

WYROK

z dnia 17 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Portal PZP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Skarbowi Państwa – Urzędowi Zamówień Publicznych w Warszawie** – ujawnienie następujących dokumentów i informacji zastrzeżonych w ofercie wykonawcy **Portal PZP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- a) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa,
- b) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia podmiotów użyczających zasoby oraz podwykonawców,
- c) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, sporządzonego zgodnie z załącznikiem 1d do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- d) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, sporządzonego zgodnie z załącznikiem 1e do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- e) zobowiązania do użyczenia zasobów;
- f) dokumentów podwykonawców;
- g) nazw podwykonawców wskazanych w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Portal PZP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Portal PZP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **Portal PZP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** na rzecz wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa Platformy e-Zamówienia oraz usługi Inżyniera Kontraktu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 grudnia 2019 roku wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w Warszawie (dalej: odwołujący Pentacomp) wniósł odwołanie wobec czynności oraz zaniechań zamawiającego polegających na:

1) niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności zaniechania odtajnienia części oferty złożonej przez Portal PZP Sp. z o.o. (dalej „Portal PZP” lub przystępujący) w zakresie:

a) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) Portal PZP w części objętej tajemnicą przedsiębiorców;

b) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ”) podmiotów używających zasoby oraz podwykonawców Portal PZP;

c) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, sporządzonego zgodnie z załącznikiem 1d do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.);

d) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, sporządzonego zgodnie z załącznikiem 1e do s.i.w.z.;

e) zobowiązania do użyczenia zasobów;

f) dokumentów podwykonawców;

g) nieudostępnienia nazw podwykonawców wskazanych w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spółki Portal PZP;

- które to dokumenty w rzeczywistości nie zawierają, zdaniem odwołującego Pentacomp, informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419, dalej:

„UZNK”), zaś Portal PZP nie wykazało przesłanek koniecznych dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i informacje te winny podlegać odtajnieniu,

co stanowi naruszenie art 7 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. oraz w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

2) niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu zapoznania się z całością oferty Portal PZP, która powinna podlegać odtajnieniu w całości,

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. oraz w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

Mając na względzie powyżej podniesione zarzuty odwołujący Pentacomp wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu odtajnienie dokumentów zastrzeżonych w ofercie przez Portal PZP jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że otrzymał w dniu 20 listopada 2019 r. od zamawiającego drogą mailową informację o zakończeniu przez zamawiającego czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wobec Portal PZP. W ww. piśmie zamawiający poinformował odwołującego Pentacomp, które informacje zawarte w ofercie Portal PZP uznaje za jawne, w związku z faktem, iż nie spełniają one przesłanek wynikających z UZNK, a które uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa Portal PZP. Wobec powyższego zdarzenie to, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienia odwołania w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe odwołujący Pentacomp uczynił zadość wymogom określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.. Odwołanie jest zatem wnoszone z zachowaniem ustawowo przewidzianego terminu.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, gdyż posiada interes w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący Pentacomp powyższe uzasadnił tym, że zaniechanie zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem może uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia. Odwołujący Pentacomp wykazał, iż w wyniku ww. zaniechania przez zamawiającego podjęcia czynności wymaganych przepisami ustawy P.z.p. może ponieść szkodę, polegającą na zaniechaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący ze względu na złożenie oferty jest uczestnikiem postępowania, przez co powinien

być uprawniony do zapoznania się z treścią ofert konkurencyjnych, w szczególności z tymi elementami tych ofert, które mają wpływ na ich ocenę zgodnie z ustalonymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Pentacomp podniósł, że w dniu 14 listopada 2019 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o informację, czy zostały zakończone czynności związane z badaniem i oceną ofert w zakresie skutecznego zastrzeżenia przez wykonawców części informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający pismem z dnia 20 listopada 2019 r. poinformował odwołującego Pentacomp, że uznaje za skuteczne złożone wraz z ofertami uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i nie odtajnia zastrzeżonych dokumentów spółki Portal PZP. W ocenie odwołującego Pentacomp, zamawiający, działając niezgodnie z ustawą P.z.p. oraz UZNK, nie udostępnił odwołującemu Pentacomp części oferty Portal PZP, uznając, że doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Portal PZP.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że powyżej wskazane zaniechania zamawiającego są sprzeczne z art. 7 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

Odnosząc się do zarzutu nieodtajnienia części oferty Portal PZP, odwołujący Pentacomp wskazał, że nieodtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Portal PZP objętych niniejszym odwołaniem narusza elementarną zasadę prawa zamówień publicznych sformułowaną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., stanowiącą, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. A zatem poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Portal PZP jako tajemnica przedsiębiorstwa zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, jak również art. 96 ust. 3 ustawy P.z.p.

W ocenie odwołującego Pentacomp, informacje opisane w odwołaniu zostały zastrzeżone przez Portal PZP jako tajemnica przedsiębiorstwa niezasadnie, w celu utrudnienia a właściwie uniemożliwienia weryfikacji złożonej oferty przez odwołującego. Zamawiający natomiast błędnie uznał dokonane zastrzeżenia za skuteczne. Tym bardziej, że jednocześnie zamawiający uznał, za nieskutecznie zastrzeżoną przez Portal PZP samą treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, i zdecydowało o odtajnieniu treści.

Odwołujący Pentacomp stwierdził, iż zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający winien udostępnić odwołującemu Pentacomp do wglądu dokumenty, których ujawnienia odwołujący żąda w niniejszym odwołaniu. Bezpodstawne utrudnienie dostępu do informacji w ostępowaniu nie pozwala na

urzeczywistnienie zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący Pentacomp podkreślił, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek rzetelnej oceny zastrzeżonych jako tajemnica informacji, czego – w ocenie odwołującego Pentacomp – zamawiający nie dokonał. Co prawda Portal PZP dokonało czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w określonym w art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. terminie, jednakże złożone uzasadnienie, jak i treść samych zastrzeżonych informacji w ocenie odwołującego Pentacomp nie pozwala uznać, że Portal PZP wykazał, w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., że zastrzeżone informacje istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący Pentacomp podkreślił, że art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną informacje przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK. Aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że ciężar dowodu w powyższym zakresie leży wyłącznie na wykonawcy, który winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Zdaniem odwołującego Pentacomp, w okolicznościach postępowania brak jest podstaw prawnych do uznania informacji o podmiotach udzielających zasoby i podwykonawcach, którym wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia objętego postępowaniem, oraz JEDZ tych podmiotów, a także wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia na potwierdzenie spełniania warunku oraz wykazu osób, który jednocześnie podlega ocenie w ramach jednego z kryteriów oceny ofert jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK.

Odwołujący Pentacomp przypomniał, że – zgodnie z treścią 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. Odwołujący Pentacomp powołał się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. w sprawie o sygn.

akt I CKN 304/00 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 776/12) i inne.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że – biorąc pod uwagę zakres dokonanego przez Portal PZP zastrzeżenia – nie ma pełnej wiedzy, czy wszystkie informacje zawarte w dokumentacji złożonej przez Portal PZP istotnie stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że choć w ostatnich latach rynek usług IT znacznie się rozwinął, w dużej części postępowań mających za przedmiot takie usługi, wykonawcy konkurencyjni na ogół korzystają z tych samych podwykonawców, którzy wyrobili sobie określoną markę na rynku. Korzystanie z usług takich podwykonawców nie stanowi więc żadnej wyjątkowej wiedzy Portal PZP, której ujawnienie doprowadziłoby do utraty przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami. Podwykonawcy na rynku usług IT są na ogół dobrze znani wykonawcom konkurencyjnym, z uwagi na wąską specyfikację tego segmentu usług i stosunkowo małą podaż na polskim rynku IT. Odwołujący Pentacomp przywołał wyrok WSA w Krakowie z dnia 17 lipca 2017 r., sygn. akt II SA/Kr 654/15, w świetle którego: „tajemnica przedsiębiorstwa nie stoi na przeszkodzie udostępnieniu informacji dotyczącej listy podwykonawców w rzeczywistości biorących udział w realizacji przedsięwzięcia”.

W ocenie odwołującego Pentacom, również w zakresie zastrzeżenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert jak i wykazu składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający niesłusznie odmówił odtajnienia informacji rzekomo stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Portal PZP.

Odwołujący Pentacom zaznaczył, że utajnienie informacji podlegających ocenie w ramach kryterium oceny ofert powinno mieć wyjątkowy charakter, gdyż uniemożliwia innym wykonawcom ocenę innych ofert złożonych w postępowaniu. W związku z powyższym brak odtajnienia takich informacji i uznanie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa może wpłynąć na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ze względu na brak możliwości zweryfikowania przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu autentyczności informacji przekazanych przez Portal PZP. Pentacomp wskazuje, że jako profesjonalista na rynku IT, ma wiedzę i możliwość rzetelnej oceny informacji objętych przez Portal PZP tajemnicą, na które to okoliczności uwagę zamawiającego mógłby zwrócić odwołujący Pentacomp, gdyby uzyskał dostęp do zastrzeżonych materiałów.

Odwołujący Pentacom przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2019 r., gdzie Krajowa Izba Odwoławcza oceniła, że zamawiający niezasadnie uznał za

prawidłowe utajnienie jako tajemnica przedsiębiorstwa całości wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Portal PZP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie (przystępujący).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 grudnia 2019 roku zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania.

Pismem z dnia 11 grudnia 2019 roku przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przystępujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa następujące informacje i dokumenty:

- a) Jednolity Europejski Dokument Zamówienia
- b) Jednolity Europejski Dokument Zamówienia podmiotów użyczających zasoby oraz podwykonawców,
- c) wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, sporządzony zgodnie z załącznikiem 1d do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- d) wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, sporządzony zgodnie z załącznikiem 1e do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- e) zobowiązania do użyczenia zasobów;
- f) dokumentów podwykonawców;
- g) nazwy podwykonawców wskazanych w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Portal PZP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie;

Przystępujący, zastrzegając wskazane wyżej dokumenty, wyjaśnił, co następuje:

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż zastrzeżenie przez Portal PZP części złożonej w przedmiotowym postępowaniu oferty, jest na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalnym ograniczeniem w zakresie jawności.

Portal PZP poprawnie zakwalifikowało informacje zawarte w części oferty, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.) (dalej „UoZNK”), jak i wypracowanej przez doktrynę i judykaturę wykładni tego przepisu.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 UoZNK „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. ”

Z legalnej definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 UoZNK wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy (posiada wartość gospodarczą) przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł, wzorów i metod działania. Z kolei informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacjami organizacyjnymi są natomiast dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, takie np. jak struktura organizacyjna, procedury organizacyjne, procedury zdalnego dostępu, numery telefonów wewnętrznych, kody księgowo, systemy przetwarzania informacji, instrukcje i procedury bezpieczeństwa. Ze względu na indywidualny charakter informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest możliwe ich wyczerpujące wyliczenie.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. (por. np. orzec. SN - Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzec. SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzec. SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67). „Art. 11 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - istnienie zasięgu stanu

tajemnicy - uzależnia od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wpływem danych. Wybór informacji mających zostać objętymi poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Jednakże wybór ten, co do zakresu stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (art. 11 ust. 4 ustawy)" — tak Sąd Najwyższy w wyroku z 2001.09.05, I CKN 1159/00.

Odnosnie warunku trzeciego, należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Odnosząc się szczegółowo do zastrzeżonych części oferty, należy wyjaśnić zastrzeżenie tajemnicy w sposób następujący:

- 1. Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego składanych na potwierdzenie kryteriów pozacenowych (wg Zał. Nr 1d do SIWZ)*
- 2. Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (wg Zał. Nr 1e do SIWZ)*

Wykonawca wskazuje, iż informacje zastrzeżone w Wykazach osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, a którymi Wykonawca dysponuje, stanowią istotną wartość organizacyjną oraz gospodarczą. Wykonawca skompletował zespół osób, o dość unikalnych kompetencjach, który w najwyższym stopniu spełnia warunki udziału w postępowaniu i wypełnia wymagania w zakresie pozacenowych kryteriów ofert, a także zapewnia należyłą realizację zamówienia. Gwarantują to wysokie kwalifikacje osób zaproponowanych do pełnienia poszczególnych funkcji, a także ich bogate doświadczenie zawodowe.

Wykazy osób są zindywidualizowaną informacją organizacyjną, przygotowaną wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, która posiada doniosłą wartość gospodarczą, gdyż dzięki tym osobom i ich kwalifikacjom Portal PZP jest w stanie pozyskać i wykonać z sukcesem zamówienie. Podkreślenia wymaga, iż Portal PZP działa na rynku usług, a w takim przypadku o sile firmy przesądzają ludzie. Wobec faktu, że na rynku poszukiwani są wysokiej klasy specjaliści, zwłaszcza w branży IT, niezbędnym jest zabezpieczenie się firm

przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Pracownicy i współpracownicy Portal PZP Sp. z o.o. z racji posiadania wysokich kwalifikacji i doświadczenia, mających wysoko specjalistyczny charakter, stanowią cenny (o ile nie najcenniejszy) element potencjału jego przedsiębiorstwa. Jest zatem oczywiste i nie wymaga szerszego uzasadnienia stwierdzenie, iż ujawnienie informacji dotyczących tych osób mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której inne, konkurencyjne w stosunku do Portal PZP Sp. z o.o. podmioty podjęłyby działania zmierzające do pozyskania osób wchodzących w skład zespołu stworzonego przez Portal PZP na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. W konsekwencji doprowadziłoby do sytuacji, w której pozycja rynkowa Wykonawcy uległaby znacznemu osłabieniu. Konieczne jest również podkreślenie, iż już samo zebranie w jeden zespół osób o tak specjalistycznych kwalifikacjach i doświadczeniu stanowi wartość gospodarczą przedsiębiorcy, której ujawnienie z pewnością pozostawałoby w sprzeczności z jego uzasadnionym interesem gospodarczym.

Odnosnie przesłanki „nie ujawniania do publicznej wiadomości” Wykonawca wyjaśnia, iż informacja o składzie zespołu i kwalifikacjach ekspertów wskazanych w ofercie nie została ujawniona do publicznej wiadomości. Oznacza to, iż informacje te są nieznane ogółowi, w szczególności osobom, które ze względu na swoją działalność zawodową są zainteresowane jej posiadaniem.

Mając na uwadze ogromne znaczenie gospodarcze jakie wynika dla Portal PZP Sp. z o.o. z informacji dotyczących jego potencjału kadrowego Portal PZP podjęło niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności. W szczególności Portal PZP wyjaśnia, iż zobowiązało wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty, jak i samych ekspertów wskazanych w Wykazie osób, do zachowania poufności w tym względzie. Konsekwencją tych działań jest utajnienie informacji o doświadczeniu ekspertów w złożonej przez Portal PZP ofercie.

W odniesieniu do zastrzeżonych informacji o osobach mających realizować zamówienie Wykonawca jest uprawniony do stwierdzenia, iż żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może poznać tych informacji zwykłą drogą, w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z jego strony.

- 3. Formularz ofertowy (wg Zał. Nr 1b do SIWZ) w zakresie pkt 10 oraz Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ)- wykaz nazwanych podwykonawców*
- 4. Dokumenty podmiotowe i przedmiotowe, a także oświadczenia udostępnione podwykonawców.*

W niniejszym postępowaniu Portal PZP wskazuje w formularzu ofertowym oraz JEDZ podmioty z którymi zamierzamy zrealizować przedmiotowe zamówienie będące w charakterze

osób trzecich udostępniających swoje zasoby, jak również w charakterze podwykonawców . Podmioty te zobowiązały Portal PZP do zachowania poufności samego faktu współpracy pomiędzy przedsiębiorstwami, w tym nazwy podwykonawcy. Wynika to zarówno z przedłożonych oświadczeń — zobowiązań do użyczenia zasobów, ofert przedłożonych Portal PZP, jak i z umów zawartych z tymi podmiotami. Zakaz ujawnienia tożsamości tych podmiotów, jak również zakresu udostępnionych przez nich zasobów, zostało obwarowane karami umownymi z tytułu naruszenia poufności powierzonych informacji.

Portal PZP podjął stosowne działania w celu zachowania poufności ww. informacji. Dostęp do nich ma wyłącznie ograniczony krąg pracowników Wykonawcy, zobowiązanych do zachowania poufności. Nigdy nie zostały one ujawnione podmiotom zewnętrznym, ani tym bardziej upublicznione. Takie informacje z całą pewnością należy zakwalifikować pod pojęcie "tajemnicy", ponieważ Portal PZP i jego podwykonawcy ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna.

W niniejszym postępowaniu w ramach złożonej oferty Portal PZP przedłożył dokumenty i oświadczenia podwykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, w tym:

- Informację z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków przez
- Zobowiązania do użyczenia zasobów wskazujące zarówno na fakt współpracy podmiotów, zakres usług referencyjnych, wykazanie zdolności finansowej i ekonomicznej, JEDZe podwykonawców,
- Treść listów referencyjnych potwierdzających należyte wykonanie zobowiązań, których wystawcy zobowiązali podmioty uzyskujące referencje do zachowania w poufności zakresu prac, wysokości świadczeń, okresów ich realizacji i to zobowiązanie do poufności przenieśli na Portal PZP.

Podwykonawcy zobowiązali Portal PZP do zachowania poufności samego faktu współpracy pomiędzy przedsiębiorstwami, w tym klauzula poufności obejmuje zakaz upubliczniania nazwy podwykonawcy. Portal PZP podjął stosowne działania w celu zachowania poufności ww. dokumentów. Dostęp do nich ma wyłącznie ograniczony krąg pracowników Wykonawcy, zobowiązanych do zachowania poufności, i nie zostały one ujawnione podmiotom zewnętrznym. Takie informacje z całą pewnością należy zakwalifikować pod pojęcie "tajemnicy", ponieważ Portal PZP i jego podwykonawcy ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą.

Podsumowanie

Należy stwierdzić, że informacje zastrzeżone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa należy brać pod uwagę jako jedną całość składającą się na treść oferty i nie mogą one być wrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ w takim przypadku mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje jako całość nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Portal PZP podjęło niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zamawiający musi mieć na uwadze, że ujawnienie pojedynczych informacji niweczy tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego Portal PZP wyjaśnia, iż u Wykonawcy obowiązują następujące zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa:

- klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi,*
- klauzule poufności w umowach handlowych — obejmujące zarówno firmę, kontrahenta, jak i pracowników oraz osoby współpracujące z firmą i kontrahentem.*

Konkludując, w świetle powyższego mając na uwadze zarówno treść przepisu, jak i przedstawione powyżej poglądy doktryny i judykatury, należy stwierdzić, że Portal PZP SP. z o.o. prawidłowo zakwalifikowało te części oferty, jako części zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UoZNK. Zastrzeżone informacje nadal nie mogą być udostępniane pozostałym wykonawcom, ponieważ informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UoZNK. Portal PZP nie wyraża zgody na ich odtajnienie. Wszystkie przesłanki poprawności zakwalifikowania powyższych części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały zachowane:

- 1. informacje zawarte w ofercie mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, techniczny i technologiczny oraz są informacjami mającymi istotną wartość gospodarczą przedsiębiorstwa,*
- 2. informacje zawarte w ww. dokumentach nie zostały jako całość ujawnione do wiadomości publicznej,*
- 3. w stosunku do informacji zawartych w ww. dokumentach traktowanych jako całość, podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

Pragniemy także wskazać, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (wyrok z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji Rec., str. 1965, pkt 28 oraz wyrok z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie C-36/92 P SEP przeciwko Komisji Rec. Str. 1-1911, pkt 37). Nieujawnienie zatem

informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez wykonawcę zastrzeżona w ofercie, nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a wręcz przeciwnie - stanowi wyraz ochrony uprawnionych interesów podmiotów gospodarczych uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

Portal PZP Sp. z o.o. zastrzega, że całość niniejszego oświadczenia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.), w związku z czym nie może ona być ujawniana oraz nie może być udostępniana podmiotom trzecim.

Do oferty przystępujący dołączył zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia przystępującemu własnych zasobów. Wszystkie zobowiązania zawierają następującą klauzulę:

„Zastrzegamy, że sam fakt udostępnienia zasobów, jak i przekazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co do zachowania której zostaliśmy zobowiązani przez naszego klienta i ze względu na ten fakt, zobowiązujemy Portal PZP Sp. z o.o. do zachowania w/w informacji w poufności, w szczególności poprzez zastrzeżenie tych informacji jako niejawnych w postępowaniu pn.: „Budowa platformy e-Zamówienia oraz usługi inżyniera kontraktu” (nr referencyjny: 2019/S179-436540) ogłoszonym przez Urząd Zamówień Publicznych (ul. Postępu 17A, Warszawa 02-676).”

Innych dowodów na poparcie zasadności zastrzeżenia wskazanych wyżej informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępujący nie złożył.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze i drugie ustawy P.z.p, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), 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.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,

- informacje te 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

- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można

mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby informacje, których ujawnienia żąda odwołujący, mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wykazał jednak przy tym, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i – jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tym samym stwierdzić należy, iż art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek dokonania zastrzeżenia informacji w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i jednoczesnego złożenia dowodów uzasadniających dokonane zastrzeżenie. Tymczasem przystępujący dokonane zastrzeżenia w wyznaczonym terminie nie udowodnił. Przystępujący wraz z ofertą złożył jedynie zobowiązania podmiotów trzecich udostępniających mu swe zasoby, w których podmioty te zobowiązały przystępującego do zachowania w poufności zawartych w zobowiązaniach informacji. Przystępujący nie udowodnił jednak, że z nałożonego na niego zobowiązania w jakikolwiek sposób się wywiązał.

Dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przystępujący złożył do akt sprawy dokumenty w celu wykazania, że dokonane przez niego zastrzeżenie informacji było

prawidłowe i skuteczne, tj. oświadczenia o zachowaniu poufności, dokument - polityka bezpieczeństwa informacji, umowy o zachowaniu poufności, zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, zobowiązanie do zachowania poufności oraz korespondencję mailową dotyczącą postępowania. Dokumenty te zostały opatrzone datami, które wskazują, że zostały sporządzone w terminach umożliwiających ich złożenie wraz z ofertą.

W ocenie Izby złożenie dowodów dopiero w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą należy uznać za spóźnione. Jak już wyżej wskazano, przystępujący zobowiązany był je złożyć w terminie wyznaczonym na składanie ofert. Na podstawie złożonych w tym terminie wyjaśnień i dokumentów zamawiający podejmuje bowiem decyzję w przedmiocie ujawnienia zastrzeżonych informacji i czynność ta jest przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej. W rozpoznawanej sprawie Izba bada bowiem zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy P.z.p. dokonanych na podstawie dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto wskazać należy, iż pomimo wyrażonego w art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p. uprawnienia do przedstawiania dowodów do zamknięcia rozprawy, strona lub uczestnik postępowania nie mogą wykorzystywać tego przywileju do uzyskania kolejnego terminu do złożenia dokumentów, które obowiązani byli złożyć na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Umożliwienie wykonawcy złożenia dokumentów, których nie złożył wcześniej, postawiłoby tego wykonawcę w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych uczestników postępowania i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3b ustawy P.z.p. ustawy P.z.p.

.....
.....
.....