieć wgląd do dokumentacji postępowania i wyrazić swoje uwagi, a nawet złożyć odwołanie do postępowania zamawiającego.

Także Izba z doświadczenia życiowego może stwierdzić, że na każdej budowie jest ujawnianych wiele informacji o osobach kierujących budową i również na odpowiednich stronach internetowych takie informacje powinny się znajdować, choćby ze względów bezpieczeństwa i umożliwienia powiadomienia odpowiednich osób w przypadku zaistnienia sytuacji awaryjnych. Dlatego pokazywanie fragmentów stron internetowych przez odwołującego bez wskazania na nich odpowiednich informacji o właściwych osobach (m.in. inżynier kontraktu) nie może być uwzględnione, że jest tak zawsze praktykowane, a szczególnie, że takie praktyki są prawidłowe.

Wreszcie Izba rozpoznała zastrzeżenie odwołującego, że zamawiający nieprawidłowo stosował do procedury zamówieniowej, a w tym do zagadnienia jawności ofert, uregulowania ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w brzmieniu sprzed nowelizacji tej ustawy, a nie w brzmieniu obowiązującym od nowelizacji, która weszła w życie 4.09.2018 r. Otóż przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419) zostały zmienione przepisami art. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. z o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1637). Zgodnie z art. 16 ustawy o zmianie ustawy ustawa ta weszła w życie po upływie 7 dni od dnia ogłoszenia, a ogłoszenie nastąpiło 27.08.2018 r., czyli przedmiotowa ustawa weszła w życie 4.09.2018 r. Ponadto w tej ustawie został zamieszczony art. 15 ust. 1 o treści »Przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i 3-14 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą stosuje się do oceny stanów faktycznych, zaistniałych po jej wejściu w życie«. W cytowanym art. 15 ust. 1 ustawy nowelizującej została podkreślona zasada nie retroakcji m.in. znowelizowanych przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym, że składanie i otwarcie ofert odbyło się 19.10.2018 r., na podstawie art. 15 ust. 1 i 16 ustawy nowelizującej, do oferty i jej ujawnienia należy stosować przepisy w brzmieniu znowelizowanym, nie tak jak to uczynił zamawiający. Dlatego Izba stwierdza, że zamawiający nieprawidłowo do objęcia ofert tajemnicą przedsiębiorstwa zastosował art. 11 ust. 4 UZNK w brzmieniu obowiązującym

w dniu wszczęcia postępowania, a przepis ten brzmiał »Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności«. Zamawiający nie miał prawa do ofert złożonych 19.10.2019 r., czyli po 4.09.2018 r. stosować przepisów, które już wtedy nie mogły mieć mocy obowiązującej. Jednak przepisy pierwotnej i znowelizowanej ustawy nie odbiegają od siebie w sposób zasadniczy i dlatego powoływanie się przez zamawiającego na przepisy, które nie miały mocy obowiązującej nie miało w rozpoznawanym przypadku wpływu na wynik postępowania. Znowelizowany przepis art. 11 ust. 2 UZNK brzmi »Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności«.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego – naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzutu drugiego – naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i ust. 4 UZNK.

W ocenie Izby, zarzut trzeci – naruszenia art. 1 Pzp art. 7 ust. 1 Pzp przez sporządzenie uzasadnienia ww. czynności zamawiającego w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się konkretnie do uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa sporządzonego przez odwołującego i zawartego w zał. nr 1 do oferty nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający uzasadnił swoje stanowisko dotyczące zamiaru ujawnienia zastrzeżonych miejsc oferty odwołującego – zdaniem Izby – w sposób wystarczający, a odwołujący nie poparł swoich zarzutów ani w odwołaniu, ani na rozprawie w sposób konkretny.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....