

WYROK
z dnia 8 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21.05.2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie oraz STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez Dyrektora Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: GÜLERMAK Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze, Gülermak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: STECOL CORPORATION z siedzibą w Chinach oraz Polbud Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw.

orzeka:

- 1) uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie Załącznika nr 2 – Formularz Kryteria Pozacenowe, Załącznika nr 3 – Wykaz osób skierowanych

przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego oraz Załącznika nr 4 – Wykaz Płatności,

3) Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: STECOL CORPORATION z siedzibą w Chinach oraz Polbud Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie oraz STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: STECOL CORPORATION z siedzibą w Chinach oraz Polbud Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie oraz STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę 23 600 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: STECOL CORPORATION z siedzibą w Chinach oraz Polbud Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku** na rzecz Zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez Dyrektora Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie** kwotę 3 600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez Dyrektora Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S52 odc. Północna Obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica — węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła)”*.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie oraz STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”), wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na dokonaniu błędnej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: STECOL CORPORATION oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum Stecol” lub „”) i zaniechaniu ujawnienia całości informacji zawartych w tej ofercie, mimo że informacje, o których mowa, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub co najmniej Konsorcjum Stecol nie dochowało wymogów wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp, tj. okoliczności tej nie wykazało.

Zaskarżonym czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z art 8 ust 1 Pzp, art. 7 ust 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018r., poz. 419; dalej: „u.z.n.k.”) - poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego ocenę skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez Konsorcjum Stecol i odmowę ujawnienia informacji, które Konsorcjum Stecol zastrzegło jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy zastrzeżone informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie okoliczność ta nie została przez Konsorcjum wykazana, czym Zamawiający w znacznym stopniu ograniczył realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy Pzp środków ochrony prawnej.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Stecol jako tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. całości oferty Konsorcjum Stecol.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że w dniu 10 maja 2018 r., po wcześniejszym wniosku złożonym niezwłocznie po otwarciu ofert otrzymał od Zamawiającego ofertę Konsorcjum Stecol z wyłączeniem str. 5- 13 oferty.

Konsorcjum Stecol w pkt 10 oferty wskazało, że informacje i dokumenty zawarte na str. 5-13 oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co zostało wykazane w Załączniku 1 do oferty (str. 4). Dokumenty utajnione, zgodnie z Załącznikiem 1 do oferty, to:

- Załącznik nr 2 - Formularz Kryteria Pozacenowe,
- Załącznik nr 3 - Wykaz Osób Skierowanych Przez Wykonawcę Do Realizacji Zamówienia Publicznego,
- Załącznik nr 4 - Wykaz Płatności.

Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przez Konsorcjum Stecol musi zostać oceniona jako nieprawidłowa, ponieważ wykonawca ten nie wykazał, że informacje te podlegają zastrzeżeniu w momencie ich złożenia Zamawiającemu. Wyjaśnił, że również Zamawiający w punkcie 14.12 SIWZ, przewidział, że może uznać zastrzeżenie za skuteczne wyłącznie, gdy wykonawca wykazał, załączając stosowne wyjaśnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, iż nie ujawnia informacji wyłącznie, gdy wykonawca wykaże łącznie spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 Pzp.

Według Odwołującego z uwagi na fakt, że Konsorcjum Stecol nie spełniło kumulatywnie określonych przesłanek przewidzianych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., wskazane informacje nie podlegają ochronie przewidzianej w art. 8 ust. 3 Pzp, powinny więc zostać udostępnione Odwołującemu. Zamawiający w tej sprawie nie mógł dokonać merytorycznej analizy zastrzeżonych przez Konsorcjum Stecol informacji pod kątem spełniania przez nie tych przesłanek, ponieważ wykonawca nie spełnił wymogu formalnego, czyli nie spełnił obowiązku wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Stecol przedstawiło w ofercie uzasadnienie zastrzeżenia informacji, przy czym jest to jednostronicowe oświadczenie, które sprowadza się do przytoczenia treści przepisów Pzp i u.z.n.k. przywołania poglądów doktryny i orzecznictwa („powszechnie przyjmuje się”) oraz do gołosłownego, tj. nieopartego żadnymi dodatkowymi informacjami i dowodami, oświadczenia, że Konsorcjum Stecol spełnia ustawowe przesłanki. Powyższe w ocenie Odwołującego potwierdza, iż Konsorcjum w żaden sposób nie dokonało skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy, a nawet nie uprawdopodobniło, że zastrzegane informacje mogą mieć dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Wobec powyższych wniosków, z całą pewnością niezgodne z prawem byłoby nieujawnienie przez Zamawiającego informacji objętych wnioskiem, jest bowiem oczywiste, że te informacje tyczą się wyłącznie bieżącego postępowania i nie mają waloru technicznego, technologicznego czy organizacyjnego. Informacje zawarte w ofercie Konsorcjum Stecol nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a zatem nie mogły stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jawności, możliwość zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy traktować jako wyjątek, a w ślad za tym konieczne jest bardzo rygorystyczne podejście do wymogu wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje mogą być wyłączone z udostępnienia pozostałym wykonawcom. Z powyższych względów Zamawiający jest zobowiązany odtajnić informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Stecol jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne, wynikająca z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy, stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Zamawiający, chcąc odstąpić od tej naczelnej zasady dla ochrony interesów pojedynczego wykonawcy, jest zobowiązany do przeprowadzenia rzetelnej, szczegółowej analizy spełnienia opisanych w niniejszym wniosku przesłanek, biorąc pod uwagę przede wszystkim obowiązki takiego wykonawcy wskazane w ustawie. Odwołujący wskazał, iż ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał (KIO 1535/14).

Reasumując Odwołujący stwierdził, iż Konsorcjum Stecol dokonało zastrzeżenia kluczowej części oferty wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji przedkładanych Zamawiającemu informacji, nie przedstawiając żadnego uzasadnienia dla takiego działania, co w nieuzasadniony sposób ogranicza Odwołującemu możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący zauważył przy tym, że nie znając treści informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Stecol, nie może udowodnić, iż wykonawca ten nie zastrzegł informacji o walorze tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednak jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Izby, to na wykonawcy zastrzegającym informację, jak również na Zamawiającym w przypadku, gdy uznał on skuteczność zastrzeżenia, spoczywa ciężar dowodu, że informacje te spełniają warunki objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący może wyłącznie uprawdopodobnić tę okoliczność wskazując, że sam rodzaj zastrzeżonych w niniejszej sprawie informacji w powiązaniu z wymogami SIWZ, powodują, że informacje zastrzeżone obiektywnie nie mogą mieć waloru tajemnicy. Nie ulega wątpliwości, że zastrzeżone w ofercie informacje nie mają charakteru technicznego, technologicznego czy organizacyjnego przedsiębiorstwa, a przede wszystkim wartości gospodarczej. Są to informacje mające znaczenie tylko dla niniejszego postępowania - Wykaz płatności, informacje dot. Kryterium oceny ofert czy personelu do realizacji niniejszego zamówienia. Informacje te (zwłaszcza Wykaz płatności i informacje przedstawiane dla potrzeb oceny oferty w kryteriach innych niż cena) są na tyle ogólne, że na ich podstawie nie sposób ustalić, ani sposobu wyliczenia przez Konsorcjum ceny, ani innych zasad jego funkcjonowania. Wreszcie, nie sposób ustalić,

na czym miałyby polegać wartość gospodarcza informacji o członkach personelu Konsorcjum, skoro także w tym przypadku to wyłącznie „wycinek” informacji o personelu Konsorcjum, ale i także o wiedzy, doświadczeniu i kwalifikacjach poszczególnych osób wskazanych w Wykazach. Zastrzeżone przez Konsorcjum Stecol informacje nie mają więc waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim jednak, samo zastrzeżenie zostało dokonane w sposób nieprawidłowy, a więc informacje zawarte w ofercie Konsorcjum Stecol powinny zostać udostępnione Odwołującemu.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 maja 2018 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

W uzasadnieniu wskazał, iż uwzględnia odwołanie, mimo iż nie wszystkie twierdzenia Odwołującego podniesione w odwołaniu są adekwatne w przedmiotowym przypadku. Przede wszystkim bowiem podkreślić należy, że w dacie, w której Odwołujący zażądał udostępnienia dokumentacji objętej przez Konsorcjum STECOL zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, decyzja w zakresie oceny skuteczności tego zastrzeżenia nie była jeszcze przez Zamawiającego podjęta. Zarzut dotyczący błędnej oceny dokonanej przez Konsorcjum Stecol zastrzeżenia jest więc nieadekwatny.

Zamawiający zgadza się jednak z Odwołującym, że Konsorcjum STECOL nie wykazało w sposób dostateczny przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tym samym w sposób nieskuteczny dokonało zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Konsorcjum STECOL wraz z ofertą z dnia 30 kwietnia 2018r. przedłożyło:

- załącznik nr 2 - Formularz Kryteria Pozacenowe
- załącznik nr 3 - Wykaz Osób Skierowanych Przez Wykonawców Do Realizacji Zamówienia Publicznego
- załącznik nr 4 - Wykaz Płatności.

Składając powyższe dokumenty Konsorcjum dokonało ich zastrzeżenia, uznając przekazywane dane za tajemnicę swojego przedsiębiorstwa.

Biorąc jednak pod uwagę treść uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia, Zamawiający stoi na stanowisku, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że dokonane zastrzeżenie jest skuteczne. Uzasadnienie sprowadza się bowiem wyłącznie do przywołania treści przepisu definiującego tajemnicę przedsiębiorstwa, kilku ogólnych tez wynikających z dotychczasowego orzecznictwa oraz niepopartego żadnymi dodatkowymi informacjami i dowodami oświadczenia, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Nie sposób w tych okolicznościach uznać, iż wykonawca dążąc do ochrony przekazywanych Zamawiającemu informacji zachował chociaż minimum staranności w zakresie przedstawionego zastrzeżenia. Zgodzić należy się jednocześnie z poglądem, że

ograniczenie jawności dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi być traktowane jako wyjątek. Nadużywanie tej możliwości stanowi działanie, które zaburza uczciwą konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie może być akceptowane.

W przedmiotowym przypadku Konsorcjum Stecol dokonało zastrzeżenia nieskutecznego i jednocześnie dotyczącego informacji, które są podstawą dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu, a zatem winny być one w pełni jawne.

W tej sytuacji Zamawiający uwzględniając przedmiotowe odwołanie jednocześnie potwierdza, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Stecol nie jest skuteczne i dokumenty złożone przez Konsorcjum są jawne w całości i mogą być w całości udostępnione Odwołującemu.

Konsorcjum Stecol pismem z dnia 30 maja 2018 r. wniosło sprzeciw od powyższej czynności Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: GÜLERMAK Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze, Gülermak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: STECOL CORPORATION z siedzibą w Chinach oraz Polbud Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

Na wstępie wskazać należy, że Przystępujący Stecol na rozprawie przedłożył pismo z dnia 5 czerwca 2018 r., w którym poinformował, iż odstępuje od zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzeżonej w ofercie, w zakresie dokumentów, obejmujących załącznik nr 4, tj. wykaz płatności oraz częściowo załącznik nr 2.2 – formularz kryteria pozacenowe, w zakresie obejmującym podkryteria: właściwości przeciwpoślizgowe nawierzchni, równość podłużna nawierzchni, termin realizacji kontraktu i zagospodarowanie gruntu rodzimego. Z uwagi jednak na fakt, iż wykonawca ten nie wycofał w sposób wyraźny i jednoznaczny wniesionego przez siebie sprzeciwu w tym zakresie, Izba uznała, iż przedmiotowe pismo potwierdzało zarzuty odwołania, iż informacje zawarte w powyższych załącznikach nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji Izba uznała brak potrzeby orzekania w zakresie zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż sam Przystępujący przedmiotowym pismem nie podtrzymał swojego stanowiska co do zasadności objęcia części oferty w zakresie załącznika nr 2.2 i 4 tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część oferty przedstawiając następujące uzasadnienie: *„Wykonawca wskazuje, iż zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w następujących dokumentach złożonych przez Wykonawcę wraz z OFERTĄ tj. w załącznikach do niniejszej oferty, stanowiących jej integralną część, mianowicie:*

Załącznik nr 2 - Formularz Kryteria Pozacenowe,

Załącznik nr 3 - Wykaz Osób Skierowanych Przez Wykonawcę Do Realizacji Zamówienia Publicznego,

Załącznik nr 4 - Wykaz Płatności.

Wykonawca niniejszym wykazuje, że informacje, których poufność została zastrzeżona mają charakter „tajemnicy przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, dalej jako Ustawa) i jako takie zostały zastrzeżone zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r, Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako „PZP”).

Zgodnie z art. 11 ust. 4 cyt. Ustawy przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania (np. metod działania). Z kolei, za informację organizacyjną przyjmuje się całość doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa. Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej

ujmując całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Pojęcia te (informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa) powinny być rozumiane szeroko, również jako „wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak również informacje związane z działalnością marketingową z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynku zbytu. Do tajemnic przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne know-how, w tym zarówno know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe lub zasoby osobowe. Informacja taka nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może ona być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie. Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca postanowił zachować w poufności potencjał techniczny i technologiczny oraz osobowy, które zawarte są w w/w załącznikach.

Przedstawione powyżej argumenty i wymieniony we Wniosku zakres przeznaczony do zachowania ich w poufności spełniają kryteria, które muszą być przedstawione do uzasadnienia zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa.”

Uwzględniając powyższe wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przypomnienia wymaga, 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 Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp. W świetle powyższego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zatem z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów 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 oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący Stecol zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k.:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Izby Przystępujący Stecol nie sprostął ciężarowi wykazania żadnej z tych przesłanek. Lektura kilkudzaniowego uzasadnienia zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że obejmowało ono ogólnikowe, gołosłowne i pozbawione szerszego wywodu merytorycznego deklaracje co do spełniania poszczególnych elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorca.

Ustawodawca w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka "posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji "innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. W rozpatrywanej sprawie Przystępujący Stecol w żaden sposób nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informacje pozostaną niejawne. Nie wskazał nawet na ryzyko "podkupienia" personelu przez konkurencję. Przystępujący na rozprawie wywodził, że jest nowym podmiotem na rynku polskim, dlatego też pracownicy wskazani w wykazie osób nie chcą, aby ich dane zostały ujawnione przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Wskazywał ponadto, iż powyższe powoduje trudności związane z pozyskiwaniem pracowników. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że taka argumentacja nieprzedstawiona w terminie składania ofert nie może być wzięta pod uwagę, jako spóźniona.

Należało zatem stwierdzić, że o ile rzeczywiście informacje z wykazu osób mogą potencjalnie przedstawiać dla wykonawcy jakąś wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11

ust. 4 u.z.n.k., to jednak Przystępujący Stecol nie wykazał, że taka sytuacja wystąpiła również w tym przypadku, a to jest warunkiem koniecznym skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła również, że ww. Przystępujący w żadnej mierze nie sprostął ciężarowi wykazania, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz że podjął niezbędne działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wynika, że niewystraszające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych. Działania niezbędne to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, że gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie przygotowywania oferty, poczynając od osób, których danych i doświadczenia dotyczyły zastrzeżone informacje zastrzegane w wykazach osoby, przez osoby po stronie zleceniodawców, na rzecz których osoby te wykonywały zlecenia wymienione w wykazie doświadczenia, aż do zespołu ofertowania u wykonawcy. Przystępujący przytoczył jedynie te przesłanki w żaden sposób ich nie uzasadniając. Przystępujący z żaden sposób nie opisał także metod i sposobów ochrony informacji zastosowanych w jego firmie. Przystępujący Stecol nie wyjaśnił również, w jaki sposób gwarantuje sobie, że zleceniodawcy, na rzecz których wykonane były usługi określone w wykazach, zadbali o utajnienie danych co do autorstwa tych projektów. Nie ujawniono także Zamawiającemu choćby przykładowej treści tych klauzul poufności. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw, aby stwierdzić, czy klauzule te są wystarczające.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia wykazu osób jak również informacji zawartych w pozostałych załącznikach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1 oraz 3 ustawy poprzez zaniechanie ujawnienia treści tego dokumentu.

W tym miejscu Izba odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż zarzut Odwołującego dotyczący błędnej oceny dokonanej przez Konsorcjum Stecol zastrzeżenia jest nieadekwatny, bowiem Zamawiający na moment wniesienia odwołania nie zakończył czynności związanych z oceną skuteczności tego zastrzeżenia, Izba uznała powyższe stanowisko za błędne. Zauważyć bowiem należy, że Zamawiający udostępniając Odwołującemu część oferty Konsorcjum Stecol w żaden sposób nie poinformował Odwołującego, iż nie zakończył on jeszcze badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie miał więc wiedzy w tym zakresie.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego Stecol odnośnie przedwczesności złożonego odwołania z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający nie uzyskał zgody osób zawartych w wykazie na przetwarzanie ich danych osobowych, Izba wskazuje, iż to na wykonawcy ciąży podczas pozyskiwania danych osobowych na potrzeby konkretnego

postępowania o udzielenie zamówienia obowiązek informacyjny wynikający z art. 13 RODO względem osób fizycznych, których dane osobowe dotyczą, i od których dane te bezpośrednio pozyskał.

Należy zauważyć, że obowiązek informacyjny wynikający z art. 13 RODO nie będzie miał zastosowania, gdy i w zakresie, w jakim osoba, której dane dotyczą, dysponuje już tymi informacjami.

Wyjaśnienia wymaga ponadto, że co do zasady Zamawiający, przetwarzając dane osobowe, które pośrednio pozyskał w celu związanym z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, nie będzie obowiązany do wypełniania obowiązku informacyjnego, mając na względzie treść włączeń zawartych w art. 14 ust. 5 RODO (Przykładowa klauzula informacyjna z art. 13 RODO do zastosowania przez zamawiających w celu związanym z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zamieszczona na stronie: <https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/rodo-w-zamowieniach-publicznych>).

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 2, 3 Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018r. poz. 972), Izba zasądziła od Przystępującego Stecol (jako wnoszącego sprzeciw w niniejszej sprawie) na rzecz Odwołującego oraz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie po 3.600 zł dla każdej ze stron. Na marginesie wypada tylko dodać, że Izba orzekła w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia, z którego wynika, że strona wnosząca sprzeciw - w przypadku gdy Izba nie podzieli jej stanowiska - zobowiązana jest ponieść koszty o których mowa w § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia (m. in. dotyczące wynagrodzenia pełnomocnika) na rzecz Odwołującego lub Zamawiającego. Skoro w niniejszym przepisie mamy do czynienia z alternatywą łączną, gdzie spójnik "lub" oznacza, że mogą być także jednocześnie spełnione obie przesłanki - t.j. wnoszący sprzeciw ponieść koszty na rzecz Odwołującego jak i Zamawiającego - zatem uzasadnionym jest zasądzenie od wykonawcy Stecol zarówno na rzecz Odwołującego jak i Zamawiającego po kwocie 3.600 zł dla każdej ze stron.

Przewodniczący:.....