

Sygn. akt: KIO 698/21

Wyrok
z dnia 26 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Irmina Pawlik
Ewa Kisiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2021 r. przez wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Pruszkowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających **Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** oraz **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- A wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 698/21 po stronie zamawiającego;
- B wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Gülermak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 698/21 po stronie odwołującego;
- C wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji (Hiszpania)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 698/21 po stronie odwołującego;
- D wykonawcy Aldesa Construccions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 698/21 po stronie odwołującego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w „Wykazie Kierowników” oraz nakazuje zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie „Wykazu Kierowników” sporządzonego przez wykonawcę Budimex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw Budimex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw Budimex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiąca sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji „Budowa i przebudowa Trasy Tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej”, numer postępowania: DWZ/50/2020.**

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonym, na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawaPzp” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 147-361931 z dnia 31 lipca 2020 roku.

W dniu 5 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako Odwołujący), wobec niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania podjęcia przez Zamawiającego czynności w ww. postępowaniu, polegającej na nie uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykazu Kierowników przedłożonego przez Budimex Sp. z o.o. i w konsekwencji nieuprawnionego nieudostępnienia Odwołującemu wskazanego dokumentu pomimo, że Budimex Sp. z o.o. nie wykazał, że informacje zawarte w dokumencie Wykaz Kierowników stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej z.n.k.) oraz, że nie podlegają ujawnieniu z uwagi na wymogi określone w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego I Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO), dalej w odwołaniu jako „Rozporządzenie RODO”.

Zaskarżonym zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 96 ust. 3 Ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16.04.1993 roku o z.n.k. (Dz.U. 2019, poz. 1010)., poprzez ich wadliwą wykładnię i błędne zastosowanie skutkujące zaniechaniem uznania za bezskuteczne zastrzeżenia dokonanego przez Budimex Sp. z o.o. w zakresie dokumentu Wykaz kierowników jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji zaniechanie udostępnienia Odwołującemu Wykazu kierowników złożonego przez Budimex Sp. z o.o. w postępowaniu, pomimo, że Budimex Sp. z o.o. nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 z.n.k,

2. art. 8 ust. 1 Ustawy Pzp oraz 96 ust. 3a Pzp w zw. z art. 9 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO) - poprzez nieujawnienie Wykazu Kierowników w tym danych osobowych osób wskazanych w wykazie, pomimo, że zgodnie z Ustawą Pzp, dane osobowe udostępnione w trakcie postępowania są jawne, za wyjątkiem określonym w art. 9 Rozporządzenia RODO, który nie ma w niniejszym postępowaniu zastosowania,
3. art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp - poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z zasadą transparentności, a także w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu uznanie, że zastrzeżenie przez Budimex Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykazu Kierowników jest bezskuteczne i niespełniające wymogów określonych w art. 11 ust. 2 z.n.k. oraz ujawnienia tego dokumentu i udostępnienia go Odwołującemu,
2. nakazanie Zamawiającemu uznanie, że powołanie się przez Budimex Sp. z o.o. na konieczność zastrzeżenia danych osobowych wskazanych w Wykazie Kierowników z uwagi na obostrzenia wskazane w Rozporządzeniu RODO jest bezskuteczne i sprzeczne zarówno z Ustawą Pzp jak też Rozporządzeniem RODO i w konsekwencji nakazanie ujawnienia tego dokumentu i udostępnienia go Odwołującemu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę, wraz ze wszystkimi wymaganymi załącznikami w tym Wykazem Kierowników. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Ustawy Pzp, prowadzi do zachwiania zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, przejawiające się w uniemożliwieniu konkurencyjnym wykonawcom zapoznania się treścią dokumentów złożonych w postępowaniu przez Budimex Sp. z o.o. a które zgodnie z przepisami ustawy Pzp są informacjami jawnymi nie podlegającymi zastrzeżeniu i które nie zostały przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (poza spółką TORPOL S.A.). Powyższe zaniechanie, pozbawia innych wykonawców możliwości weryfikacji dokumentów złożonych przez Budimex Sp. z o.o., co w konsekwencji może pozbawić wykonawców biorących udział w postępowaniu - w tym Odwołującego -

możliwości wniesienia środków ochrony prawnej, w sytuacji wyboru oferty Budimex Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Zaniechanie ujawnienia wskazanego dokumentu narusza również zasadę jawności i przejrzystości postępowania. Ocena informacji wskazanych w przedmiotowym dokumencie decyduje o punktacji a tym samym również o rankingu ofert. Zamawiający bezpodstawnie nie ujawniając wskazanego dokumentu powoduje, że oferta Budimex Sp. z o.o. jest nieweryfikowalna, co jest sprzeczne zarówno z art. 7 ust. 1 Pzp, jak też art. 8 ust. Pzp.

W uzasadnieniu, Odwołujący podniósł następujący stan faktyczny. Zgodnie z pkt. 15 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), Zamawiający określił kryteria oceny ofert, jakimi będzie kierował się przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Oprócz kryterium cenowego, Zamawiający postanowił zastosować kryterium Doświadczenie Kierowników (DK) - pkt 15.2.2. SIWZ. W zakresie tego kryterium, Zamawiający wskazał, że ocenie podlegać będzie doświadczenie osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji w dokumencie Wykaz Kierowników, którego wzór stanowił załącznik do SIWZ. Ponadto Zamawiający opisał w sposób szczegółowy zasady przydzielania punktów w ramach tego kryterium. Maksymalna ilość punktów możliwych do zdobycia w ramach tego kryterium wynosi 30 punktów.

Zgodnie z punktem 7 SIWZ, wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani byli dołączyć do formularza oferty, wskazany Wykaz Kierowników - o ile wykonawca postanowił ubiegać się o przyznanie punktów w ramach tego kryterium. Ponadto zgodnie z pkt 11.4. SIWZ, Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, zobowiązani byli złożyć za pomocą platformy zakupowej ofertę i załączyć do niej m.in.: Formularz Oferta, JEDZ, oraz Wykaz Kierowników. Ponadto, w pkt 11.12. SIWZ Zamawiający wskazał, że oferty złożone w postępowaniu są jawne, z tym, że udostępnia się je od chwili otwarcia, z zastrzeżeniem, o którym mowa w pkt 11.13., w którym wskazane zostało, że zgodnie z art. 8 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, załączając stosowne uzasadnienie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący po otwarciu ofert dwukrotnie zwracał się do Zamawiającego, o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców. Ostatecznie dopiero w dniu 23.02.2021 roku, Zamawiający przesłał do Odwołującego drogą mailową link do ofert złożonych w postępowaniu. Wszystkie oferty zostały przekazane w pełnym zakresie

za wyjątkiem Oferty Budimex Sp. z o.o. i Torpol S.A., którzy zastrzegli Wykaz Kierowników, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykazu Kierowników Budimex Sp. z o.o. wskazał, że dane dotyczące posiadanego personelu stanowią wartość gospodarczą, której udostępnienie, spowodowałoby w szczególności, ryzyko przejęcia przez konkurentów wysoko wyspecjalizowanego personelu wykonawcy. Ponadto Budimex Sp. z o.o. powołał się na konieczność ochrony danych osobowych w związku z obostrzeniami określonymi w Rozporządzeniu RODO.

Pismem z 3 marca 2021 roku, Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty Budimex Sp. z o.o. w pełnym zakresie. We wskazanym piśmie Odwołujący szeroko uzasadnił swoje stanowisko dotyczące bezzasadności zastrzeżenia przez Budimex Sp. z o.o. przedmiotowego wykazu. Pomimo tego do dnia złożenia niniejszego odwołania Zamawiający nie ujawnił i nie udostępnił wskazanego dokumentu, co w ocenie Odwołującego narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

Uzasadnienie zarzutu nr 1:

Analiza treści uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Wykazu Kierowników przedłożonego przez Budimex Sp. z o.o. prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim argumentów potwierdzających, że zastrzeżonemu dokumentowi powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Budimex Sp. z o.o. nie wykazał w ocenie Odwołującego, żadnej ze wskazanych przesłanek skutecznego zastrzeżenia takiej tajemnicy.

W tym zakresie wskazać w szczególności należy, że nie jest wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma wartość gospodarczą, kwestia ta musi zostać wykazana. Ponadto powinno być wykazane - nie zaś ogólnie opisane, że ta informacja przedstawia pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna.

W przypadku utajnienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, wykonawca powinien w szczególności wykazać, że personel ma szczególnie unikalny charakter oraz, że istnieje ograniczony dostęp na rynku do tego rodzaju personelu. Przy czym wykonawca nie może w tym zakresie poprzestać na ogólnikowych stwierdzeniach, lecz powinien tą okoliczność wykazać wraz rzeczowym uzasadnieniem. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, podstawowym warunkiem utajnienia wykazu, jest wykazanie unikalności personelu wskazanego w wykazie, co uprawdopodobniało twierdzenia, że ryzyko przejęcia tego personelu jest realne/rzeczywiście wysokie. Dodatkowym warunkiem jest wykazanie, że wykonawca spotkał się w przeszłości z tego rodzaju sytuacjami. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej Wykazu Kierowników spółki

Budimex Sp. z o.o. brak jest takiego uzasadnienia. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że w tym konkretnym przypadku zaoferowany został taki personel, który rzeczywiście ma unikalny charakter i że powzięcie przez innych wykonawców wiedzy na temat tego personelu, faktycznie grozić może ich przejęciem czy ryzykiem przejęcia przez konkurentów. Argumentacja wykonawcy odnośnie tej kwestii jest bardzo ogólna i jak wskazane zostało powyżej nie uzasadnia stwierdzenia, o rzekomej wartości gospodarczej danych zawartych w wykazie. Budimex Sp. z o.o. powoływał się jedynie lakonicznie na obawę „podkupienia” personelu o specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu. Nie wskazał natomiast, czy i jak, jeżeli tak, to kiedy, wykonawca zetknął się z praktyką podkupywania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też Zamawiającemu żadnego dowodu. Nie zostało również wykazane, aby wymagania Zamawiającego co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. W szczególności nie wiadomo, ile osób z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez Zamawiającego jest dostępnych na rynku - brak jest w tym względzie jakichkolwiek informacji w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Budimex Sp. z o.o. Nie sposób więc uznać, że wykazane zostało przez Budimex Sp. z o.o., że informacje zawarte w wykazie stanowią dla spółki szczególnie istotną wartość gospodarczą. Budimex Sp. z o.o. poprzestał bowiem wyłącznie na ogólnikowych stwierdzeniach. Wykonawca nie tylko nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że rzeczywiście zastrzeżone dokumenty są w szczególny sposób chronione i posiadają wartość gospodarczą, ale także w żaden sposób rzeczowo nie uzasadnił dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie składa się przy tym de facto z przytoczenia orzeczeń KIO, bez odniesienia do stanu faktycznego. Wskazane uzasadnienie może być zastosowane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż - jak wskazane zostało powyżej - brak jest w nim jakiegokolwiek powiązania stawianych ogólnie tez z danym konkretnym postępowaniem w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Za stwierdzeniem, że wskazane w Wykazie Kierowników informacje nie stanowią wartości gospodarczej mogącej być chronionej poprzez zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, przemawia również ograniczony zakres informacji zamieszczonych w przedmiotowym dokumencie. W wykazie osób wykonawcy zobowiązani byli ujawnić informację tj. imię i nazwisko kilku osób, opis fragmentu ich doświadczenia zawodowego, podstawy dysponowania przez wykonawcę daną osobą. W szczególności w postępowaniu istotne jest to, że należało ujawniać nie całe doświadczenie zawodowe kandydata, ale opis jego doświadczenia w zakresie koniecznym do oceny kryterium oceny ofert. Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje wykonawca. Zakres ten był więc bardzo ograniczony i nie uzasadnia

stwierdzenia, że informacje te stanowią rzeczywiście wartość gospodarczą dla Budimex Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego dodatkowo nie sposób było uznać, że informacje takie jak imię i nazwisko, kwalifikacje i doświadczenie konkretnych specjalistów wskazanych w wykazie osób wykonawcy mają charakter poufny. Informacje te bowiem nie stanowią wyłącznej wiedzy wykonawcy, który sporządził wykaz, zatem nie można uznać, iż nie zostały ujawnione do wiadomości innych osób lub podmiotów skoro same osoby mogą dowolnie informować o posiadanym przez siebie doświadczeniu oraz podmioty, które udostępniły swój potencjał kadrowy wykonawcy, swobodnie dysponują informacjami na temat doświadczenia udostępnionych przez siebie osób. Dlatego w ocenie Odwołującego, fakt, że w zastrzeżonym wykazie osób zamieszczone są informacje o nazwie inwestycji, w trakcie której dany specjalista nabył doświadczenie zawodowe, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem dysponentem powyższej informacji nie jest wyłącznie wykonawca, który sporządził wykaz osób na potrzeby danego postępowania, ale także dany ekspert czy też firma, z którą współpracuje. W ocenie Odwołującego, wskazane w Wykazie Kierowników informacje, nie mogą być więc w ogóle potraktowane jako poufne. Co więcej trudno je uznać jako tajemnice spółki Budimex Sp. z o.o., gdyż kwestie związane z ich upublicznieniem/ ujawnieniem czy też rozpowszechnianiem są poza kontrolą Wykonawcy.

Odwołujący zwracał uwagę na pkt. 15.6 SIWZ, zgodnie z którym Wykaz Kierowników, będzie stanowił załącznik do Umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stąd - analogicznie jak umowa - podlegał będzie udostępnieniu w ramach dostępu do informacji publicznej. Co więcej informacje na temat osób realizujących inwestycję, będą wpisywane w Dzienniku Budowy, do którego dostęp będzie miał szeroki krąg osób. Osoby te będą uczestniczyć w Radach Budowy, na których, oprócz Inwestora biorą udział podwykonawcy, przedstawiciele gestorów sieci, nadzór budowlany, często również inne osoby, jak chociażby doradcy prawni. Z tego też względu, wskazane dane w żaden sposób nie można uznać za poufne, a nawet jeżeli faktycznie można by im taki status przyznać, to owa poufność miałaby wyłącznie charakter chwilowy, co dyskwalifikuje, możliwość zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe w opinii Odwołującego stwierdzić należało, że zastrzeżenie w tym konkretnym przypadku przez Budimex Sp. z o.o. Wykazu Kierowników jako tajemnicy przedsiębiorstwa, miało na celu wyłączenie uniemożliwienie przez konkurencyjne firmy weryfikacje doświadczenia osób wskazanych w wykazie, nie zaś faktyczną i realną konieczność ochrony wskazanych informacji. W ocenie Odwołującego Budimex Sp. z o.o. nie spełnił również formalnych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie wykazał, że podjął w stosunku do tych informacji działania w celu

zachowania ich w poufności. W tym zakresie Budimex Sp. z o.o. wskazał jedynie dwa dokumenty dot. polityki prywatności, tj. Deklarację Stosowania Bezpieczeństwa Informacji i Politykę Bezpieczeństwa, niemniej w żaden sposób nie wskazał, jakie konkretne zapisy tych dokumentów zostały zastosowane i wdrożone w celu zachowania danych wskazanych w Wykazie Kierowników w poufności. Nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na okoliczność tego, że w tym konkretnym postępowaniu i względem tych konkretnych danych podjęte zostały działania dotyczące zachowania poufności danych.

Analogicznie jak w przypadku samego merytorycznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tak i odnośnie spełnienia warunków formalnych takiego zastrzeżenia, Budimex Sp. z o.o. poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach i przytoczeniu orzeczeń sądów i KIO, które to uzasadnienie de facto, może być zastosowane w każdym stanie faktycznym i które nie spełnia wymagań stawianych tego rodzaju uzasadnieniu.

Uzasadnienie zarzutu nr 2:

Zdaniem Odwołującego niezasadne jest również powołanie się w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez Budimex Sp. z o.o. na Rozporządzenie RODO.).

W tym zakresie Budimex Sp. z o.o. wskazał, że Wykaz Kierowników zawiera dane osobowe takie jak imię i nazwisko, nazwę inwestycji, które pozwalają ustalić tożsamość osoby wskazanej w przedmiotowym wykazie. W związku z tym wykonawca ma obowiązek ochrony tych danych z uwagi na postanowienia zawarte w Rozporządzeniu RODO, w tym w szczególności zasadę minimalizacji danych oraz zasadę przetwarzania danych wyłącznie w sytuacjach określonych w tym Rozporządzeniu.

W ocenie Odwołującego wskazana przez Budimex Sp. z o.o. argumentacja dotycząca konieczności zastrzeżenia Wykazu z uwagi na postanowienia Rozporządzenia RODO, jest całkowicie chybiona, oparta na ewidentnej nadinterpretacji obowiązków wynikających z Rozporządzenia. Posłużenie się argumentacją dotyczącą rzekomej konieczności ochrony danych osobowych osób wskazanych w Wykazie, ma na celu wyłącznie uniemożliwienie konkurentom weryfikację doświadczenia tych osób w ramach kryterium oceny ofert. Odwołujący podkreślał, że RODO nie jest prawem bezwzględnym co zostało wyraźnie wskazane w motywie czwartym Rozporządzenia, zgodnie z którym: „Przetwarzanie danych osobowych należy zorganizować w taki sposób, aby służyło ludzkości. Prawo do ochrony danych osobowych nie jest prawem bezwzględnym; należy je postrzegać w kontekście jego funkcji społecznej i wyważyć względem innych praw podstawowych w myśl zasady proporcjonalności. Niniejsze rozporządzenie nie narusza praw podstawowych, wolności i zasad uznanych w Karcie praw podstawowych - zapisanych w Traktatach - w szczególności prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu oraz komunikowania się,

ochrony danych osobowych, wolności myśli, sumienia i religii, wolności wypowiedzi i informacji, wolności prowadzenia działalności gospodarczej, prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu oraz różnorodności kulturowej, religijnej i językowej”. Ponadto, co wymaga szczególnego podkreślenia, Rozporządzenie RODO nie tyle kreuje ogólny zakaz udostępnienia danych osobowych, lecz kreuje określone zasady postępowania z danymi osobowymi przez Administratorów danych. Przy czym nie jest tak jak twierdzi Budimex Sp. z o.o., że obowiązek ten sprowadza się de facto do zastrzeżenia wskazanych danych.

Odwołujący stwierdził, że powołanie się na RODO w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stoi w całkowitej sprzeczności z podstawową zasadą jawności i transparentności postępowania i złożonych ofert wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Ustawy P2P. Podkreślenia wymaga, że polski ustawodawca w związku z wejściem do polskiego porządku prawnego wskazanego Rozporządzenia, dokonał zmian w Ustawie Prawo Zamówień Publicznych, określając sytuacje, w których z uwagi właśnie na postanowienia Rozporządzenia RODO, dane osobowe mogą ulec zastrzeżeniu, czy też mogą nastąpić sytuacje ograniczonego dostępu do danych osobowych udostępnionych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podstawowa zasada dotycząca postępowania z danymi osobowymi w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w kontekście RODO wyrażona została w art. 96 ust. 3a Ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Zasada jawności, o której mowa w ust.3, ma zastosowanie do wszystkich danych osobowych, z wyjątkiem danych, o których mowa w art. 9 ust.1 Rozporządzenia 2016/679, zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu”. Polski ustawodawca, wyraził się więc ogólną zasadę, że reguła jawności postępowania w sprawach zamówień publicznych rozciąga się również na dane osobowe zebrane w toku postępowania, za wyjątkiem sytuacji określonej w art. 9 Rozporządzenia RODO. Przywołany art. 9 ust. 1 Rozporządzenia RODO dotyczy zakazu przetwarzania danych osobowych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz przetwarzania danych genetycznych, danych biometrycznych w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej lub danych dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby. Co oczywiste wskazany przepis art. 9 Rozporządzenia nie ma zastosowania do omawianej sytuacji, gdyż zakres danych osobowych wskazanych w Wykazie Kierowników, nie pozwoli na ujawnienie określonych w art. 9 Rozporządzenia okoliczności. W dalszej części Ustawy Pzp mowa, jest o możliwości zastrzeżenia danych osobowych po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji, w której wniesione zostanie żądanie o którym mowa w art. 18 Rozporządzenia RODO - czyli wniesienia przez osobę której dane dotyczą żądania

ograniczenia przetwarzania danych osobowych (art. 96 ust. 3b Ustawy Pzp). Wskazany przepis, również nie może mieć zastosowania w omawianym przypadku, gdyż procedura wyboru najkorzystniejszej oferty jest w toku.

Odwołujący podniósł, że przywołane przepisy Ustawy Pzp określają więc zasady zachowania tajności danych udostępnianych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności wyrażają ogólną zasadę jawności danych osobowych zebranych w toku postępowania, z uwzględnieniem wskazanych powyżej wyjątków.

Kolejno Odwołujący wyjaśniał, że wskazane w Ustawie Pzp reguły dotyczące jawności danych osobowych nie oznaczają nie stosowania Rozporządzenia RODO, czy też naruszenia wskazanych w Rozporządzeniu zasad. Przeciwnie stanowią emanację wyrażonej w motywie 4 zasady przywołanej powyżej, tj. nie stosowania RODO w sposób bezwzględny, lecz z poszanowaniem innych wartości i nadrzędnych celów. Takim celem i wartością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada możliwie maksymalnej jawności i transparentności postępowań, która zgodnie z ustawą podlegać może ograniczeniom wyłącznie w sytuacjach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 Pzp).

Przechodząc do pozostałej argumentacji wskazanej w tym zakresie przez Budimex Sp. z o.o., w ocenie Odwołującego należało wskazać, że nie ma również racji wykonawca twierdząc, że ujawnienie danych osobowych zawartych w Wykazie narazi spółkę na wysokie kary pieniężne określone w Rozporządzeniu RODO. Podkreślenia w tym zakresie wymaga, że Rozporządzenie nie sankcjonuje samego faktu ujawnienia danych, lecz ich przetworzenie w sposób sprzeczny z Rozporządzeniem, czyli w szczególności w sytuacji w której podmiot przetwarzający, przetwarza te dane bez określonej przyczyny/podstawy wskazanej w Rozporządzeniu.

Odwołujący stwierdził, że załączenie do oferty Wykazu Kierowników ma na celu spełnienie obowiązków wskazanych w Pzp i SIWZ, tym samym udostępnienie ich jest prawnie uzasadnione. Stąd powoływanie się na konieczność zastrzeżenia danych osobowych wskazanych w wykazie jest bezpodstawne, gdyż Budimex Sp. z o.o. posiada prawnie - finansowy interes w ich udostępnieniu (art. 6 ust. 1 lit f Rozporządzenia). Dodatkowo Odwołujący wskazywał należy, że dysponentem ww. danych nie jest wyłącznie Budimex Sp. z o.o. Podane informacje tj. imiona i nazwiska oraz doświadczenie zawodowe są informacjami powszechnie udostępnieniami przez osoby których te dane dotyczą np. na różnego rodzaju portalach zawodowych. Tym samym zdaniem Odwołującego w omawianym przypadku nie zachodzi ani obowiązek ani potrzeba szczególnej ochrony tego rodzaju danych przez Budimex Sp. z o.o., gdyż tego rodzaju dane można w określonych sytuacjach pozyskać, np. na portalach biznesowych.

Ponadto Odwołujący podnosił, że pozyskanie tych informacji w celu ich przetworzenia jest uzasadnione interesem prawnym innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, wyrażonym w art. 6 lit c i f Rozporządzenia. W tym zakresie wskazywał, że Zamawiający będąc administratorem tych danych jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w sposób jawny, przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, co oznacza, obowiązek udostępnienia wykazu i zawartych tam danych w celu realizacji wskazanych nadrzędnych zasad zamówień publicznych (art. 6 ust 1 lit c Rozporządzenia). Ponadto, przetworzenie tych danych jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez stronę trzecią tj. innych wykonawców (art. 6 ust. 1 lit. f Rozporządzenia). Możliwość wniesienia środka zaskarżenia zagwarantowanego w Pzp, uzależnione jest od możliwości zapoznania się z treścią ofert konkurencyjnych wykonawców, stąd przetworzenie danych zawartych w wykazie uzasadnione jest art. 6 ust. 1 lit f Rozporządzenia.

W ocenie Odwołującego Budimex Sp. z o.o., Zamawiający, czy też podmiotu trzecie, przetwarzając dane osobowe na potrzeby postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, są do tego uprawnieni na podstawie przepisów Rozporządzenia RODO. Ponadto, podkreślał, że zachowana zostanie w omawianej sytuacji zasada minimalizacji danych - której naruszenia obawia się wykonawca - gdyż zgodnie z Rozporządzenie RODO przetwarzanie danych ma być adekwatne i niezbędne do celów którym ma służyć (art. 5 ust. 1c Rozporządzenia). Zakres danych wskazanych w Wykazie Kierowników określony jest przez Zamawiającego. Stąd wykonawca podając Wykazie Kierowników dane wymagane przez Inwestora nie narusza wskazanej zasady minimalizacji.

Mając powyższe na względzie, oczywiste było w ocenie Odwołującego, że powołanie się przez Budimex Sp. z o.o. konieczność zachowania w poufności danych osobowych wskazanych w Wykazie Kierowników z uwagi na postanowienia Rozporządzenia RODO, ma a celu wyłącznie uniemożliwienie innym wykonawcom zapoznanie się z treścią Wykazu, nie ma natomiast nic wspólnego z koniecznością ochrony danych osobowych.

Uzasadnienie zarzutu nr 3:

W ocenie Odwołującego nie ujawnienie przez Zamawiającego Wykazu Kierowników przedłożonego przez Budimex Sp. z o.o. narusza również podstawowe zasady przeprowadzania postępowania wyrażone w art. 7 Ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców, oraz z poszanowaniem zasady przejrzystości i proporcjonalności. W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający nie ujawniając i nie przekazując Odwołującemu „Wykazu Kierowników” przedłożonego przez Budimex Sp. z o.o. naruszył każdą ze wskazanych wyżej zasad. Bezpodstawne zastrzeżenie

wskazanych informacji jako poufnych przez Budimex Sp. z o.o., prowadzi do uniknięcia weryfikacji tego Wykonawcy, co jest sprzeczne zarówno z zasadą równego traktowania wykonawców, ale również zasadą przejrzystości prowadzonego postępowania i jego maksymalnej transparentności.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że Budimex Sp. z o.o. nie przedstawił żadnych stosownych dowodów, które umożliwiłyby przyznanie ochrony informacjom zastrzeżonym. Nie wykazał także, dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatruje. Obawy wykonawcy co do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez wykonawcę to za mało, dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak jak gołosłowne stwierdzenie, że wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. Wykonawca nie udowodnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż wyjaśnienia zawierają jedynie ogólne twierdzenia, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu, ponadto opierają się głównie na wyrokach KIO i sądów, a nie na faktycznej argumentacji, dotyczącej wykazania, iż wykaz kadry może stanowić tajemnicę prawnie chronioną. Analogicznie bezpodstawne jest powoływanie się w omawianej sytuacji na Rozporządzenie RODO, gdyż Ustawa Pzp w sposób szczegółowy określa sposób postępowania z danymi osobowymi zgromadzonymi w postępowaniu, określając ogólną zasadę ich jawności.

Do postępowania odwoławczego, zgłosili przystąpienia wykonawcy: w dniu 11 marca 2021 roku Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego oraz po stronie Odwołującego, w dniu 10 marca 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Gülermak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Gülermak Ađir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja), wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji (Hiszpania) oraz wykonawca Aldesa Construccions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W dniu 24 marca 2021 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty podniesione przez Odwołującego w całości.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu, Przystępujący Budimex S.A., wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu

co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w terminie właściwym na jego wniesienie, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”)

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Przystępujący Budimex) oraz po stronie Odwołującego, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum Gülermak Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja), konsorcjum Roverpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji (Hiszpania), oraz przez wykonawcę Aldesa Construccions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników postępowania.

Izba ustaliła:

W treści SIWZ pkt 15 - Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

15.1.1. Cena oferty (C) = 70%

15.1.2. Doświadczenie Kierowników (DK) = 30%

W ramach kryterium „Doświadczenie Kierowników” (DK) ocenie podlegać będzie doświadczenie osób wskazanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w załączonym do oferty „Wykazie Kierowników”, którego wzór stanowi załącznik nr 2 do rozdziału IV SIWZ.

Punkty zostaną przyznane w następujących 4 podkryteriach:

Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika budowy (DKB),

Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKRD)”,

Podkryterium nr 3 - „Doświadczenie Kierownika robót mostowych (DKRM)”,

Podkryterium nr 4 - „Doświadczenie Kierownika robót elektroenergetycznych (DKRE)”.

Zgodnie z wzorem „Wykazu Kierowników”, stanowiącym załącznik nr 2 do rozdziału IV SIWZ, wykonawcy mieli podać następujące dane: pełnioną funkcję w przedmiotowym zadaniu, imię i nazwisko, uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w wymaganej specjalności, nabyte doświadczenie zgodne z kryterium oceny ofert, przedmiot inwestycji, nazwa inwestycji okres realizacji inwestycji, na której dana osoba nabyła doświadczenie podlegające punktacji, oraz informacje o podstawie dysponowania wskazaną osobą.

Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono 7 ofert.

Jedną z ofert złożył wykonawca: Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, który utajnił informacje zawarte w Wykazie Kierowników, zastrzegając je klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że Odwołujący Strabag sp. z o.o., w treści odwołania, wskazał nieprawidłową nazwę wykonawcy Budimex S.A., tj. podał nazwę Budimex Sp. z o.o., podczas gdy zarzuty podniesione w odwołaniu, odnoszą się do utajnionego „Wykazu Kierowników”, złożonego przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba zważyła:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, tj. naruszenia art. 96 ust. 3 Ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 1 i 2 z.n.k., poprzez ich wadliwą wykładnię i błędne zastosowanie, skutkujące zaniechaniem uznania za bezskuteczne zastrzeżenia dokonane przez Przystępującego Budimex w zakresie dokumentu „Wykaz kierowników” jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji zaniechanie udostępnienia Odwołującemu „Wykazu kierowników” złożonego przez Przystępującego Budimex w postępowaniu, pomimo, że Przystępujący Budimex nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 z.n.k, Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba podkreśla, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zd. pierwsze: *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.*

Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym, przed ww. nowelizacją, ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania*

przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

Jak wynika z powołanego na wykonawcę nałożony został obowiązek wykazania przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert 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. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, prowadzące się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 z.n.k. czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W analizowanym stanie faktycznym, przedmiotem oceny Izby było ustalenie, czy Przystępujący Budimex w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa skutecznie wykazał, że Wykaz Kierowników stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym celu Przystępujący Budimex zobowiązany był wykazać łączne spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 z.n.k., tj. winien wykazać, że:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Wskazać należy również, iż w doktrynie podkreśla się, że ochronie na gruncie z.n.k. podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szwejki*, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex*, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy

przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ*, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, 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. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. (por. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 o sygn. akt KIO 500/21).

Ponadto, dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie konkretnych informacji, konieczne jest również wykazanie, że wykonawca podjął działania, które zapewniają ochronę tych informacji przed ich ujawnieniem. Dopóki bowiem wykonawca, nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaze, że działanie takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek dla przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nawet w sytuacji, gdy dane informacje, co do zasady mogą podlegać utajnieniu, wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności, nie jest zwolniony od wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Winien zatem wykazać spełnienie wszystkich warunków przewidzianych dla takich informacji, tj. że posiadają one wartość gospodarczą oraz jakie podjął działania w celu ochrony zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich, przy czym wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy, przedstawić, dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje, np. polityka bezpieczeństwa, klauzula poufności, itp.

Obowiązkowi wykonawcy wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiada obowiązek Zamawiającego rzetelnego przeanalizowania takiego zastrzeżenia informacji, a w razie stwierdzenia, iż nie spełnia wymogów w tym zakresie,

Zamawiający jest obowiązany ujawnić te informacje (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przechodząc do stanu faktycznego analizowanego w rozpoznawanej sprawie, Izba podzieliła argumentację przywołaną przez Odwołującego w zakresie braku wykazania, że zastrzeżonemu dokumentowi, tj. Wykazowi Kierowników powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący Budimex nie wykazał żadnej z przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wykazał, na czym polega wartość gospodarcza informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa ani jakie podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji.

Przystępujący Budimex w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał: *Zastrzeżone informacje mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą, bowiem dotyczą osób kluczowych z punktu widzenia realizacji umowy po stronie Wykonawcy, a ujawnienie ich tożsamości (poprzez udostępnienie imienia i nazwiska oraz informacji o posiadanym przez nich doświadczeniu) mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkutowania pomiędzy przedsiębiorcami i utrudnić w przyszłości pozyskanie Wykonawcy kolejnych zamówień. (...) Informacja o osobach, które Wykonawca zamierza zatrudnić do realizacji zamówienia i o ich doświadczeniu jest więc dla konkurentów bardzo cennym „pakietem informacji”. Pozwala bowiem z jednej strony w łatwy sposób ustalić, jakie osoby „dostępne” na rynku spełniają wymogi Zamawiającego, z drugiej podać działania zmierzające do tego, by te osoby nawiązały współpracę z konkurencyjną firmą zamiast Wykonawcy (proces „podkupienia” personelu). To pakiet „gotowych” informacji o ekspertach działających na rynku oraz o ich wiedzy i doświadczeniu. Podanie przedstawionych informacji do publicznej wiadomości mogłoby skutkować tym, iż konkurenci Wykonawcy mogliby nawiązać współpracę z tymi samymi podmiotami i wynegocjować z nimi zbliżone warunki pracy, co zniwelowałoby tę przewagę Wykonawcy, budowaną na rynku polskim od lat. Pozwoliłoby też oszczędzić konkurencji znacznych kosztów i czasu związanych z wyszukiwaniem ekspertów i weryfikowaniem ich przydatności dla danego postępowania. Wykazy osób wskazanych realizacji zamówienia mają kluczowe znaczenie dla uzyskania zamówienia, a w ślad za nimi wynagrodzenia, które znacznie przewyższy kwoty oferowane poszczególnym osobom przeznaczonym do realizacji przedsięwzięcia. Powyższe prowadzi do wniosku, że informacje, o których mowa, mają – w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego – wartość gospodarczą dla Wykonawcy. (...) Osoby wskazane przez Wykonawcę jako Kierownik Budowy i Kierownik Zespołu projektowego/Projektant drogowy posiadają wysokie kwalifikacje, co wraz z posiadanym doświadczeniem stanowi unikalne połączenie na rynku pracy. Z tego względu są to osoby trudno zastępowalne, a ich pozyskanie przez konkurentów*

Wykonawcy mogłoby nawet uniemożliwić Budimex S.A. wzięcie udziału w kolejnych zamówieniach w branży budowlanej na rzecz Zamawiającego.

Odnosząc się do powyższego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazać należy że Przystępujący Budimex przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne uzasadnienie, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę.

W ocenie Izby, powołanie się na możliwość „podkupienia” osób wskazanych w Wykazie Kierowników, posiadających fachową wiedzę, nie jest argumentem wystarczającym, aby mówić o wykazaniu wartości gospodarczej. Podkreślenia wymaga, że w Wykazie Kierowników wykonawcy zobowiązani byli ujawnić ograniczoną ilość informacji, tj. imię i nazwisko kilku osób, opis fragmentu ich doświadczenia zawodowego, podstawy dysponowania przez wykonawcę daną osobą, kwalifikacje (wykształcenie, uprawnienia budowlane) i proponowane stanowisko w ramach przedmiotowego zamówienia. Istotnym było również to, że nie należało ujawniać całego doświadczenia zawodowego określonej osoby, ale wyłącznie jej doświadczenie w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje wykonawca. Zakres ten był więc bardzo ograniczony. Argumentacja wykonawcy odnośnie wartości gospodarczej ww. informacji jest ogólna i lakoniczna. Przystępujący Budimex powoływał się jedynie na obawę „podkupienia” personelu o specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu. Nie wskazał natomiast, czy i jak, jeżeli tak, to kiedy, wykonawca zetknął się z praktyką podkupywania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawił też żadnego dowodu. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazał, aby wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób.

Argumentacja dotyczące wartości gospodarczej jaką jest stworzenie zespołu osób wskazanych w Wykazie Kierowników, dobranych w oparciu o szczególne doświadczenie, wraz z dowodami na jej poparcie, została przez Przystępującego Budimex podniesiona i przedstawiona dopiero podczas rozprawy. Jednakże z uwagi na fakt, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert, Izba uznała argumentację Przystępującego Budimex wraz z dowodami w tym zakresie, za spóźnioną.

Odnosząc się natomiast wprost do argumentu Przystępującego Budimex w zakresie obawy przed „podkupieniem” osób wskazanych w Wykazie Kierowników, należy podkreślić, iż w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Okoliczność, że pracownicy mogą przejawiać

chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych) jest praktyką powszechną, dotyczącą każdej branży, nie tylko rynku budowlanego. W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę np. odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, korzystnych warunków zatrudnienia a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia, w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe.

Izba w pełni podziela utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że informacja o charakterze gospodarczym może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Dlatego wartość tę należy wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie głośnie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Tym samym argumentacja Przystępującego Budimex, dotycząca ryzyka związanego z ujawnieniem informacji na temat imion i nazwisk, opisu fragmentu doświadczenia, oraz obawy przed „podkupieniem” osób wskazanych w Wykazie Kierowników, bez jego wykazania nie jest wystarczająca dla stwierdzenia, że stanowi ona wartość gospodarczą.

Izba podkreśla również, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa brak jest wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu utrzymania poufności informacji zawartych w Wykazie Kierowników. Przystępujący Budimex powołał się na obowiązujące u niego procedury oraz dokumenty: Deklarację Stosowania Bezpieczeństwa Informacji oraz Politykę Bezpieczeństwa Informacji, a także wskazał osoby, które miały dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i zostały zobowiązane do zachowania tych informacji w tajemnicy - choć na tą okoliczność nie złożył żadnego dowodu.

Ponadto, w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, poza obszernym odniesieniem się do orzecznictwa sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej brak jest merytorycznego wykazania zachowania w poufności informacji zawartych w Wykazie Kierowników. Z załączonych dokumentów: Deklaracji Stosowania Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityki Bezpieczeństwa Informacji, poza ogólnikowymi odniesieniami do wewnętrznych procedur związanych z klasyfikacją informacji, sposobem jej przechowywania, przetwarzania, udostępniania i usuwania oraz celu polityki bezpieczeństwa informacji, również nie wynika jakie konkretne działania podjął Przystępujący Budimex w celu utrzymania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w poufności.

Tymczasem dysponentem powyższych informacji nie jest wyłącznie Przystępujący Budimex, który sporządził Wykaz Kierowników na potrzeby danego postępowania, ale także

dany ekspert oraz podmiot, dla którego realizowane było zadanie wskazane w wykazie, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Informacje te nie stanowią bowiem wyłącznej wiedzy wykonawcy, który sporządził wykaz, zatem nie można uznać, iż nie zostały ujawnione do wiadomości innych osób lub podmiotów skoro same osoby mogą dowolnie informować o posiadanym przez siebie doświadczeniu. Przystępujący Budimex nie wykazał, aby wobec tych osób lub podmiotów, stosował praktyki zawarcie umów na wyłączność, czy w ramach zawieranych umów wprowadzał postanowienia dotyczące zakazu konkurencji, ani żadnych innych podobnych procedur, poprzez które informacje wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostałyby ujawnione.

Ponadto, w ocenie Izby nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa takich informacji, jak imię i nazwisko specjalistów wskazanych w Wykazie Kierowników z uwagi na fakt, iż informacje na temat nazwisk kierowników robót oraz kierowników budowy pozostają jawne ze względu na przepisy prawa budowlanego (jawność nazwisk autorów projektów budowlanych, wpisywanie do Dzienników Budowy nazwisk kierowników robót, ujawnianie na tablicach informacyjnych nazwisk kierowników budowy) nie byłoby możliwe realne zachowanie takich danych w tajemnicy. Zatem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie można ograniczyć dostępu do informacji jawnych poprzez zastrzeżenie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym, w ocenie Izby w uzasadnieniu objęcia Wykazu Kierowników” tajemnicą przedsiębiorstwa, Przystępujący Budimex nie wykazał, że zastrzeżonemu dokumentowi przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem nie wykazał on żadnej z przesłanek skutecznego zastrzeżenia takiej tajemnicy.

Odnosząc się do zarzutu drugiego, polegającego na naruszeniu art. 8 ust. 1 Ustawy Pzp oraz 96 ust. 3a Pzp w zw. z art. 9 Rozporządzenia RODO- poprzez nieujawnienie Wykazu Kierowników w tym danych osobowych osób wskazanych w wykazie, pomimo, że zgodnie z Ustawą Pzp, dane osobowe udostępnione w trakcie postępowania są jawne, za wyjątkiem określonym w art. 9 Rozporządzenia RODO, który nie ma w niniejszym postępowaniu zastosowania, Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że możliwość wyłączenia zasady jawności w odniesieniu do danych osobowych, z uwagi na ochronę prywatności lub interesu publicznego, została przewidziana w art. 8 ust. 4 ustawy Pzp. Zatem, a contrario, wszystkie inne dane osobowe zebrane (zgodnie z prawem) w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu są jawne, co oznacza praktycznie nieograniczony dostęp do danych osobowych osób fizycznych zawartych w dokumentacji postępowania.

Zasada jawności funkcjonująca na gruncie ustawy Pzp wynika wprost z art. 61 Konstytucji RP statuującego zasadę jawności działań podmiotów publicznych (z zastrzeżeniem, że ograniczenie zasady jawności może nastąpić wyłącznie ze względu na określoną w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych).

Co więcej, zasada jawności powiązana jest z zasadą przejrzystości, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wyrażoną w dyrektywach UE dotyczących zamówień publicznych.

Zatem w kontekście celów przyświecających zamówieniom publicznym zasada jawności w ustawie Pzp może być wyjątkowo poddana ograniczeniu z uwagi na poszanowanie prawa do prywatności, w sytuacjach odnoszących się do przetwarzania danych osobowych osób fizycznych. Powyższe wynika z zasady proporcjonalności wyrażonej zarówno na gruncie regulacji dotyczących zamówień publicznych, jak i RODO. Zgodnie bowiem z motywem czwartym rozporządzenia RODO *Prawo do ochrony danych osobowych nie jest prawem bezwzględny, należy je postrzegać w kontekście jego funkcji społecznej i wyrażać względem innych praw podstawowych w myśl zasady proporcjonalności.*

Dostosowanie przepisów prawa zamówień publicznych, do obowiązków wynikających z Rozporządzenia RODO, nastąpiło ustawą z dnia 21 lutego 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.U. z 2019 r. poz. 730). Ustawodawca wprowadził do ustawy Prawo zamówień publicznych m.in. artykuł 96 ust. 3a.

Zgodnie z brzmieniem art. 96 ust. 3a Pzp: *zasada jawności, o której mowa w ust. 3, ma zastosowanie do wszystkich danych osobowych, z wyjątkiem danych, o których mowa w art. 9 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu. Ograniczenia zasady jawności, o których mowa w art. 8 ust. 3-5, stosuje się odpowiednio.*

Z kolei, art. 9 ust. 1 rozporządzenia 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO) mówi, że *zabrania się przetwarzania danych osobowych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz przetwarzania danych genetycznych, danych biometrycznych w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej lub danych dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby.*

W uzasadnieniu do ww. projektu ustawy (Nr druku sejmowego: 3050) w odniesieniu do art. 96 ust. 3a Pzp wskazano, m.in.: *projektowany przepis doprecyzowuje zasadę jawności w zamówieniach publicznych w kontekście przetwarzania (a dokładnie udostępniania) danych osobowych zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu, zawartych w protokole lub załącznikach do protokołu. (...) proponuje się dodanie w art. 96 ustawy Pzp ust. 3a, zgodnie z którym zasada jawności, o której mowa w art. 96 ust. 3 tej ustawy, ma zastosowanie do wszystkich danych osobowych, z wyjątkiem danych, o których mowa w art. 9 RODO, zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu. Zgodnie z projektowanym zdaniem drugim, ograniczenia zasady jawności, o których mowa w art. 8 ust. 3–5 ustawy Pzp, stosuje się odpowiednio. Powyższa regulacja wprost przesądza, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w konkursie (oraz przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania lub konkursu) zamawiający ma prawo i obowiązek udostępniania wszystkich danych osobowych zawartych w protokole oraz w zgromadzonych załącznikach do protokołu, za wyjątkiem szczególnych kategorii danych osobowych (tzw. danych wrażliwych), o których mowa w art. 9 RODO. Wyjaśnienia wymaga, że projektowana regulacja nie będzie miała zastosowania do umów w sprawach zamówień publicznych, które podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej (vide: art. 139 ust. 3 ustawy Pzp).*

Reasumując, zgodnie z projektowanym art. 96 ust. 3a zdanie pierwsze, zamawiający będzie miał prawo i obowiązek ujawnienia wszystkich danych osobowych, które znajdują się w dokumentacji postępowania, w tym przekazanej przez wykonawcę. Dotyczy to całości przekazanej przez wykonawcę dokumentacji, za wyjątkiem załączonych przez wykonawcę informacji zawierających tzw. dane wrażliwe (art. 9 RODO), do których przekazania, na gruncie Pzp, wykonawcy nie są co do zasady uprawnieni. Należy przy tym przypomnieć, że wykonawcy powinni przekazywać tylko te dane osobowe i tylko w takim zakresie, w jakim jest to potrzebne dla celów prowadzonego postępowania.

Wobec powyższego, stwierdzić należy, że regulacja art. 96 ust. 3a Pzp jednoznacznie wskazuje na zastosowanie zasady jawności do danych osobowych zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu oraz wskazuje wyjątki dotyczące danych osobowych, uzasadniających wyłączenie jej zastosowania. Wyjątkiem od stosowania zasady jawności będą dane, których przetwarzania zabrania art. 9 ust. 1 Rozporządzenia RODO, tj. dane osobowe ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz dane genetycznych, dane biometryczne przetwarzane w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej lub dane dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej osoby fizycznej.

Podkreślenia wymaga, że żadna z powyższych informacji nie była przez Zamawiającego wymagana, w ramach danych które wykonawcy winni podać w Wykazie Kierowników, ani też Przystępujący Budimex samodzielnie, takiej informacji nie zawarł w wykazie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa. Wszystkie dane, które należało podać w wykazie uzasadnione były celem postępowania oraz możliwością weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ocena ofert, zatem ich żądanie było w pełni uzasadnione.

Podsumowując, w ocenie Izby wszystkie wymagane przez Zamawiającego w Wykazie Kierowników dane osobowe są danymi jawnymi i podlegają udostępnieniu zgodnie z zasadą jawności postępowania.

Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następtwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem Zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było ujawnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Ponadto Izba podkreśla, że uniemożliwienie pozostałym wykonawcom zapoznanie się z jawnymi danymi zawartymi w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa Wykazie Kierowników przez Przystępującego Budimex, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia zgodnie z zasadą transparentności a także w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców.

W związku z powyższym, zarzuty podniesione przez Odwołującego, zasługują na uwzględnienie. Należało zatem orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba zasądziła od Przystępującego Budimex wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego kwotę 3.600,00 zł stanowiącą wynagrodzenie jednego pełnomocnika.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....