

Sygn. akt: KIO 2376/19

WYROK
z dnia 10 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Danuta Dziubińska
Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: SYSTRA S.A., Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty s.c. S. B. J. B., INFRARES Sp. z o.o., rue Henry Farman 72-76, 75015 Paryż, Francja** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Voessing Polska Sp. z o.o., ul. Grobla 17 lok. 5, 61-859 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2376/19 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy: **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2376/19 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**

- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: SYSTRA S.A., Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty s.c. S. B. J. B., INFRARES Sp. z o.o., rue Henry Farman 72-76, 75015 Paryż, Francja, i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: SYSTRA S.A., Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty s.c. S. B. J. B., INFRARES Sp. z o.o., rue Henry Farman 72-76, 75015 Paryż, Francja** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: SYSTRA S.A., Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty s.c. S. B. J. B., INFRARES Sp. z o.o., rue Henry Farman 72-76, 75015 Paryż, Francja** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący

Członkowie

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Opracowanie dokumentacji projektowych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn.: Prace w ciągu C-E 65 na odcinku Zduńska Wola - Inowrocław - Tczew w podziale na 3 LCS”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 238-544829.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: SYSTRA S.A., Biuro Projektowo - Konsultingowe BPK Mosty s.c. S. B., J. B., INFRARES Sp. z o.o. z siedzibą Lidera w Paryżu (Francja) (dalej; Konsorcjum SYSTRA) wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętej w dniu 13 listopada 2019 r. w części 2 (LCS Bydgoszcz Główna) w zakresie odtajnienia Załącznika nr 8 - Wykaz personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny w ofercie Odwołującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo zastrzeżenia i wykazania przez Odwołującego na etapie składania ofert, że ta część oferty zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wyjaśnił, że ujawnienie informacji, które Odwołujący zastrzegł i wykazał, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, może pozbawić Odwołującego przewagi konkurencyjnej zarówno w toczącym się, jak i w przyszłych postępowaniach o zamówienia publiczne.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”, poprzez nieuzasadnione uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia części oferty Odwołującego i odtajnienie tej części oferty, mimo że w ofercie zastrzeżono oraz wykazano, że informacje zawarte w Wykazie personelu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia części oferty Odwołującego oraz o zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 13 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu na podstawie art. 8 ust. 1 i 2 Pzp treści Załącznika nr 8 - Wykaz personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert. Zamawiający umotywował swoją decyzję koniecznością zapewnienia równego traktowania wykonawców oraz lakonicznym uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego. Zamawiający wskazał, że odtajnia Załącznik nr 8 Odwołującego, ponieważ odtajnił części ofert i dokumentów wykonawców TPF sp. z o.o. oraz Voessing Polska Sp. z o.o. konkurujących z Odwołującym, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołań kwestionujących skuteczność zastrzeżenia przez tamtych wykonawców Wykazu personelu jako tajemnicy

przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że do odtajnienia części ofert wykonawców TPF sp. z o.o. oraz Voessing Polska Sp. z o.o. doszło w ten sposób, że w postępowaniu odwoławczym KIO 2105/19 ww. wykonawcy nie wnieśli sprzeciwu od decyzji Zamawiającego o ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z czym zgodzili się na odtajnienie zastrzeżonych uprzednio informacji.

Odwołujący wskazał, że zasada równego traktowania wykonawców nakazuje takie same traktowanie podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji, wobec czego nie ma zastosowania w odniesieniu do Odwołującego i jego zastrzeżonych dokumentów w drodze analogii, jaką Zamawiający widzi w fakcie odtajnienia dokumentów innych wykonawców zgodnie z zapadłymi wyrokami KIO.

Każdy funkcjonujący na rynku podmiot świadomie kształtuje swoją politykę poufności. Wykonawcy Voessing Polska Sp. z o.o. oraz TPF sp. z o.o. w postępowaniach odwoławczych, poprzez niewniesienie sprzeciwu wobec decyzji Zamawiającego o odtajnieniu informacji, świadomie wyrazili zgodę na ujawnienie Załączników nr 8 w całości, podczas gdy Odwołujący podtrzymuje kwalifikację informacji tam zawartych jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nadal utrzymuje również warunki, w których utajniona informacja jest chroniona w strukturach przedsiębiorstw Odwołującego. W efekcie, realizacja zasady uczciwej konkurencji nie uzasadnia odtajnienia informacji Odwołującego z powołaniem się na warunki istniejące w odniesieniu do jego konkurentów. Ponadto, postępowania zakończone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2019 r., KIO 2105/19 oraz postanowieniem z dnia 31 października 2019 r., KIO 2107/19 nie dotyczyły kwestii utajnienia informacji przez Odwołującego. Nie znajduje uzasadnienia rozciąganie wskazań KIO w sposób automatyczny na pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający uzasadnił odtajnienie Załącznika nr 8 zastrzeżonego przez Odwołującego brakiem zasady obejmowania tajemnicą wykazu osób dedykowanych do pełnienia funkcji, podczas gdy odtajniany załącznik zawiera informacje na potrzeby oceny ofert. Nadto, z faktu, iż brak jest zasady utajniania określonego typu informacji Zamawiający wywodzi skutek w postaci odtajnienia informacji w szczególnym przypadku. Odwołujący wyjaśnił, że nie opiera zastrzeżenia swoich informacji na ogólnej zasadzie, ale wskazuje, że przemawiają za tym szczególne względy.

Odwołujący, w przeciwieństwie do konkurentów, których dotyczyły postępowania odwoławcze w przedmiotowym przetargu, oparł swoją ofertę zasadniczo o zasoby własne, będące specjalistami zatrudnionymi w przedsiębiorstwach Odwołującego na umowę o pracę, nie zaś o inżynierów i geodetów zewnętrznych, dostępnych tylko w ramach konkretnego przetargu i tylko na zasadzie luźnej współpracy.

Odwołujący wyjaśnił, że w identycznej lub nieznacznie zmienionej strukturze

funkcjonuje na rynku od kilkunastu lat, biorąc udział w postępowaniach o zamówienie publiczne z tym samym lub bardzo podobnym składem ekspertów, gwarantujących najwyższy poziom profesjonalizmu usług realizowanych przez Odwołującego. Mimo kilkudziesięciu postępowań o zamówienie publiczne, w których Odwołujący przekazywał dane w przeszłości, dane osób z Załącznika nr 8 nigdy nie zostały ujawnione do informacji publicznej.

Ponadto, personel Odwołującego został już pozytywnie zweryfikowany w ramach warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert w kilkudziesięciu postępowaniach, z których większość prowadzona była przez Zamawiającego.

Zasoby ludzkie przesądzają o sile Odwołującego zważywszy na kluczowe znaczenie czynnika ludzkiego na rynku usług projektowania. Ma to tym większe znaczenie, że zasadnicza działalność Odwołującego oparta jest o udział w przetargach na usługi projektowania, których większość jest prowadzona przez Zamawiającego. Przewaga konkurencyjna Odwołującego w tych postępowaniach jest budowana właśnie o zasoby ludzkie, dlatego ochrona informacji w ramach tych postępowań ma dla niego kluczowe znaczenie organizacyjne i handlowe.

W większości postępowań o zamówienie publiczne na usługi projektowania wymagania postawione ekspertom są bardzo specyficzne i trudne do spełnienia, wobec czego zebranie kadry wpływającej na przewagę konkurencyjną każdego z wykonawców jest najtrudniejszym elementem procesu ofertowania. Sytuacja taka zachodzi również w odniesieniu do informacji zamieszczonych w Załączniku nr 8 zastrzeżonym przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego nie można przyjąć, że sam fakt działania przez Odwołującego na rynku zamówień publicznych uzasadnia ujawnienie informacji go dotyczących. O ile bowiem Odwołujący wyraża taką zgodę co do informacji jawnych, to w odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący godzi się wyłącznie na jej ujawnienie Zamawiającemu, działając w zaufaniu do procedur Zamawiającego gwarantujących poufne postępowanie z przekazaną informacją. Kilkunastoletnia praktyka Odwołującego w realizowanych dla Zamawiającego projektach potwierdza, że do tej pory było to założenie słuszne.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 20 listopada 2019 r. wyraził zgodę na odtajnienie zasadniczej części treści Załącznika nr 8, tj. w zakresie, jaki w ocenie Odwołującego w pełni pozwala jego konkurentom na weryfikację prawidłowości przyznanej Odwołującemu punktacji z tytułu posiadanego potencjału osobowego. Odwołujący odtajnił pełny opis punktowanych doświadczeń nabytych przez przedstawionych przez niego ekspertów, przy tym Odwołujący złożył nową wersję Załącznika nr 8 z jawnymi informacjami, które mogą zostać udostępnione zainteresowanym podmiotom. Do momentu wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający nie ustosunkował się do tego pisma.

Odwołujący podkreślił, że utrzymywane przez niego w dalszym ciągu jako zastrzeżone informacje zawarte w Załączniku nr 8 (imię i nazwisko, dane o zatrudnieniu, numer i data uprawnień), gdyby zostały odtajnione, nie zwiększyłyby możliwości weryfikacji ich prawidłowości i prawdziwości przez konkurentów w bieżącym postępowaniu, ale tylko zmniejszyłyby przewagę konkurencyjną Odwołującego w przyszłych postępowaniach, ponieważ sukcesywne „kolekcjonowanie” tych informacji przez konkurentów Odwołującego mogłoby z czasem dać im w miarę pełny obraz zasobów Odwołującego, wskutek czego mogliby podjąć czynności, którym przeciwdziała Odwołujący, chroniąc tego typu informacje, nakierowane na podkupienie ekspertów na stałe lub w związku z przyszłymi postępowaniami o zamówienie publiczne.

Odwołujący podtrzymał wolę zachowania w poufności informacji zawartych w Wykazie nr 8 (poza zakresem odtajnionym pismem z dnia 20 listopada 2019 r.) i podkreślił, że w stosunku do zastrzeżonych informacji zachodzą wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010).

Zdaniem Odwołującego, informacja o doborze personelu przez Odwołującego stanowi informację o charakterze organizacyjnym, posiadającą wartość gospodarczą. Z uwagi na unikatowość kompetencji, wysokie kwalifikacje oraz doświadczenie projektantów, których dane zamieszczone zostały w Wykazie personelu stanowiącym Załącznik nr 8 do oferty Odwołującego, jak również specyfikę rynku usług projektowych, na którym kompetencje projektantów decydują o przewadze konkurencyjnej wykonawcy, dysponowanie danym personelem decyduje bezpośrednio o możliwości pozyskania zamówienia. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. orzeczenie z dnia 31 grudnia 2012 r., KIO 2765/12.

Osoby wskazane przez Odwołującego w Załączniku nr 8 nie tylko posiadają niezbędne, wskazane przez Zamawiającego kwalifikacje i uprawnienia, ale jednocześnie, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, są personelem będącym w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. To oznacza, że wskazane osoby jako personel kluczowy zostały pozytywnie zweryfikowane pod kątem realizacji tego właśnie zadania. Co więcej personel ten, z uwagi na stałą współpracę z Odwołującym, został również pozytywnie zweryfikowany w szeregu postępowań toczących się w przeszłości. Taka informacja stanowi dodatkową wartość gospodarczą. Ujawnienie, że dana osoba została wskazana na określone stanowisko połączone z informacją o pozytywnej ocenie wykonawcy pod kątem braku podstaw do wykluczenia lub/i przyznania punktów w kryterium pozacenowym oznacza, że osoba wskazana na to stanowisko posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, co z kolei oznacza, że ujawnione zostają informacje niedostępne publicznie, które stanowią o przewadze konkurencyjnej wykonawcy mającej bezpośrednie przełożenie na możliwość

pozyskania zamówienia.

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący wykazuje zespół składający się z 3 osób legitymujących się szerokim, dodatkowo punktowanim doświadczeniem, skład takiego zespołu może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na trudność organizacyjną w pozyskaniu tych osób do realizacji danego zamówienia w taki sposób, aby stworzyły one zespół zdolny do realizacji przedmiotu zamówienia.

Dane zespołu objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez Odwołującego mogą stanowić dla konkurentów Odwołującego informacje o wymiernej, gospodarczej wartości, bowiem dysponując takimi informacjami konkurenci Odwołującego mogą potencjalnie przejąć te osoby, co dla Odwołującego stanowiłoby rzeczywistą i policzalną stratę, zwłaszcza, że dysponowanie tymi osobami ma bezpośredni wpływ na możliwość pozyskania zamówienia. Potwierdza to dorobek orzeczniczy Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując, że: *„Dane osób posiadających bardzo wysokie kwalifikacje zasługują na ochronę choćby z tego powodu, że inni wykonawcy, funkcjonujący na rynku właściwym, mogą dane te wykorzystać do pozyskania pracowników dla siebie. Opatrzanie wykazu osób klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2013; sygn. akt KIO 2874/12; zob. również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 marca 2007 r., sygn. akt V Ca 421/07; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15).

Odwołujący wskazał, że ryzyko pozyskania osób wskazanych w Załączniku nr 8 przez konkurentów Odwołującego jest realne już w toku przetargu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, gdyż konstrukcja przepisów dotyczących uzupełniania dokumentów, które pozwalają w ramach uzupełnienia dokumentów na przedstawienie osoby spełniającej warunki (w miejsce innej, zweryfikowanej negatywnie) może doprowadzić do zniweczenia przewagi konkurencyjnej przejawiającej się w pozyskaniu osób. Inni wykonawcy mogą bowiem pozyskać informacje o osobach spełniających warunki z wniosków konkurentów i próbować pozyskać te osoby, przedstawiając je następnie w uzupełnionym Wykazie - jako spełniające warunki udziału w postępowaniu (również innym, prowadzonym równolegle).

Odwołujący nie może zabezpieczyć się przed takim zagrożeniem w inny sposób tj. np. poprzez zawarcie umów wyłączności z osobami wskazywanymi we wniosku, bowiem w sytuacji, gdy na rynku istnieje niewiele osób spełniających wymagania zamawiającego, nie są one skłonne do zawarcia takiej umowy. Ich celem jest uzyskanie zlecenia od wykonawcy, który zaproponuje korzystne warunki, jednak musi to być jednocześnie wykonawca, który uzyska zamówienie, dlatego związanie się na etapie postępowania umową wyłączności z jednym tylko wykonawcą nie leży w interesie tych osób. Stąd też objęcie Wykazu personelu tajemnicą przedsiębiorstwa jest jedynym skutecznym sposobem utrzymania przewagi konkurencyjnej, mającej wymierny walor gospodarczy przejawiający się w możliwości uzyskania konkretnego zamówienia i szerzej - możliwości skutecznego konkurowania z innymi

uczestnikami rynku (tak również Krajowej Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 908/13).

Odwołujący wskazał, że Wykaz personelu nie jest powszechnie znany osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, nie jest łatwo dostępny dla takich osób oraz nie został ujawniony do informacji publicznej. Informacja o grupie osób stanowiących zespół, który będzie realizował przedmiot zamówienia nie została ujawniona osobom zajmującym się tym rodzajem informacji ani do informacji publicznej. Dane te stanowią poufne informacje Odwołującego i nigdy nie zostały opublikowane ani ujawnione w taki sposób, aby miał do nich dostęp szerszy krąg osób, zwłaszcza nigdy nie zostały opublikowane na stronie internetowej naszej spółki, w biuletynach, broszurach czy też katalogach, jak i nie ujawniono ich na targach, szkoleniach czy też innych spotkaniach branżowych. Mając na względzie politykę ochrony informacji poufnych Odwołującego, dane te nie są nawet ujawniane kontrahentom do chwili zawarcia umów czy też porozumień zawierających postanowienia dotyczące zachowania poufności tych informacji.

Odwołujący wskazał ponadto, że w stosunku do informacji zawartych w Wykazie personelu podjęto niezbędne działania w celu utrzymania ich poufności. Odwołujący posiada wdrożone wewnętrzne procedury dostępu do informacji zastrzeganych w ofertach / wnioskach jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak i innych informacji poufnych. Procedury te zapewniają dostęp do tych informacji jedynie określonym osobom, które są bezpośrednio zaangażowane w proces sporządzenia oferty. Procedury te polegają m. in. na ograniczeniu dostępu do ww. informacji, określeniu zasad obiegu tych informacji w korespondencji wewnętrznej i zewnętrznej, jak i wprowadzeniu do umów z personelem i kontrahentami odpowiednich zapisów określających te zasady, jak i sankcje za ich naruszenie. Dodatkowo należy uwzględnić, że zastrzeżenie już w samej ofercie wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi wyraz działań podjętych w celu utrzymania ich poufności (tak również KIO w wyroku z dnia 1 marca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 6/10).

Odwołujący wskazał również, że do ww. informacji wykluczony jest dostęp w tzw. „zwykłej drodze”. Zgodnie z opinią zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w odniesieniu do pojęcia tzw. „zwykłej drogi” wskazano, że *„Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub, gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano”*. Jak wyżej wskazano, zarówno Odwołujący, jak i jego kontrahenci dokładają wszelkich starań, aby krąg specjalistów, o którym mowa, pozostał informacją niejawną, co wyklucza możliwość uzyskania informacji dotyczących ich danych osobowych w tzw. „zwykłej drodze”. Nawet jeżeli znając dane osobowe konkretnego specjalisty teoretycznie możliwym jest uzyskanie informacji

na temat jego kwalifikacji i doświadczenia, np. w odpowiednich instytucjach branżowych (na mocy właściwych przepisów powszechnych czy też wewnętrznych tych instytucji), to bez tych podstawowych danych osobowych żaden podmiot (w tym zwłaszcza konkurenci) tych informacji nie uzyska, co świadczy o wyłączeniu możliwości pozyskania tych informacji w tzw. „zwykłej drodze.

Odtajnienie dokonane decyzją Zamawiającego z 13 listopada 2019 r. zostało zatem dokonane z naruszeniem art. 8 ust. 3 Pzp, mimo spełnienia wszystkich przesłanek zastrzeżenia informacji przez Zamawiającego. Uzasadnienie zaskarżonej decyzji kwestionujące prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy jest chybione, a rozumienie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców w stanie faktycznym odwołania jest nieprawidłowe i niezgodne z duchem tej zasady. Zasada ta sprowadza się bowiem do jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji oraz do zakazu jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w odmiennych sytuacjach z zastrzeżeniem, iż nierówne traktowanie jest dopuszczalne w obiektywnie uzasadnionych przypadkach. Zgodnie z wyrokiem ETS z 16 października 1980 r, w sprawie 147/79 R. Hochstrass przeciwko Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich różnicowanie obiektywne, uzasadnione czynnikami merytorycznymi, jest uzasadnione. Ponadto cel, jaki zamierzał swoją decyzją osiągnąć Zamawiający został przez niego zrealizowany z zastosowaniem nieproporcjonalnego środka. Skoro bowiem konkurenci wykonawcy mogą zweryfikować prawidłowość przyznania mu punktów w oparciu o ujawnione pismem Odwołującego z dnia 20 listopada 2019 r. informacje, to nieproporcjonalne jest założenie, że Odwołujący musi odtajnić również informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa, mimo że prawidłowo zastrzegł je w swojej ofercie.

Wykonawca Voessing Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu oraz wykonawca TPF Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 5 grudnia 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że wykonując dyspozycję wyroku o sygn. akt KIO 2105/19 oraz w związku z częściowym uznaniem odwołań (KIO 2105/19 oraz KIO 2107/19), odtajnił dokumenty wykonawcy TPF sp. z o.o. oraz wykonawcy Voessing Polska sp. z o.o., w tym m.in. Załącznik nr 8 - Wykaz personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny.

Pismem z dnia 13 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu Załącznika nr 8 - Wykaz personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny.

Swoje działanie umotywował faktem, iż konieczne jest zapewnienie równego traktowania wykonawców, a uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedłożone przez Odwołującego było zarówno lakoniczne, jak i niewystarczające.

Odwołujący w piśmie z dnia 20 listopada 2019 r. wyraził zgodę na ograniczone odtajnienie ww. informacji treści Załącznika nr 8, poprzez zanonimizowanie imion i nazwisk projektantów, nazwy oraz adresu firmy oraz numeru i daty wydania posiadanych uprawnień.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 13 listopada 2019 r. uznając uzasadnienie zastrzeżenia przez Odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa Załącznika nr 8 — Wykaz personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert jako lakoniczne, ogólnikowe przez co niewystarczające.

Powołując się na orzecznictwo KIO Zamawiający wskazał, że Odwołujący uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinien wskazać i udowodnić, iż spełniają one przesłanki wynikające wprost z art. 11 ust. 2 uznk, przy czym nie jest wystarczające samo twierdzenie wykonawcy jakoby informacja takie przesłanki spełniała, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie. Podkreślił, że Odwołujący wskazując na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji ogranicza się jedynie do twierdzenia jakoby informacja ta miała charakter organizacyjny, argumentując to w sposób lakoniczny i ogólnikowy. Odwołujący argumentując wartość gospodarczą przedstawionych informacji, zarówno w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty, jak i w odwołaniu, odnosi się do twierdzenia, iż skompletowanie 3 osobowego zespołu legitymującego się wymaganym doświadczeniem jest niezwykle trudne - przez co może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący odnośnie „wartości gospodarczej” oraz możliwej szkody przedstawia argument dotyczący możliwości „przejęcia” lub „podkupienia” osób wskazanych w Wykazie personelu przez inne konkurencyjne podmioty funkcjonujące na rynku, jednak na potwierdzenie swoich twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów ani ich nie uprawdopodobnił. Zamawiający przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2019 r. (sygn. akt KIO 860/19). Powyższe Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła również w wyroku z dnia 6 lutego 2019 r. (sygn. akt 1110131/19), a także w wyroku z dnia 2 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1791/19, KIO 1807/19).

Odnosząc się do pisma Odwołującego z dnia 20 listopada 2019 r. Zamawiający zauważył, że utajniając imiona oraz nazwiska projektantów, nazwy oraz adresy firm, numery oraz daty wydania posiadanych uprawnień przy pozostawieniu informacji takich jak: okres trwania wykonanej usługi; zajmowane stanowisko; opis doświadczenia potwierdzający spełnienie warunków; wymagane uprawnienia; podstawa dysponowania, biorąc pod uwagę, iż przedstawione doświadczenie jest doświadczeniem uzyskanym przy pełnieniu stanowiska projektanta podczas pracy na rzecz podmiotów publicznych, w tym także Zamawiającego, będąc w posiadaniu pozostałej części informacji, jest możliwe odkodowanie utajnionych

danych przez Odwołującego. Zamawiający nie podzielił argumentacji Odwołującego jakoby dostęp do zastrzeżonych informacji nie był łatwo dostępny oraz nie został ujawniony do wiadomości publicznej. Odwołujący w ww. piśmie wskazał, iż od kilkunastu lat funkcjonuje na rynku zamówień publicznych w praktycznie niezmiennym składzie ekspertów. W związku z tym osoby te były również wcześniej uczestnikami jawnych postępowań, a ich dane podlegały ujawnieniu, np. poprzez dzienniki budowy, umowy w sprawie zamówień publicznych lub w dokumentacjach projektowych.

Odwołujący, tak w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i w treści odwołania wskazał, iż podjął następujące działania, niezbędne do utrzymania ich w poufności:

- wdrożenie wewnętrznych procedur dostępu do informacji zastrzeganych w ofertach lub wnioskach jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz innych informacji poufnych przejawiające się w ograniczeniu dostępu do ww. informacji do osób bezpośrednio zaangażowanych w proces tworzenia oferty,
- określenie zasad obiegu tych informacji w korespondencji wewnętrznej oraz zewnętrznej.
- wprowadzenie do umów z pracownikami oraz kontrahentami odpowiednich zapisów określających te zasady oraz sankcje za naruszenie,

jednak na potwierdzenie tych twierdzeń nie przedłożył żadnych dowodów. Zamawiający wskazał, że w ramach wykazania podjęcia niezbędnych działań należy „wykazanie” zrównać z „udowodnieniem”, co w konsekwencji narzuca wykonawcy przedłożenie odpowiednich dowodów na potwierdzenie podjętych działań, co zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1791/19, KIO 1807/19). Podobnie również Krajowa Izba Odwoławcza opowiedziała się w wyroku z dnia 11 lutego 2019r. (sygn. akt KIO 148/19).

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy: Voessing Polska Sp. z o.o. i TPF Sp. z o.o. skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust.

2 i 3 Pzp.

Zamawiający określił w postępowaniu dwa kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej: Całkowita cena brutto - z wagą 70% i Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego - z wagą 30%.

Zamawiający postanowił, że „w ramach kryterium przyzna punkty za wykazanie się przez Wykonawcę dodatkową osobą (spoza zespołu branżowego) wspierającą kluczowy personel zespołu projektowego. Każda z badanych ofert może otrzymać maksymalnie 30 pkt. w tym kryterium. Zamawiający w ramach kryterium przyzna punkty za wykazanie się przez Wykonawcę dodatkową osobą (spoza zespołu branżowego przedstawionego przez Zamawiającego w OPZ pkt. 6.2.3 tabela nr 2) wspierającą kluczowy personel zespołu projektowego. Jeżeli Wykonawca wykaże się posiadaniem dodatkowych osób – projektantów w Zespołach branżowych takich jak: „Urządzenia sterowania ruchem kolejowym”, „Kolejowe obiekty budowlane” oraz „Mostowy” (po jednym projektancie dla każdej z branż) posiadających uprawnienia i doświadczenie zgodne z wymaganiami opisanymi poniżej w pkt. 1, 2, i 3, to za każdego takiego projektanta, który wykaże się zrealizowaniem w ciągu ostatnich pięciu [5] lat dokumentacji projektowej, zgodnej z wymaganiami podanymi poniżej w pkt. 1, 2, 3, otrzyma 2 punkty za każdą dokumentację projektową wykonaną przez tego projektanta. Za każdego projektanta można otrzymać maksymalnie 10 punktów (jeśli projektant wykaże się opracowaniem 5-ciu dokumentacji projektowych spełniających kryteria). Zamawiający zweryfikuje pierwszych pięć dokumentacji wykazanych dla danego projektanta i spełniających kryteria, pozostałe nie będą podlegały weryfikacji i punktacji. Każda z ofert w ramach kryterium może uzyskać od 0 do 30 punktów.”

Zamawiający jednocześnie określił szczegółowe wymagania dla projektantów każdego zespołu branżowego w zakresie uprawnień oraz kwalifikacji (doświadczenia).

Zamawiający zobowiązał się dokonać oceny ofert w kryterium „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” na podstawie złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą Załącznika nr 8 do IDW, wskazując, że wykaz ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ani wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 4 i art. 87. ust. 1 Pzp. W przypadku, gdy wykonawca nie załączy do oferty wyżej wymienionego Załącznika nr 8, w kryterium Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego - otrzyma 0 pkt.

W postępowaniu na część 2 zamówienia zostały złożone 4 oferty, w których Załącznik nr 8 został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wszystkich wykonawców.

W toczącym się postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2105/19 - wszczętym na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego oraz o sygn. akt KIO 2107/19 - wszczętym na skutek odwołania wniesionego przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. Zamawiający uwzględnił zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia m.in. Załącznika nr 8, tj. Wykazu personelu na

potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert w ofercie złożonej przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. i Voessing Polska Sp. z o.o., wobec którego to uwzględnienia ww. wykonawcy nie wnieśli sprzeciwów. W powyższym zakresie postępowanie odwoławcze zostało umorzone, a Zamawiający wykonał czynność odtajnienia treści załączników nr 8, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniach, w ofercie TPF Sp. z o.o. i Voessing Polska Sp. z o.o. w dniu 6 listopada 2019 r.

W dniu 13 listopada 2019 r. Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu Załącznika nr 8 w ofercie Konsorcjum SYSTRA. Zamawiający wyjaśnił w uzasadnieniu tej decyzji, że mając na uwadze zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niewystarczające i lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum SYSTRA dokonuje odtajnienia tego dokumentu.

Pismem z dnia 20 listopada 2019 r. Odwołujący wyraził zgodę na odtajnienie zasadniczej części treści Załącznika nr 8, w szczególności - pełnego opisu doświadczenia nabytego przez przedstawionych przez niego ekspertów, podstawy dysponowania osobami oraz opisu uprawnień.

W danym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego za nieskuteczne zastrzeżenia Załącznika nr 8 w ofercie Odwołującego i w konsekwencji odtajnienia Załącznika nr 8 - Wykaz personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert.

Przepis art. 8 Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z treści tego przepisu wynika obowiązek badania przez zamawiającego czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) (dalej „uznk”). Zastrzeżenie określonych informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa, jako wyjątek od tej zasady, powinno zawsze przebiegać zgodnie z regułą, że wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco. Z tych powodów skuteczne zobowiązanie zamawiającego do nieujawniania określonych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga nie tylko zastrzeżenia przez wykonawcę, że dane informacje nie mogą być one udostępniane, lecz także jednoczesnego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. W tym celu wykonawca oprócz własnych oświadczeń musi przedstawić wiarygodne i przekonujące dokumenty. Na tej podstawie zamawiający jest zobowiązany do oceny, czy zachodzą przesłanki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności. Jeżeli zastrzeżenie tajności informacji jest bezpodstawne, zamawiający ma obowiązek odtajnić te informacje i udostępnić jako informacje jawne, informując o tym wykonawcę. Na tę czynność oraz na zaniechanie dokonania tej czynności przez zamawiającego w toku postępowania, uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia przysługują przewidziane w Pzp stosowne środki ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przepis ten stanowi implementację art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943/UE. Zgodnie zatem z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa:

- zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
- zastrzeżone informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W orzecznictwie wskazuje się, że zastrzeżenie przez wykonawcę w przetargu publicznym określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może opierać się tylko i wyłącznie na jego subiektywnym przekonaniu, ale wymaga wykazania, że spełnia ona kumulatywnie wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r., sygn. akt ICKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59). Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 2 uznk. Do istotnych przesłanek warunkujących efektywną ochronę prawną tajemnicy przedsiębiorstwa należy zatem: uprzednie wyodrębnienie określonej wiadomości jako poufnej informacji, doniosłość poufnej informacji dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności, brak okoliczności uwalniających od obowiązku dochowania tajemnicy. W związku z powyższym zastrzeżone w

ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą być tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście ustanowioną w trybie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie mogą to być informacje wybrane przez wykonawcę jako niejawnne dla potrzeb konkretnego postępowania, lecz ujawniane i powszechnie dostępne w innych postępowaniach, o których zainteresowany podmiot mógł powziąć wiadomość na zwykłej i dozwolonej drodze. Określona informacją przestaje być tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli każdy konkurent może się o niej dowiedzieć w dozwolonej drodze (patrz: wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2002r. V KKN 223/00, wyrok SN z dnia 5 września 2001r. ICKN1159/00)

Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). W świetle tej definicji informacje dotyczące zatrudnionych osób, ich kwalifikacji i doświadczenia stanowią dane organizacyjne przedsiębiorstwa.

Informacje, aby mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą mieć wartość gospodarczą, tj. powzięcie tych informacji pozwoli innemu przedsiębiorcy zaoszczędzić wydatki lub zwiększyć zyski.

Jeśli potwierdzeniem wartości gospodarczej informacji o osobach ujętych w wykazie jest funkcjonująca na rynku nieuczciwa praktyka przejmowania pracowników przez konkurencję, jak twierdził Odwołujący, to okoliczność ta nie została wykazana ani w zastrzeżeniu złożonym przez Odwołującego w ofercie, ani w postępowaniu odwoławczym. Twierdzenie Odwołującego o zagrożeniu przejęcia personelu przez konkurencję i związanym z tym ryzyku nie została przez Odwołującego nawet uprawdopodobniona. Odwołujący nie wykazał, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło Odwołującego lub choćby jakiegokolwiek innego wykonawcy. Odwołujący wręcz przeciwnie wyjaśniał, że od wielu lat współpracuje na zasadach umowy o pracę z tymi samymi osobami: „Odwołujący w identycznej lub nieznacznie zmienionej strukturze funkcjonuje na rynku od kilkunastu lat biorąc udział w postępowaniach o zamówienie publiczne z tym samym lub bardzo podobnym składem ekspertów, gwarantujących najwyższy poziom profesjonalizmu usług realizowanych przez Odwołującego.” nie wskazując choćby na próbę przejęcia swoich pracowników przez innego wykonawcę.

To, że w innych postępowaniach dane osób z Załącznika nr 8 nie zostały ujawnione, choć ten fakt również nie został przez Odwołującego udowodniony, nie oznacza, że informacje zawarte w Wykazie dotyczące wskazanych osób stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności, że nie są dostępne jako informacje publiczne w związku z realizowanymi przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego projektami budowlanymi. Twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie pozostały gołosłowne. Zauważyć należy, że praktyka zastrzegania przez wykonawców w ofertach wykazów osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie przesądza o tym, że informacje zawarte w takich wykazach rzeczywiście

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 8 grudnia 2005 roku (Sygn. akt. VIII Ca 881/05) stwierdzono, że nie jest możliwe utajnienie dokumentów potwierdzających posiadanie przez osoby odpowiednich uprawnień, w tym także posiadanych kwalifikacji.

Ponadto, należy wskazać, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa winny być tajemnicą od chwili ich wytworzenia oraz od tego momentu powinny być chronione przez przedsiębiorcę. Informacja o udziale danej osoby w procesie budowlanym powstaje w sposób jawny, jest zamieszczana w publicznie dostępnych dokumentach, zatem brak jest możliwości uznania, że dana informacja staje się tajemnicą w momencie, w którym opracowywana jest oferta. Podkreślić przy tym należy, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa winno być postrzegane w sferze obiektywnych faktów, a jego byt nie jest uzależniony jedynie od woli danego przedsiębiorcy lub od ewentualnego zainteresowania tajemnicą osób trzecich.

Okoliczność, że wskazane osoby stanowią „zasadniczo” zasoby własne Odwołującego, będące specjalistami zatrudnionymi w przedsiębiorstwach Odwołującego na umowę o pracę, także nie dowodzi, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba zważyła, że w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Odwołujący ograniczył się jedynie do ogólnego wyliczenia obowiązujących u niego wewnętrznych uregulowań i zabezpieczeń nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów, konkretnych regulacji i postanowień dotyczących zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Jednocześnie Izba oceniła jako spóźnione złożenie ww. dowodów przez Odwołującego dopiero na rozprawie. W świetle brzmienia art. 8 ust. 3 Pzp, skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa może nastąpić na etapie składania ofert i na ten moment powinno nastąpić wykazanie zasadności tego zastrzeżenia przez wykonawcę, a tym samym złożenie przekonujących dowodów.

Według stanowiska Odwołującego, informacja o doborze personelu przez Odwołującego stanowi informację o charakterze organizacyjnym, posiadającą wartość gospodarczą z uwagi na specyfikę rynku usług projektowych, na którym kompetencje projektantów decydują o przewadze konkurencyjnej wykonawcy, a dysponowanie danym personelem decyduje bezpośrednio o możliwości pozyskania zamówienia. Zdaniem Izby, z powyższego wynika, że wartość gospodarczą stanowi dysponowanie personelem, a nie dysponowanie informacją o osobach, podmiotach ich zatrudniających lub numerach uprawnień, którymi dysponuje inny wykonawca. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż objęcie Wykazu osób tajemnicą przedsiębiorstwa w danym postępowaniu jest jedynym skutecznym sposobem utrzymania przewagi konkurencyjnej, wynikającej z posiadania danego personelu, w kontekście możliwości uzyskania konkretnego zamówienia i w ogóle możliwości skutecznego konkurowania z innymi uczestnikami rynku. Podkreślić należy, że wykonawca nie jest właścicielem zasobów w postaci uprawnień, kwalifikacji i doświadczenia osób, które

zatrudnia, są to bowiem dobra przynależne do osoby. Odwołujący nie wykazał, że wskazane osoby nie posługują się w sposób dostępny dla ogółu powyższymi informacjami np. przy wykonywaniu innych projektów.

Dodatkowo Izba nie podzieliła opinii Odwołującego, że do informacji utajnionych w Wykazie personelu wykluczony jest dostęp w tzw. „zwykłej drodze”. Skoro bowiem jest możliwe powzięcie tych informacji w drodze dostępu do informacji publicznej oraz w publicznych rejestrach, to jest to zwykła i dozwolona droga. Sam Odwołujący przyznał w odwołaniu, że znając dane osobowe konkretnego specjalisty „teoretycznie możliwym jest uzyskanie informacji na temat jego kwalifikacji i doświadczenia, np. w odpowiednich instytucjach branżowych (na mocy właściwych przepisów powszechnych czy też wewnętrznych tych instytucji)”. Jak wynika z powyższego, utajnienie danych dotyczących wskazanych osób ma na celu przede wszystkim utrudnienie pozyskania tych danych przez wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał również aby czynność Zamawiającego, polegająca na odtajnieniu Wykazu personelu złożonego w ofercie Odwołującego została dokonana „automatycznie”, tj. bez badania skuteczności zastrzeżenia dokonanego przez Odwołującego. Zbieg tej czynności z odtajnieniem w tej części ofert wykonawców TPF sp. z o.o. oraz Voessing Polska Sp. z o.o. nie przesądza o tym, że Zamawiający w sposób arbitralny uznał zastrzeżenie przez Odwołującego Załącznika nr 8 jako tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, decydujące znaczenie dla uznania zastrzeżenia Odwołującego za nieskuteczne miała treść zastrzeżenia przedstawionego wraz z ofertą, którego uzasadnienie ma charakter ogólny oraz nie zostało poparte jakimikolwiek dowodami w celu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważyć przy tym należy, że w pewnym zakresie słuszność decyzji Zamawiającego potwierdził sam Odwołujący, składając w dniu 20 listopada 2019 r. oświadczenie o odtajnieniu części informacji zawartych w ww. Wykazie.

W świetle powyższego, dla uznania za nieskuteczne zastrzeżenia przez Odwołującego Wykazu personelu jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma też istotnego znaczenia fakt, że w postępowaniu zakończonym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2105/19 oraz postanowieniem z dnia 31 października 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2107/19 wykonawcy Voessing Polska Sp. z o.o. oraz TPF sp. z o.o. zgodzili się na udostępnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ich ofertach. Choć orzeczenia te nie dotyczyły wprost zastrzeżenia informacji przez Odwołującego, to Zamawiający mógł dokonać oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego, jako czynności samoistnej na etapie odtajnienia dokumentów pozostałych wykonawców. Fakt ten wynika z treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego z dnia 13 listopada 2019 r. w części dotyczącej Odwołującego, w którym Zamawiający

odtajniając Załącznik nr 8 Odwołującego nie powoływał się na ww. orzeczenia KIO.

Odwołujący podnosił, że zasada równego traktowania wykonawców nakazuje takie same traktowanie podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji, wobec czego nie ma zastosowania w odniesieniu do Odwołującego i zastrzeżonych przez niego dokumentów w drodze analogii, jaką Zamawiający widzi w fakcie odtajnienia dokumentów innych wykonawców, którzy zgodzili się na odtajnienie ich dokumentów. Zauważyć w tym miejscu należy, że sama subiektywna wola wykonawcy nie stanowi przesłanki decydującej o uznaniu danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Pzp, bowiem decydujące znaczenie mają okoliczności obiektywne. W danych okolicznościach tej sprawy, zastrzeżone przez Odwołującego informacje: imiona i nazwiska osób, nazwy firm zatrudniających te osoby oraz numery posiadanych uprawnień mają taki sam charakter jak takie same dane wskazane przez pozostałych wykonawców. Utrzymywanie tych informacji jako chronionych przed konkurencją do momentu otwarcia ofert jest normalną grą konkurencyjną wykonawców na danym rynku, co nie wpływa na charakter tych informacji w kontekście definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje powyższe ze swojej istoty są jawne - są dostępne w publicznych rejestrach branżowych, w dokumentacji wykonanych projektów, do których dostęp jest możliwy w trybie dostępu do informacji publicznej. W ocenie Izby, Zamawiający słusznie przyjął, że wykaz osób dedykowanych do pełnienia funkcji w procesie budowlanym nie podlega objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa. Faktu tego nie zmienia też okoliczność, że wykaz ten w przedmiotowym postępowaniu podlegał ocenie w ramach kryterium oceny ofert.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że odtajnienie treści Załącznika nr 8 w ofercie Odwołującego dokonane decyzją Zamawiającego z 13 listopada 2019 r. nie narusza art. 8 ust. 3 Pzp, wobec nie wykazania przez Odwołującego, że informacje zastrzeżone w tym dokumencie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba nie stwierdziła także naruszenia w postępowaniu zasady równego traktowania wykonawców, bowiem dokonana przez Zamawiającego ocena zastrzeżenia Załącznika nr 8 w ofercie Odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest adekwatna do oceny dokonanej w odniesieniu do pozostałych wykonawców, biorąc pod uwagę, że treść uzasadnienia zastrzeżenia nie odbiega poziomem szczegółowości ani walorami dowodowymi od zastrzeżeń dokonanych przez pozostałych wykonawców.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący

Członkowie

.....