

WYROK
z dnia 11 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o., ul. Modelarska 12; 40-142 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Thales Polska sp. z o.o., Thales Deutschland GmbH, ul. gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 6.2. odwołania.**
2. **Oddala odwołanie.**
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o., ul. Modelarska 12; 40-142 Katowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o., ul. Modelarska 12; 40-142 Katowice**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 w ramach projektu POLiŚ 5.1 – 10 Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka – Radom (LOT C, D, E), nr referencyjny: 9090/IREZA1/10303/02941/21/P”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 lipca 2021 r., pod nr 2021/S 136-363036.

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2021 r. przekazał odwołującemu pismo informujące o decyzji zamawiającego dotyczącej odtajnienia złożonych przez odwołującego dokumentów, zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa” w części dotyczącej Załącznika nr 12 do IDW – Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.8.3 oraz Załącznika nr 3 do IDW - Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia.

Dnia 23 grudnia 2021 roku, wykonawca Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na niezgodnym z przepisami prawa uznaniu informacji zastrzeżonych przez odwołującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w dokumentach:

- Załącznik nr 12 do IDW – Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.8.3 (dalej jako Wykaz Personelu) oraz
- Załącznik nr 3 do IDW - Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby realizacji Zamówienia (dalej jako Zobowiązanie podmiotu trzeciego), za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa oraz za niezastrzeżone skutecznie przez odwołującego, a także zmierzających do ujawnienia informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa innym podmiotom, jak również polegających na naruszeniu przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości w odniesieniu do zakresu informacji podlegających ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa złożonych przez wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 z ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez odwołującego w ofercie, tj. Wykaz Personelu i Zobowiązanie podmiotu trzeciego podlegają odtajnieniu, gdyż nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały skutecznie zastrzeżone przez odwołującego, a odwołujący nie wykazał przesłanek

koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo iż informacje te spełniają wszystkie przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów uznk i Pzp, a odwołujący prawidłowo zastrzegł wraz z przekazaniem tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz skutecznie wykazał spełnienie się przesłanek uznania informacji za chronioną prawem przed udostępnieniem podmiotom trzecim tajemnicę przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa załączonych do oferty złożonej w postępowaniu,

2. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 z ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania i podejmowanie przez zamawiającego decyzji w postępowaniu z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, a także niezgodnie z zasadą przejrzystości, polegające na przyjęciu, że informacje zastrzeżone przez odwołującego w ofercie, tj. Wykaz Personelu i Zobowiązanie podmiotu trzeciego podlegają odtajnieniu, gdyż nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały skutecznie zastrzeżone przez odwołującego, a odwołujący nie wykazał przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym zaniechaniu odtajnienia przez zamawiającego treści „Załącznika nr 12 do IDW – wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.8.3 IDW” (dalej jako Wykaz Personelu Thales) złożonego przez wykonawcę: konsorcjum Thales Polska sp. z o.o. i Thales Deutschland GmbH (dalej jako Thales), mimo iż informacje zastrzeżone w ww. dokumencie przez Thales mają tożsamy charakter co informacje zastrzeżone przez odwołującego, które odtajnić zamierza zamawiający, zaś Thales powołał się w złożonym w postępowaniu uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na analogiczne okoliczności i dowody co odwołujący. W konsekwencji, wykonawca Thales znajduje się w przedmiotowym zakresie w podobnej sytuacji do odwołującego, a mimo to zamawiający, naruszając powołane wyżej przepisy i zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podjął w odniesieniu do obydwu wykonawców odmienne decyzje co do informacji zastrzeżonych przez nich jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia treści złożonych przez odwołującego w postępowaniu:
 - Załącznika nr 12 do IDW – Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.8.3 oraz
 - Załącznika nr 3 do IDW - Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby realizacji Zamówienia,

i utrzymania w mocy dokonanego przez odwołującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa treści ww. dokumentów,

ewentualnie:

- 2) nakazanie zamawiającemu odtajnienia treści Załącznika nr 12 do IDW – wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.8.3 IDW złożonego w postępowaniu przez Thales,
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego odwołującego na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania i uzyskaniu korzystnego dlań rozstrzygnięcia. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu i ubiega się o uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem. Odwołujący złożył w postępowaniu ważną i nie podlegającą odrzuceniu ofertę i oferta ta ma szansę zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, odwołujący liczy na uzyskanie zamówienia publicznego objętego postępowaniem. Uznanie przez zamawiającego opisanych w odwołaniu informacji przedstawionych przez odwołującego za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa oraz podjęcie przez zamawiającego decyzji o odtajnieniu tych informacji, przy jednoczesnym naruszeniu zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości, jest niezgodne z przepisem art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 Pzp, a nadto z art. 11 ust. 2 uznk.

Zastrzeżone przez odwołującego informacje stanowią bowiem tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, w szczególności posiadają dla odwołującego znaczną wartość gospodarczą, a ujawnienie przez zamawiającego tych informacji, które podlegają ochronie, stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk oraz naraziłoby odwołującego na poniesienie znacznej szkody z tego tytułu. Zapewni to bowiem w szczególności odwołującemu posiadanie równego poziomu praw i informacji co przysługujące innym uczestnikom postępowania, a w konsekwencji pozwoli na równą konkurencję o udzielenie zamówienia objętego postępowaniem. Na dzień składania odwołania informacje, które zamierza ujawnić zamawiający w odniesieniu do odwołującego, nie zostały jeszcze odtajnione. Tym samym, w pełni celowe i uzasadnione jest złożenie odwołania, celem skutecznego zapobieżenia niezgodnemu z prawem ujawnieniu przez zamawiającego informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Udostępnienie tych wiadomości podmiotom trzecim może utrudnić, a wręcz uniemożliwić odwołującemu skutecznie ubieganie się o udzielenie zamówień publicznych.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż wycofuje zarzut opisany pod nr 6.2 odwołania, dotyczący nierównego traktowania wykonawców. Wskazał, iż podyktowane jest to czynnością zamawiającego dotyczącą odtajnienia wykazu personelu przystępującego, natomiast podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących wadliwej oceny zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów, tj. zobowiązania podmiotu trzeciego oraz wykazu personelu.

W zakresie podtrzymanych zarzutów, odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący kwestionuje twierdzenia zamawiającego, jakoby informacje zastrzeżone przez odwołującego, które obecnie odtajnić zamierza zamawiający, nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa z opisanych przez zamawiającego względów. W szczególności odwołujący podniósł, że prawidłowo, zgodnie w szczególności z przepisami art. 18 Pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk, zastrzegł poufność informacji zawartych w ww. dokumentach w związku z faktem, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, w tym zwłaszcza mają one realną wartość gospodarczą dla odwołującego, a odwołujący prawidłowo uzasadnił i wykazał spełnienie przesłanek ochrony tych informacji przed udostępnieniem podmiotom trzecim, wskazując w szczególności, iż:

a) informacje zastrzegane mają charakter informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa odwołującego (co nie jest kwestionowane przez zamawiającego, a zatem okoliczność ta ma charakter bezsporny);

b) informacje zastrzegane posiadają realną wartość gospodarczą – odwołujący wyjaśnił w szczególności, w jaki sposób ewentualne ujawnienie tych informacji naruszałoby interesy odwołującego oraz wpływałoby niekorzystnie na pozycję konkurencyjną odwołującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Za bezprzedmiotowy z punktu widzenia oceny zasadności uznania informacji zastrzeżonych przez odwołującego za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać argument zamawiającego, iż „*zastrzeżone dokumenty stanowią standardowe dokumenty wymagane przez Zamawiającego*”. Mimo bowiem faktu, iż istotnie sam Wykaz Personelu i Zobowiązanie podmiotu trzeciego są sporządzane na formularzach (wzorach) przygotowanych przez zamawiającego, treść zamieszczana tamże przez wykonawcę nie jest już standardowa, a dostosowana (poprzez dobór personelu o odpowiednich „parametrach” pozwalających wykonawcy na przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami) konkretnie do postępowania, w którym dokumenty te są składane. Jakkolwiek zatem same dokumenty (w sensie graficznym) mogą stanowić standardowy element prezentowany w postępowaniu,

już sama treść, którymi dokumenty te wypełniają wykonawcy, ma już charakter unikalny dla danego wykonawcy i danego postępowania o udzielenie zamówienia.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego, ujawnienie zastrzeżonych informacji spowoduje przy tym dla odwołującego (co Odwołujący wyjaśnił w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) konkretną szkodę polegającą na ujawnieniu personaliów współpracowników odwołującego, którzy następnie mogą być np. obiektem nakierowanych konkretnie na nich działań mających na celu odwiedzenie ich od dalszej współpracy z odwołującym i w ten sposób pozbawienia go przewag konkurencyjnych nad innymi wykonawcami - co zatem spowoduje dla odwołującego zarówno utratę potencjalnych zysków wynikających z realizacji zamówień uzyskanych dzięki posiadaniu takich przewag, jak i dodatkowo koszt w postaci konieczności poniesienia dodatkowych długotrwałych nakładów celem wyszkolenia i nabycia cennego doświadczenia przez nowego członka personelu bądź wyszukania i pozyskania osoby posiadającej poszukiwane przez wykonawcę unikalne kwalifikacje. Odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia ma charakter wysoko wyspecjalizowany – realizowane roboty nie są robotami niewymagającymi szczególnych ponadstandardowych kwalifikacji, lecz dla ich prawidłowego wykonania wymagane jest od wykonawcy, w tym osób, które wykonawca skieruje do pełnienia kluczowych funkcji podczas ich realizacji, posiadanie specyficznych kwalifikacji i znacznego doświadczenia w wykonywaniu podobnych obowiązków. Z tego względu, uzyskanie przez daną osobę kompetencji pozwalających nazywać go specjalistą w danym obszarze i wskazywać taką osobę w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału czy uzyskania dodatkowej punktacji w kryteriach oceny ofert, wymaga wcześniej nie tylko ukończenia przez taką osobę typowej drogi kształcenia w zakresie budownictwa, projektowania etc., ale również co najmniej dodatkowo jeszcze ok. 5-7 lat praktyki w danym obszarze specjalizacji. Realnie zatem, z perspektywy przedsiębiorcy pozyskanie takiego specjalisty wymaga bądź samodzielnego wyszkolenia takiej osoby (a zatem poświęcenia ok. 7-8 lat na budowanie specjalistycznej kadry, w tym poprzez angażowanie przez ten czas środków finansowych), bądź pozyskanie takiej osoby „z rynku”. Liczba osób, które posiadają wymagane i punktowane przez zamawiającego kompetencje jest jednak ograniczona, a osoby takie co do zasady w każdym momencie posiadają zatrudnienie u jednego z kilku wykonawców działających w niniejszej branży. Między innymi zatem zaangażowanie przez odwołującego tak znacznych środków finansowych i czasowych w pozyskanie i wyszkolenie kluczowych specjalistów, dzięki których kompetencjom odwołujący ma szansę z powodzeniem konkurować z innymi wykonawcami o kolejne zamówienia, powoduje, że informacje co do danych tych osób (ich personaliów, kwalifikacji i doświadczenia) mają znaczną wartość gospodarczą dla odwołującego i odwołujący musi podejmować działania celem ochrony dysponowanych

przez niego zasobów w postaci personelu, w postaci m.in. zastrzegania informacji w tym zakresie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ujawnienie zaś danych personelu, do którego dostęp posiada odwołujący (tak informacji zawartych w Wykazie Personelu, jak i Zobowiązaniu podmiotu trzeciego) podmiotom trzecim, umożliwi podmiotom konkurencyjnym nakierowanie właśnie na te osoby działań zmierzających do ich przejęcia i pozwoli takim podmiotom – ze szkodą dla odwołującego – na „skrócenie” działań, które musiałyby one normalnym tokiem rzeczy podjąć celem samodzielnego „wychowania” własnego specjalisty czy na zaoszczędzenie nakładów, jakie musiałyby one w tym celu ponieść (gdyż podmiot taki wykorzysta nakłady poniesione przez odwołującego). W konsekwencji, ujawnienie wskazanych informacji grozi pozbawieniem odwołującego posiadanych przezeń przewag konkurencyjnych w niniejszym postępowaniu, jak i w postępowaniach przyszłych.

Odwołujący zaznaczył, że również wykonawca Thales w swoich wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdził specyficzny i wyspecjalizowany charakter rynku, którego dotyczy zamówienie, a także istnienie i niebezpieczeństwo zjawiska „podkupowania” personelu kluczowego przez konkurencję wykonawcy konkretnie w niniejszej branży (*„Funkcjonowanie na rynku sterowania ruchem kolejowym wymaga dysponowania personelem o specyficznych, rzadkich kwalifikacjach. Personel ten z racji swojej unikalności jest szczególnie narażony na próby przejęcia”*). Okoliczność tę należy zatem w istocie uznać za fakt notoryjny, potwierdzany bez wyjątków przez wszystkich profesjonalnych uczestników rynku i branży, której dotyczy zamówienie objęte postępowaniem (dowód: uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wykonawcę Thales).

To właśnie bowiem m.in. ochrona przez odwołującego informacji o charakterze wrażliwym, wobec opisywanego ryzyka praktyki „podkupowania” personelu, stanowi jedno z działań podejmowanych (obok innych wewnętrznych rozwiązań stosowanych przez odwołującego w odniesieniu np. do zasad wynagradzania) w celu uniemożliwienia w jakikolwiek sposób osłabienia relacji odwołującego i osób, którymi posługuje się w celu realizacji zamówień. Informacje zawarte w Zobowiązaniu podmiotu trzeciego, odnoszące się m.in. do danych personelu udostępnianego odwołującemu przez Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska sp. z o.o. na potrzeby realizacji zadania, zostały objęte umową o zachowaniu poufności, celem również m.in. ochrony danych stanowiących wartość gospodarczą ww. podmiotu. Wbrew zatem twierdzeniom zamawiającego, także dane zawarte w Zobowiązaniu podmiotu trzeciego – z uwagi na opisane okoliczności – stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa podlegającą ochronie przed udostępnieniem osobom postronnym.

Mając powyższe na uwadze, za błędne należy uznać twierdzenie zamawiającego, jakoby informacje zastrzeżone przez odwołującego nie przedstawiały dlań wartości gospodarczą właśnie z tego powodu, że pozostaną poufne.

c) w jaki sposób i z jakich względów informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób – zaznaczyć bowiem należy, że nawet przy wąskim kręgu wykonawców działających na rynku kolejowym, informacje zastrzeżone przez odwołującego (tj. jaki katalog osób o specjalistycznych umiejętnościach i doświadczeniu dobrał on do niniejszego postępowania) były dostępne dla podmiotów w nim uczestniczących. Twierdzenie zamawiającego w tym zakresie podważa m.in. również stanowisko wykonawcy Thales, który we własnym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że „*na rynku branżowym istnieje powszechna praktyka zastrzegania nazwisk osób dedykowanych do realizacji danego zamówienia*”. Praktyką powszechną zatem jest, iż wykonawcy działający w przedmiotowej branży (osoby zajmujące się takimi rodzajami informacji jak zastrzeżone) nie znają katalogu personelu dobraneo w danym postępowaniu przez danego wykonawcę i nie są to informacje łatwo dla takich osób dostępne (dowód: uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wykonawcę Thales).

Kluczowe znaczenie w powyższym zakresie ma nadto fakt, że dla ochrony zastrzeżonych informacji nie ma znaczenia, że osoby postronne mogą poznać, np. po rozstrzygnięciu postępowania, personalia osób zatrudnionych czy też współpracujących z przedsiębiorcą - tajemnicy podlega bowiem zestawienie ekspertów do danego zamówienia do wygrania przetargu, którego opracowanie, w tym zwłaszcza dobór osób o cechach optymalnych dla tego celu i późniejszej realizacji zamówienia, stanowi wynik posiadanej przez odwołującego przewagi konkurencyjnej i jego długotrwałych działań rekrutacyjnych, organizacyjnych oraz stanowi *know-how* odwołującego.

d) jakie adekwatne działania odwołujący podjął w celu utrzymania informacji w poufności – wobec których to działań zamawiający nie sformułował zastrzeżeń, a w konsekwencji okoliczność tę należy uznać za bezsporną.

Odwołujący podkreślił przy tym, że na dopuszczalność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczących punktowanego czy związanego z warunkami udziału personelu kluczowego wykonawcy, w tym zwłaszcza posiadanie przez te informacje wartości gospodarczej ze względów opisanych przez odwołującego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy oraz powyżej, wskazywała również w ostatnim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza. Odwołujący podnosi nadto, że wszelkie foldery, pliki i dokumenty zawierające informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego zostały przezeń oznaczone (zatytułowane) adekwatnie do treści wskazanej w pkt. 10 Formularza Ofertowego jako: „TajemnicaPrzedsiębiorstwa.zip” oraz „TajemnicaPrzedsiębiorstwa_TPZa12_kryterium_

oceny.pdf". Zostały one zatem wyodrębnione w szczególności w sposób pozwalający zamawiającemu jednoznacznie i niezawodnie zidentyfikować zakres podlegający utajnieniu, zgodnie z dyspozycją pkt 14.15 IDW. Zakres informacji objęty tajemnicą przedsiębiorstwa został przy tym jednoznacznie i spójnie z treścią Formularza Ofertowego oznaczony również w treści samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy (*„Pisemne uzasadnienie w zakresie podstaw do zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa”*).

Powyższe oznacza, że ww. informacje, wbrew twierdzeniom zamawiającego spełniają wszystkie wymogi określone w przepisach uznk oraz Pzp, albowiem informacje te mają charakter informacji o charakterze organizacyjnym w odniesieniu do odwołującego. Informacje te niewątpliwie posiadają istotną wartość gospodarczą dla odwołującego, zaś ich ujawnienie podmiotom trzecim naraża odwołującego na znaczną szkodę. Informacje te nie są również dostępne powszechnie bądź osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, nieupoważnionym przez odwołującego i nie są łatwo dostępne dla takich osób. Odwołujący zachowuje również przedmiotowe informacje w poufności, na co odwołujący wskazywał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy złożonym wraz z ofertą.

Odwołujący podkreślił, że analogiczny do odwołującego zakres informacji dotyczących personelu skierowanego do realizacji zamówienia (Wykaz Personelu) został również zastrzeżony przez wykonawcę Thales, który w przedstawionym zamawiającemu uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powołał się na analogiczne okoliczności co odwołujący.

Powyższe okoliczności winny zatem być uwzględnione przez zamawiającego przy ocenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez obydwu wykonawców: odwołującego i Thales i w konsekwencji w odniesieniu do obydwu wykonawców podjęte winny zostać przez zamawiającego analogiczne rozstrzygnięcia, co do utrzymania zastrzeżonych przez nich informacji w poufności – czego jednak zamawiający, w świetle opisanych powyżej okoliczności faktycznych, nieprawidłowo zaniechał, podejmując odmienne rozstrzygnięcia co do tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego (decyzja o odtajnieniu Wykazu Personelu i Zobowiązania podmiotu trzeciego) i Thales (wynikające z działań zamawiającego honorowanie przezeń w dalszym ciągu poufności Wykazu Personelu Thales).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, co następuje.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp: *„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz*

wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5". Podstawową przesłanką skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią zgodnie z przepisami uznk. Informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp wyraźnie nakładają na wykonawcę, a brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Oznacza to, że to nie jakiekolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz wyłącznie takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek a w konsekwencji, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Obowiązek „wykazania” wypełniania się przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie może ograniczać się jedynie do złożenia przez wykonawcę stosownego oświadczenia. Konieczne jest właśnie wykazanie, co w części przypadków równoznaczne będzie z udowodnieniem ich wystąpienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że „użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowanie «wykazania», nie oznacza wyłącznie «oświadczenia», czy «deklarowania», ale stanowi znacznie silniejszy wymóg «udowodnienia». Nie ulega również wątpliwości, że za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki”.

Odwołujący, dokumentując zastrzeżenia Załącznika nr 12 do IDW – Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.8.3 oraz Załącznika nr 3 do IDW – Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby realizacji Zamówienia nie wykazał, aby informacje dotyczące personelu, jaki został przez niego wskazany w celu oceny oferty w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy” stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Odwołujący nie wykazał, aby informacje te nie były powszechnie znane lub łatwo dostępne oraz aby posiadały wartość gospodarczą. Zamawiający podkreślił, że ochronie podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą, a w konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu,

że pozostanie poufna. Tymczasem, w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący wskazał, że „Wykonawca podkreśla, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji wyraża się m.in. w ujęciu ich jako komplet (zbiór) danych i zasadna jest ochrona wskazanych informacji w pełnym zastrzeżonym zakresie. Powzięcie w niniejszym konkretnym Postępowaniu przez konkurencję Wykonawcy części informacji zastrzeżonych umożliwić będzie im ustalenie, że dani członkowie personelu wskazani przez Wykonawcę najprawdopodobniej spełniają konkretne wymogi i posiadają kompetencje czy doświadczenie opisane konkretnie dla niniejszego Postępowania przez Zamawiającego. Takiej możliwości nie daje wykonawcom konkurencyjnym natomiast nawet ewentualne posiadanie przez nich pewnych danych dot. personelu, uzyskanych w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem informacji tych nie można przełożyć na Postępowanie niniejsze – wobec czego zasadne jest objęcie zakresem ochrony całości informacji wskazanych przez Wykonawcę. Częściowe ujawnienie wskazanych informacji, pozwalające zidentyfikować konkretną osobę zaproponowaną przez Wykonawcę na konkretne stanowisko w niniejszym konkretnym Postępowaniu, może stanowić podstawę dla podjęcia wobec takiej osoby działań w celu jej podkupienia, co stanowi praktykę rzeczywiście zachodzącą w ramach niniejszej branży, co opisano szerzej w dalszej części niniejszego uzasadnienia”.

Zdaniem zamawiającego, nie sposób przyjąć, iż ujęcie w Załączniku nr 12 do IDW doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, w tym Kierownika budowy, stanowi zbiór danych, z którego wynikać miałyby jego szczególna wartość. Odwołujący nie wykazał powyższego. Zastrzeżone dokumenty stanowią standardowe dokumenty wymagane przez zamawiającego w stosunku do każdego wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący ponadto nie wykazał, że uzyska jakikolwiek zysk, bądź zaoszczędzi jakiekolwiek koszty wskutek tego, iż informacja na temat doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia pozostanie poufna. Tym bardziej brak jest podstaw do uznania, że taką wartość posiadają informacje zawarte w Załączniku nr 3 do IDW.

W powyższym kontekście wskazać należy, że w analogicznej sprawie KIO rozpatrując odwołanie, wskazała, iż: „Co do zasady informacje o posiadanych przez daną osobę uprawnieniach budowlanych są informacjami jawnymi, podobnie jak dokumenty potwierdzające te uprawnienia, trudno tutaj zatem w ogóle mówić o ich poufnym charakterze. Z kolei doświadczenie, jakim legitymują się wskazane osoby, to doświadczenie zdobyte w inwestycjach publicznych, w związku z czym wątpliwa jest poufność danych takich jak okres trwania danej roboty budowlanej czy zajmowane przez daną osobę stanowisko” (wyrok KIO z 24.05.2019 r., sygn. akt KIO 860/19). Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, że ich oferty co do zasady będą jawne,

w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia kryteriów oceny ofert. Działania odwołującego zmierzające jedynie do utrudnienia innym podmiotom biorącym udział w postępowaniu możliwości weryfikacji jego oferty stanowią niedozwolone nadużycie instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa. Działania takie nie mogą stanowić uzasadnienia dla zachowania danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W wyroku KIO z dnia 13.03.2017 r., KIO 385/17 Izba wskazała, iż „Dostrzeżenia wymagało, że w wykazie osób wykonawcy zobowiązani byli ujawnić ograniczoną ilość informacji. Znajdowały się tam tylko dane odnośnie imienia i nazwiska kilku osób, opis fragmentu ich doświadczenia zawodowego, podstawy dysponowania przez wykonawcę dana osoba, posiadane przez nią uprawnienia i proponowane stanowisko na kontrakcie. W szczególności w analizowanej sprawie istotnym było, że należało ujawniać nie całe doświadczenie zawodowe kandydata, ale opis jego doświadczenia w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt 8.5.2. SIWZ). Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje wykonawca. Zakres ten był więc bardzo ograniczony. W ocenie Izby argumentacja przystępującego odnośnie wartości gospodarczej informacji okazała się ogólna, wręcz szczątkowa”.

Zamawiający wskazał także, że niejawnie mogą być poszczególne informacje, nie zaś całość dokumentu. Odwołujący nie wyjaśnił przykładowo, dlaczego niejawnie mają pozostać informacje na temat udziału pracowników wykonawcy w realizacji zamówień publicznych. Są to informacje łatwe do ustalenia także dla konkurentów odwołującego.

Tym samym, w ocenie zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołującego, w której wskazał on, że „Niezależnie od powyższego, Wykonawca podnosi również, że wartość gospodarcza wskazanych informacji i opisane ryzyko podkupywania personelu Wykonawcy jest tym istotniejsze, gdy wziąć pod uwagę ograniczoną dostępność na rynku pracy specjalistów o kompetencjach i doświadczeniu podobnym do personelu wskazywanego przez Wykonawcę w niniejszym Postępowaniu, a wymaganego bądź dodatkowo punktowanego przez Zamawiającego. Wykonawca podkreśla jednocześnie, że celem pozyskania kadry zdolnej do realizacji wymagań Zamawiającego, a także uzyskania przez Wykonawcę jak najwyższej liczby punktów w ramach kryteriów określonych przez Zamawiającego, Wykonawca, a także podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy, ponosił (a także stale ponosi) nakłady w celu pozyskania pożądanых członków personelu, ich wyszkolenia oraz stałego podnoszenia kompetencji zatrudnianej i angażowanej kadry. Tym samym, zjawisko ewentualnego podkupienia członka personelu Wykonawcy wskutek tego, że dane na temat jego doświadczenia i kompetencji staną się jawne (a w konsekwencji wykonawcy konkurujący z Wykonawcą uzyskają informację o tym, na jaką konkretnie osobę ukierunkować próby podkupienia) nie tylko powoduje dla Wykonawcy szkodę w postaci utraty wartościowego członka personelu z punktu widzenia udziału Wykonawcy w kolejnych

przetargach, ale także powoduje dla Wykonawcy realną szkodę w postaci zniweczenia środków poniesionych przez Wykonawcę na pozyskanie i podnoszenie kompetencji tego członka personelu (które alokowane są z założeniem dłuższej współpracy)”.

Reasumując powyższe, zdaniem zamawiającego, odwołujący nie wykazał okoliczności, które uzasadniałyby, że zastrzeżone przez niego dokumenty: Załącznik nr 12 do IDW oraz Załącznik nr 3 do IDW, zawierały informacje pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum Thales (dalej: „przystępujący”). Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem przystępującego, jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”), co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. W konsekwencji informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy PZP wyraźnie nakładają na wykonawcę, a brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz wyłącznie takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Przesłanki te wynikają natomiast z legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w przepisach UZNK, zgodnie z którą za taką tajemnicę może być uznana informacja, która spełnia łącznie trzy warunki:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny i posiada wartość gospodarczą,
- b) nie jest powszechnie znana lub łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji (jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze),
- c) podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Informacje zastrzeżone przez odwołującego, nie spełniają wszystkich wskazanych powyżej warunków.

Brak posiadania przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej oraz ich jawny charakter. Odwołujący nie wykazał, aby informacje dotyczące personelu, jaki został przez niego wskazany w celu oceny oferty w kryterium "Doświadczenie personelu wykonawcy", a także w oświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby, stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, w szczególności, aby informacje te nie były powszechnie znane/łatwo dostępne oraz aby posiadały wartość gospodarczą.

W powyższym kontekście wskazać należy, że ochronie podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą, a w konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsekwencją powyższego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza, że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające. W przedmiotowej sprawie odwołujący wskazał jedynie, iż: *„(...) wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji wyraża się m.in. w ujęciu ich jako komplet (zbiór) danych i zasadna jest ochrona wskazanych informacji w pełnym zastrzeżonym zakresie. Powzięcie w niniejszym konkretnym Postępowaniu przez konkurencję Wykonawcy części informacji zastrzeżonych umożliwić będzie im ustalenie, że dani członkowie personelu wskazani przez Wykonawcę najprawdopodobniej spełniają konkretne wymogi i posiadają kompetencje czy doświadczenie opisane konkretnie dla niniejszego Postępowania przez Zamawiającego. Takiej możliwości nie daje wykonawcom konkurencyjnym natomiast nawet ewentualne posiadanie przez nich pewnych danych dot. personelu, uzyskanych w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem informacji tych nie można przełożyć na Postępowanie niniejsze - wobec czego zasadne jest objęcie zakresem ochrony całości informacji wskazanych przez Wykonawcę. Częściowe ujawnienie wskazanych informacji, pozwalające zidentyfikować konkretną osobę zaproponowaną przez Wykonawcę na konkretne stanowisko w niniejszym konkretnym Postępowaniu, może stanowić podstawę dla podjęcia wobec takiej osoby działań w celu jej podkupienia, co stanowi praktykę rzeczywiście zachodzącą w ramach niniejszej branży, co opisano szerzej w dalszej części niniejszego uzasadnienia”*.

W ocenie odwołującego, wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji wynika zatem z:

- 1) ujęcia ich jako komplet (zbiór) danych,
- 2) rzekomej możliwości podjęcia wobec personelu działań w celu jego „podkupienia”.

Powyższa argumentacja nie przesądza jednak o posiadaniu wartości gospodarczej przez zastrzeżone informacje. Jak wskazano powyżej, dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest wykazanie, że przedstawia ona zobiektywizowaną wartość

gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Nie sposób jednak przyjąć, iż ujęcie w Wykazie personelu doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, w tym Kierownika budowy oraz udostępnienie tego zasobu przez podmiot trzeci wykonawcy, stanowi jakikolwiek unikatowy zbiór danych, z którego wynikać miałyby jego szczególna wartość. Po pierwsze są to bowiem standardowe dokumenty, składane na wzorcach przygotowanych przez zamawiającego, których złożenie warunkuje skuteczne ubieganie się przez odwołującego o zamówienie. Po drugie zaś, nie sposób przyjąć, że odwołujący uzyska jakikolwiek zysk, bądź zaoszczędzi jakiejkolwiek koszty wskutek tego, iż informacja na temat doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (w tym Kierownika budowy) czy podstawy dysponowania określonym zasobem pozostanie poufna. Sam odwołujący w treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, iż ujawnienie rzeczony informacji spowoduje „ustalenie [przez konkurencję – przyp. Thales], że *dani członkowie personelu wskazani przez Wykonawcę najprawdopodobniej spełniają konkretne wymogi i posiadają kompetencje czy doświadczenie opisane konkretnie dla niniejszego Postępowania przez Zamawiającego.*” – czego najwyraźniej wykonawca ten chce uniknąć, nadużywając instytucji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy ograniczył się jedynie do wskazania: „*Wykonawca podkreśla, że tego rodzaju praktyki rzeczywiście mają miejsce na rynku kolejowym (w szczególności natomiast w wyspecjalizowanej i stosunkowo wąskiej jego części jaką jest branża urządzeń sterowania ruchem kolejowym, automatyki kolejowej oraz wdrożenia systemu ERTMS/ETCS, w której działa Wykonawca) i zetknął się tego rodzaju sytuacjami również Wykonawca*”. Stwierdzenia takiego nie sposób jednak uznać za udowodnienie, ani nawet uprawdopodobnienie ryzyka podkupienia pracowników, konkretnie w związku z udostępnieniem ich imienia i nazwiska w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie np. w związku z innymi okolicznościami takimi choćby jak obecność pracownika na placu budowy, własne działania pracownika zmierzające do zmiany pracy, działalność własna rekruterów, czy zwyczajnie korzystanie przez pracownika z kont na publicznie dostępnych portalach typu LinkedIn czy GoldenLine.

Okoliczność, że zarówno pracodawcy poszukują pracowników, jak też pracownicy poszukują lepszych warunków zatrudnienia (zwłaszcza w obecnej sytuacji na rynku), jest rzeczą naturalną i nie stanowi okoliczności nadzwyczajnej, która mogłaby prowadzić do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak jawność i transparentność. W tym też kontekście jawi się kolejna przeszkoda do objęcia rzeczonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a mianowicie obiektywny brak poufnego charakteru informacji zastrzeżonych przez odwołującego,

a odnoszących się do personelu skierowanego do realizacji zamówienia. Jak wynika z orzecznictwa i co potwierdza doświadczenie życiowe, informacje takie jak imię i nazwisko, kwalifikacje czy doświadczenie zawodowe danej osoby z natury rzeczy nie pozostają i nie mogą pozostawać poufne. Dysponentami tych informacji pozostają bowiem w każdym przypadku osoby, których one dotyczą, a w przypadku oferty odwołującego pozostają one również w dyspozycji podwykonawcy, tj. spółki Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o., która oddała przedmiotowy zasób do dyspozycji Bombardier. Uznać zatem należy, że zastrzeżone informacje mogą być łatwo dostępne, a odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych. W tym też zakresie nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zawartym na str. 5 uzasadnienia, jakoby zastrzeżone informacje nie podlegały ujawnieniu po zawarciu umowy w sprawie zamówienia w niniejszym postępowaniu. Ujawnienie takie bezsprzecznie bowiem nastąpiłoby na etapie realizacji prac przez personel kierowniczy wskazany w ofercie, w szczególności w odniesieniu do imienia i nazwiska, czy też uprawnień Kierownika budowy, który jest jedną z kluczowych osób na budowie, a jego dane odzwierciedlać będzie szereg oficjalnych dokumentów wymaganych w procesie inwestycyjnym.

Należy wreszcie zauważyć, że już nawet z proceduralnego punktu widzenia wątpliwe jest powoływanie się przez odwołującego na zasób w postaci danych osób (do tego jeszcze punktowany w ramach kryteriów oceny ofert) przy jednoczesnym twierdzeniu, że już sam fakt podania imienia i nazwiska danej osoby może spowodować, że odwołujący tą osobą nie będzie dysponował. Zatem albo wykonawca posiada ten zasób i się na niego powołuje, albo też stosunek prawny lub faktyczny pomiędzy wykonawcą a zasobem jest tak wątpliwy, że powoływanie się takie nie jest uzasadnione (wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 796/21).

Zastrzeżone przez odwołującego informacje w postaci Wykazu personelu oraz Zobowiązania podmiotu trzeciego (ewentualne dalsze związane z nimi informacje objęte tajemnicą), odnoszą się do kryterium oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że dotyczą kluczowej sfery postępowania, mającej bezpośrednie przełożenie na wybór oferty najkorzystniejszej i potencjalnie sferę skuteczności środków ochrony prawnej. Co ważne, utajnienie tak istotnych elementów oferty pozbawia pozostałych wykonawców możliwości weryfikacji prawidłowości innych ofert, co powinno być uznane za niedopuszczalne. Konkurenci mają bowiem prawo zweryfikować personel pozostałych wykonawców, żeby ustalić, czy odpowiada on wymogom zamawiającego i czy ten prawidłowo przyznał punkty.

Do podobnych wniosków należy dojść w związku z objęciem tajemnicą treści Zobowiązania podmiotu trzeciego. Oświadczenie to zawiera jednak szereg innych informacji, niż imiona i nazwiska personelu, które powinny być bezwzględnie jawne. Wzór zobowiązania

został narzucony przez zamawiającego i należało w nim podać nie tylko zakres udostępnianych zasobów, ale również sposób ich wykorzystania, charakter stosunku między wykonawcą a podmiotem udostępniającym, zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia i jego okres (por. Załącznik nr 3 do IDW). Nie sposób więc uznać, że Zobowiązanie podmiotu trzeciego w całości zawierało informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Niezależnie więc od faktu, że odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, to z całą pewnością niektórych z nich nie sposób nawet rozważać w kategoriach tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ obiektywnie jej nie stanowią. Zamawiający powinien więc te informacje odtajnić. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreśla się, że ze względu na fakt, że zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zaprzeczeniem zasady jawności postępowania, jak i jego przejrzystości, powinno się odbywać z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy wycinek tekstu: pojedyncze dane (np. dane liczbowe, nazwy kontrahentów), pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty - od początku do końca - są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy (wyrok KIO z dnia 13 maja 2021 r., sygn. akt KIO 807/21).

Z uwagi na powyższe za niezasadne uznać należy utajnienie przez odwołującego całości (pełnej treści) dokumentów w postaci Wykazu personelu, Zobowiązania podmiotu trzeciego, wszystkich dowodów do uzasadnienia tajemnicy (w tym nawet ich wylistowania w treści samego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) oraz pozostałych dokumentów. Gdyby bowiem nawet, w ślad za argumentacją zawartą w uzasadnieniu przyjąć, że wartością, którą należy chronić jest rzekomo wyjątkowe doświadczenie personelu (z czym przystępujący się jednak nie zgadza), to mimo wszystko jawne pozostawać powinny pozostałe informacje dotyczące osób skierowanych do realizacji zamówienia, takie jak imię i nazwisko, ich uprawnienia zawodowe, zajmowane stanowisko oraz nazwa wykonawcy, na rzecz której dana osoba realizowała usługę/robotę opisywaną w ramach niejawnego doświadczenia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela argumentację zamawiającego i przystępującego, wskazuje, co następuje. Zdaniem Izby, czynność zamawiającego była prawidłowa. Podnieść bowiem należy, iż odwołujący uzasadniając zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów:

- załącznik nr 12 do IDW – Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.8.3 oraz

- załącznik nr 3 do IDW - Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby realizacji Zamówienia,

przywołał okoliczności na tyle ogólne, iż nie pozwalały one na przyjęcie, iż ww. dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, co do zasady ma charakter jawny, co oznacza, że dokumenty składane w postępowaniu są jawne. Oczywiście, zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednakże, aby wskazana ochrona miała swoje prawne podstawy wykonawca, który powołuje się na taką ochronę musi zastrzec takie informacje, a co najważniejsze musi wykazać, że faktycznie takie informacje ochronie podlegają.

Tym samym, ocenie zamawiającego podlega taka dokumentacja, którą powołał wykonawca, która z kolei musi referować do przepisów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, uzasadnienie sporządzone przez odwołującego na potrzeby ochrony tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów, jest li tylko uzasadnieniem. Dokumentowi temu, a w szczególności informacjom tam podanym, nie można przypisać waloru wykazania. Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 1 kwietnia 2021 roku, o sygn. akt KIO 500/21, dalej Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 1 października 2021 roku, sygn. akt XXIII Zs 53/21, wykazanie to coś więcej niż uzasadnienie – wykazanie do udowodnienia.

Sąd Okręgowy w Warszawie w ww. wyroku wskazał na następujące argumenty: „Sąd dokonując oceny zasadności powyższych zarzutów w kontekście rozstrzygnięcia KIO przyjął za punkt wyjścia prymat zasady jawności postępowania wynikający z art. 8 ust. 1 s Pzp, który stanowi, iż postępowanie i udzielenie zamówienia jest jawne, - wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność, - Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia: „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. sPzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c., - w konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko skarżącego (w istocie zaakceptowane przez zamawiającego poprzez nieodtajnienie zaskarżonej części informacji), jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych, miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 sPzp, - Sąd zgadza się z poglądem KIO, że 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, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikające z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa, - wartość tę (wartość gospodarczą – przypisek Skarżącego) należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada, - Sąd nie podziela argumentacji skarżącego, z której zdaje się wynikać, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. W ocenie Sądu taki pogląd jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 sPzp, z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Wskazanie „wartości gospodarczej” może przy tym przejawiać się poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone, - w tym zakresie Sąd podziela stanowisko (...), iż warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realna wartość gospodarczą, - (...) nie sprostął konieczności wykazania, że opisywany przez niego sposób kalkulowania jest z jakichś względów unikalny, niespotykany i niedostępny innym

wykonawcom. Konsorcjum nie wykazało przykładowo, że może korzystać z dobrodziejstwa niespotykanych na rynku, konkurencyjnych stawek wynagrodzeń specjalistów albo że przyjęte przez niego pracochłonności usług są mniejsze z uwagi na jakieś unikalne rozwiązania, które zamierza zastosować w trakcie świadczenia usługi na rzecz zamawiającego”.

Skoro tak to przyjmując ustalony przez ustawodawcę sposób dowodzenia, określony przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp (strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne), wykonawca, który powołuje określone okoliczności winien je udowodnić. Ogólne twierdzenia o przyjętych założeniach, możliwych, hipotetycznych sytuacjach, czy wreszcie przekonanie wykonawcy o słuszności dokonania takiej czynności nie może stanowić nawet próby wykazania. Zdaniem Izby wykonawca winien szczegółowo opisać związek przyczynowo-skutkowy, który charakteryzuje daną okoliczność z powołaniem dowodów potwierdzających zasadność takiego postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący takiemu obowiązkowi nie sprostał.

Odnosząc się natomiast do ryzyka podkupywania pracowników, wskazać należy, za wyrokiem KIO z dnia 26 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 698/21, 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. 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”.*

Ponadto, za zamawiającym, należy zwrócić uwagę na: 1) uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/KU 5/20, w której wskazano, iż: *„nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa takich informacji, jak imię i nazwisko, kwalifikacje i doświadczenie konkretnych specjalistów wskazanych w wykazie osób wykonawcy. 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. (...) Tym samym w prawie każdej dziedzinie gospodarki poszukiwani są wysokiej klasy eksperci, a w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych specjalistów, poprzez na przykład zawarcie umów na wyłączność z tymi osobami, czy wprowadzenie w ramach zawieranych umów postanowień dotyczących zakazu konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzia do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe”, 2) Informację o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o sygn. KU/135/18/DKZP oraz o sygn. KU/135/18/DKZP, a także Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2018 str. 46., cyt. „informacje zawarte w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa wykazie dotyczą projektantów, kierowników robót i kierowników budów, osób które brały udział w realizacjach zamówień publicznych. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że informacje te są skutecznie chronione przed ujawnieniem. Chociażby 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”, 3) wyrok KIO z dnia 6 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 110/17, cyt. „Przed wszystkim nie są to informacje stanowiące własność przedsiębiorstwa tylko własność osób współpracujących z przedsiębiorstwem o ich wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym. W związku z tym przedsiębiorstwo nie ma prawa ich zawłaszczać i powoływać się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Osobami tymi są uprawnieni inżynierowie i geodeci, którzy nie są przedmiotem własności przedsiębiorstwa a informacje o nich można uzyskać czy to poprzez rejestry osób uprawnionych zarówno publikowanych w Internecie jak również przez portale firm pośredniczących w poszukiwaniu uprawnionego personelu o wymaganych kwalifikacjach. Ponadto podmiotem na rzecz którego sporządzane są wykazy jest podmiotem publicznym wydatkującym środki publiczne. W związku z tym obowiązuje zasada jawności postępowania przewidziana art. 10 ustawy pzp, która umożliwia kontrole prowadzonych postępowań zarówno w trakcie ich przeprowadzania jak i po ich zakończeniu. Przed wszystkim dobro publiczne zakazuje ochrony wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: