

WYROK

z dnia 22 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2017 r. **przez odwołującego:** I.-B. S.A., (...), w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o. o. (...)

przy udziale wykonawcy: C. P. E. E. P. Sp. z o.o., (...) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża I.-B. S.A., (...) i
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez I.-B. S.A., (...) tytułem wpisu od odwołania:

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie

I.-B. wniósł odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017r. poz. 1579), zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp”, wobec czynności Zamawiającego czyli MZWik, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane, którego przedmiotem jest „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków dla aglomeracji K.”, polegających w szczególności na błędnej ocenie i uznaniu, iż informacje zastrzeżone przez wykonawcę C. P. E. E. P. Sp. z o.o. z siedzibą w K.(2) zwanym dalej „C. P.” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. (z 2003r. Nr153 poz. 1503 ze zm.) w konsekwencji czego Zamawiający odmówił Odwołującemu udostępnienia do wglądu oferty Wykonawcy C. P. w części dotyczącej informacji zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wnosi odwołanie wobec niezgodnych z prawem czynności podjętych przez Zamawiającego, zarzucając naruszenie:

- art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.)- poprzez niewłaściwą ocenę i uznanie, iż informacje o personelu Wykonawcy C. P., zawarte w wykazie doświadczenia personelu, JEDZ Wykonawcy C. P. oraz w JEDZ podmiotu trzeciego, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.);
- art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.)
- poprzez niewłaściwą ocenę i uznanie, iż informacje o podmiotach trzecich, z którego potencjału Wykonawca C. P. skorzystała w zakresie zdolności zawodowej oraz finansowej, zawarte w formularzu oferty, zobowiązania tych podmiotów, JEDZ tego podmiotu oraz JEDZ Wykonawcy C. P. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.);
- art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.)
- poprzez niewłaściwe uznanie, iż Wykonawca C. P. wykazał, że informacje o personelu

Wykonawcy C. P., zawarte w wykazie doświadczenia personelu, JEDZ Wykonawcy C. P. oraz w JEDZ podmiotu trzeciego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.)

- art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.)

- poprzez niewłaściwe uznanie, iż Wykonawca C. P. wykazał, że informacje o podmiotach trzecich, z którego potencjału Wykonawca C. P. skorzysta w zakresie zdolności zawodowej oraz finansowej, zawarte w formularzu oferty, zobowiązania tych podmiotów, JEDZ tego podmiotu oraz JEDZ Wykonawcy C. P. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) w konsekwencji czego Zamawiający odmówił udostępnienia do wglądu Odwołującemu w/w informacji.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Pzp, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany decyzji w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę C. P. informacji o personelu Wykonawcy C. P., zawartych w wykazie doświadczenia personelu, JEDZ Wykonawcy C. P. oraz w JEDZ podmiotu trzeciego informacji o osobach oraz w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę C. P. informacji o podmiotach trzecich, z którego potencjału Wykonawca C. P. skorzysta w zakresie zdolności zawodowej oraz finansowej, zawartych w formularzu oferty, zobowiązań tych podmiotów, JEDZ tego podmiotu oraz JEDZ Wykonawcy C. P. jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) oraz w konsekwencji powyższego;
2. udostępnienia Odwołującemu do wglądu informacji o osobach pełnej oferty Wykonawcy C. P. z wszelkimi załącznikami, w tym dokumentami zastrzeżonymi przez Wykonawcę C. P. jako zawierającymi informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.)

W dniu 04.09.2017r. Zamawiający, w trakcie udostępnienia Odwołującemu oferty Wykonawcy C. P. do wglądu, odmówił przekazania dokumentów, co do których Wykonawca C. P. zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym niniejsze odwołanie wnoszone jest z zachowaniem terminu wynikającego z ustawy.

Wskazujemy, iż interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku, gdyż w przypadku nieuwzględnienia niniejszego Odwołania, Odwołujący pozbawiony zostanie możliwości weryfikacji całej oferty Wykonawcy C. P. i ewentualnego zgłaszania zastrzeżeń co do jej prawidłowości oraz kwestionowania czynności Zamawiającego, w przypadku wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy C. P., co może wpłynąć niekorzystnie na możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

W dniu 18.07.2017r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu publicznym (zwane dalej „Ogłoszeniem”), którego przedmiotem jest „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków dla aglomeracji K.”.

Zgodnie z sekcją II.2.5) Ogłoszenia, Zamawiający przewidział następujące Kryteria udzielenia zamówienia:

Kryterium jakości - Nazwa: Kryterium jakości - długość okresu gwarancji / Waga: 20

Kryterium jakości - Nazwa: Kryterium jakości - kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia / Waga: 20
Cena - Waga: Waga: 60

W sekcji III. 1.2) Ogłoszenia Zamawiający przewidział następujące warunki udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej:

„Warunek ten zostanie spełniony jeżeli Wykonawca:

a) osiągnął w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, minimalny roczny obrót w każdym roku obrotowym równy co najmniej wartości 40 000 000 PLN (słownie: czterdzieści milionów złotych),

b) Posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, n

a kwotę nie mniejszą niż 40 000 000 PLN. (słownie: czterdzieści milionów złotych)”

W sekcji III. 1.3) Ogłoszenia Zamawiający przewidział następujące warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych:

„Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca:

1) wykaże się doświadczeniem zawodowym gwarantującym należyte wykonanie przedmiotu zamówienia tj. Wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień na prace projektowe i budowlane (w systemie zaprojektuj-wybuduj), których przedmiotem było zaprojektowanie budowy lub przebudowy oczyszczalni ścieków wraz z realizacją prac budowlanych dla oczyszczalni ścieków o średniej przepustowości dobowej minimum 3500 m³/dobę

2) Wykaże się dysponowaniem n/w potencjałem technicznym:

a) koparka gąsienicowa - minimum 2 szt., b) koparko- ładowarka - minimum 2 szt.

c) walec samojezdny - minimum 1 szt., d) zagęszczarka - minimum 2 szt.

3) Dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności wykaże Zespół Kluczowych Specjalistów odpowiedzialnych za realizację zamówienia, którzy będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia tj.

Ekspert 1 - Przedstawiciel Wykonawcy (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie

Ekspert 2 - Kierownik Budowy (1 osoba) (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie i

Ekspert 3 - Kierownik robót w specjalności instalacyjnych w zakresie sieci wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych (1 osoba) (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz uprawnienia

Ekspert 4 - Kierownik robót w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (1 osoba) (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz uprawnienia

Ekspert 5 - specjalista technolog w branży sanitarnej (1 osoba) - w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz uprawnienia

Ekspert 6 - Kierownik prac projektowych (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz uprawnienia

Ekspert 7 - Projektant w specjalności architektonicznej (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz uprawnienia

Ekspert 8 - Projektant w specjalności sanitarnej (1 osoba) - w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz uprawnienia

Ekspert 9 - Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz uprawnienia”.

W dniu 04.09.2017r. Odwołujący stawiał się w siedzibie Zamawiającego w celu wglądu do ofert pozostałych wykonawców. W zakresie oferty Wykonawcy C. P. Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie formularz oferty oraz JEDZ wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz formularza oferty i JEDZ wynika, iż Wykonawca C. P. zastrzegł następujące informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa:

1) Informacje o personelu Wykonawcy C. P. zawarte w wykazie doświadczenia personelu; JEDZ Wykonawcy oraz w JEDZ podmiotu trzeciego

2) Informacje o podmiotach trzecich, z których potencjału Wykonawca C. P. skorzysta w zakresie zdolności zawodowej oraz finansowej zawarte w formularzu oferty, zobowiązania tych podmiotów, JEDZ tych podmiotów oraz w JEDZ Wykonawcy C. P..

Wykonawca C. P. wskazał, że wymienione wyżej informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Wykonawcy C. P. indywidualnie dobrany na potrzeby Zamawiającego zespół ekspertów to informacja o szczególnym potencjale ekonomicznym i gospodarczym. Skompletowanie grupy osób o szczególnych kwalifikacjach w tak konkurencyjnej branży stanowi know-how Wykonawcy C. P. Doświadczenie oraz zdolności techniczne osób, które zdecydowały się na uczestniczenie w realizacji zamówienia mają duży wpływ na pozycję Wykonawcy także w przyszłych postępowaniach. Na potwierdzenie powyższego, Wykonawca C. P. przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 2014r.

W zakresie informacji o współpracy z innymi podmiotami, Wykonawca C. P. wskazał, iż ma ona charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, posiadający wartość gospodarczą. Fakt współpracy ze wskazanym podmiotem umożliwia bowiem temu wykonawcy udział w postępowaniu a także możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia. Wykonawca C. P. oświadczył również, iż zarówno on jak i podmiot trzeci zobowiązały się do zachowania w poufności zasad współpracy.

W celu wykazania dalszych przesłanek skutkujących uznaniem informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca C. P. wskazał, iż informacje zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały podane w żaden sposób do wiadomości publicznej, nie są zamieszczone na żadnych stronach internetowych czy w folderach reklamowych Wykonawcy C. P. W celu zachowania ich poufności wykonawca ten podjął wszelkie niezbędne działania a dane te są znane wyłącznie osobom zaangażowanym w przygotowanie i realizację zamówienia, które zobowiązane zostały do zachowania ich w poufności.

Zgodnie z art. 8 ust.1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Art. 8 ust. 3 Pzp przewiduje wyjątek od jawności postępowania, w przypadku łącznego spełnienia się następujących warunków:

-zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

-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.

Zasada jawności postępowania jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia. Przepisy ustawy dopuszczają możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale równocześnie też nakładają na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że wykonawca chcąc skorzystać z uprawnienia, jakie przyznaje mu ustawa w tym względzie powinien zachować należytą staranność. Ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Brak wyjaśnień wykonawcy lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. To nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest więc dla rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku, albo niewykazanie powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji. (KIO 733/16 z dnia 24.05.2016r.)

Uzasadnienie zastrzeżenia przez Wykonawcę C. P. informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest bardzo lakoniczne. Odnosi się wyłącznie do ogólników, nie popartych żadnymi dowodami. Przykładowo, Wykonawca C. P. oświadcza, że zobowiązał swoich pracowników, zaangażowanych w przygotowanie oferty oraz realizację zamówienia do zachowania poufności, jednakże w żaden sposób, pomimo posiadania stosownych instrumentów, tego nie wykazuje. Co więcej, wykonawca ten oświadczył również, iż razem z podmiotami udostępniającymi zasoby, zobowiązał się do zachowania w poufności zasad współpracy. Po pierwsze, w żaden sposób nie udowodnił takiego zobowiązania do zachowania poufności. Po drugie, z oświadczenia Wykonawcy C. P. wynika jednoznacznie, iż poufne są jedynie zasady współpracy a nie sam fakt jej nawiązania. Trudno w takim razie przełożyć ten fakt na uzasadnienie zastrzeżenia w całości takich dokumentów jak zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz wykazu zrealizowanych robót bądź posiadanego sprzętu. W tym miejscu należy zwrócić również uwagę na okoliczność, iż w części C punkt 9 JEDZ Wykonawca C. P. wskazał nazwy podmiotów udostępniających mu potencjał techniczny.

Podkreślenia wymaga, iż pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być

interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. (KIO 140/16; KIO 148/16 z dnia 22.02.2016r.) Nie zasługuje na ochronę na gruncie przepisów p.z.p. objęcie tajemnicą informacji w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia wówczas, gdy jedynym celem (interesem), prowadzącym do uzyskania zamówienia, jest dla wykonawcy uniemożliwienie innym wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, zapoznanie się z jego ofertą.

Należy również wskazać, iż brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy. (KIO 879/16 z dnia 08.06.2016r.)

Odwołujący nadmienia również, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, aby informacje mogły zostać uznane za podlegające ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, wszystkie okoliczności spełnić muszą się w odniesieniu do nich łącznie, a zatem informacje te muszą być informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa/ lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, nie mogą być one ujawnione do wiadomości publicznej, a nadto przedsiębiorca musi podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W tym miejscu Odwołujący pragnie wskazać na następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok KIO 2237/15 z dnia 09.11.2015r.: „Oświadczenie ograniczające się do stwierdzenia, że wiedza fachowa osób realizujących zamówienie stanowi kluczową wartość gospodarczą i decyduje o zdolności do realizacji zamówienia, a zatem stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać za niemieszczące się w wymogu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. Wskazanie powyższych okoliczności oraz informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupowaniu personelu między konkurencyjnymi spółkami nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej.

- wyrok KIO 1711/16 z dnia 26.09.2016r.: „Sam fakt, iż wykonawca w swojej firmie prowadzi politykę bezpieczeństwa informacji nie świadczy jeszcze o tym, że informacje przedstawione w ofercie zasługują na ochronę zastrzeżenia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca zamierza chronić dane odnośnie wykształcenia i doświadczenia zawodowego osób wymienionych w wykazie, to powinien udowodnić, a przynajmniej wyjaśnić, czy podjął jakiegokolwiek działania celem zachowania tych informacji w poufności” Skuteczność zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa była przedmiotem rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w sposób jednoznaczny wskazała, że dane te winny być jawne. W wyroku z dnia 28 czerwca 2017r. (KIO 1141/17, KIO 1202/17), orzekła następująco:

„W odniesieniu do zastrzeżenia dotyczącego wykazu osób, to wskazać należy, iż zastrzeżenie poczynione przez konsorcjum S. nie jest zasadne. Na wstępie wskazać należy, że osoby, co do których wykonawca ten zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, w przypadku realizacji zamówienia przez to konsorcjum, będą powszechnie znane ogółowi osób, albowiem są to osoby funkcyjne, które będą aktywnie uczestniczyć w procesie realizacji zamówienia, a co najważniejsze, z imienia i nazwiska będą występowały w dokumentach budowy, takich jak np. dziennik budowy, który nie jest dokumentem „tajnym”, i każdy zainteresowany będzie miał możliwość zapoznania się z tymi danymi. Oświadczenie ograniczające się do stwierdzenia, że wiedza fachowa osób realizujących zamówienie stanowi kluczową wartość gospodarczą i decyduje o zdolności do realizacji zamówienia, a zatem stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać za niemieszczące się w wymogu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. Wskazanie powyższych okoliczności oraz informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupowaniu personelu między konkurencyjnymi spółkami, nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2015r., sygn. akt KIO 2237/15) (...) Izba nie zgadza się z twierdzeniem konsorcjum S., iż dedykowany zespół o doświadczeniu i kwalifikacjach wymaganych w SIWZ stanowi tajemnicę organizacyjną przedsiębiorstwa, a indywidualne predyspozycje osób pozostających w dyspozycji wykonawcy mają wartość gospodarczą w takim sensie, że świadczą o sile wykonawcy na rynku branżowym, bowiem dzięki tym osobom taki wykonawca może realizować określone przedsięwzięcia, często o bardzo złożonym i skomplikowanym charakterze, albowiem wykaz osób o określonej charakterystyce kwalifikacji doświadczenia i uprawnień, stanowi jedynie odpowiedź na żądanie zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu, co z kolei oznacza, że nie stanowi to wyjątkowej sytuacji wykonawcy, indywidualnej tylko dla tego wykonawcy, niedostępnej innym firmom. Nadto okoliczność, iż na rynku występuje groźba przejęcia wykazywanych przez wykonawcę osób,

jest jednakowa dla wszystkich wykonawców. Zwrócić należy uwagę, że to wykonawca współpracujący ze specjalistami jest odpowiedzialny za zasady wzajemnej współpracy i ma środki techniczno/finansowe, które mogą mu pomóc zagwarantować lojalność współpracy z tymi osobami.”

Natomiast w zakresie skuteczności zastrzeżenia dokumentów takich jak zobowiązania do udostępnienia zasobów, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 września 2015r. (KIO 1882/15, KIO 1900/15, KIO 1903/15) orzekła, iż: „z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa nie korzystają dokumenty (będące fizycznym nośnikiem informacji) lecz jedynie informacje zawarte w tych dokumentach. W treści złożonych wyjaśnień (zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), poza danymi dotyczącymi podmiotu udostępniającego zasoby nie ma innych informacji, które stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie należało ocenić treść zobowiązania do udostępnienia zasobu. Informacje dotyczące tego, jakie zasoby są udostępniane, na jaki okres, jakie są podstawy do korzystania z tego zasobu, czy i jak podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia i w jakim zakresie, nie kwalifikują się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W sposób tożsamy Izba oceniła treść złożonego wykazu. Może on zostać odtajniony w całości chociażby z tego względu, że nigdzie w jego treści nie są podawane informacje dotyczące podmiotu udostępniającego zasób. Informacje o dacie wykonania roboty budowlanej, wartości inwestycji, rodzaju roboty budowlanej (referujące do jawnego warunku udziału w postępowaniu) czy miejsce wykonania roboty (Odbiorcy) nie stanowią informacji, które spełniałyby przesłanki z art. 11 ust. 4 ww. ustawy. Nie sposób uznać by tajemnicą przedsiębiorstwa mogły być informacje dotyczące miejsca wykonania roboty (odbiorcy/inwestora), skoro przy robotach budowlanych informacje o inwestycji muszą być umieszczane chociażby w ogólnie dostępnych na tablicach informacyjnych.”

Niezależnie od powyższego, aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy samo ogólne odniesienie się do możliwości takiego zastrzeżenia, należy odnieść się do konkretnego stanu faktycznego, konkretnej sytuacji w której znajduje się wykonawca wykazując każdą z przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawcy winni wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności,

oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy jak we wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Zamawiającym jest Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. (...) zwany dalej „zamawiającym” lub „MZWiK” a odwołującym jest I.-B. S.A. (...) zwany dalej „odwołującym” lub „I.-B.”.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca C. P. E. E. P. Sp. z o.o. z siedzibą w K.(2) zwanym dalej „C. P.”

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane jest „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków dla aglomeracji K.”.

Wniesione odwołanie dotyczy czynności zamawiającego polegających na błędnej ocenie i uznaniu, iż informacje zastrzeżone przez wykonawcę C. P. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz. U. z 2003r. Nr153 poz. 1503 ze zm.).

W ocenie odwołującego w konsekwencji takiej oceny to jest zastrzeżonych informacji zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia do wglądu oferty wykonawcy C. P., w części w której wykonawca ten zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący w następujący sposób sklasyfikował zarzuty odwołania, zarzucając naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.)- poprzez niewłaściwą ocenę i uznanie, iż informacje o personelu Wykonawcy C. P., zawarte w wykazie doświadczenia personelu, JEDZ Wykonawcy C. P. oraz w JEDZ podmiotu trzeciego, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art.

- 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.);
2. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) - poprzez niewłaściwą ocenę i uznanie, iż informacje o podmiotach trzecich, z którego potencjału Wykonawca C. P. skorzysta w zakresie zdolności zawodowej oraz finansowej, zawarte w formularzu oferty, zobowiązania tych podmiotów, JEDZ tego podmiotu oraz JEDZ Wykonawcy C. P. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.);
 3. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) - poprzez niewłaściwe uznanie, iż Wykonawca C. P. wykazał, że informacje o personelu Wykonawcy C. P., zawarte w wykazie doświadczenia personelu, JEDZ Wykonawcy C. P. oraz w JEDZ podmiotu trzeciego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.);
 4. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) - poprzez niewłaściwe uznanie, iż Wykonawca C. P. wykazał, że informacje o podmiotach trzecich, z którego potencjału Wykonawca C. P. skorzysta w zakresie zdolności zawodowej oraz finansowej, zawarte w formularzu oferty, zobowiązania tych podmiotów, JEDZ tego podmiotu oraz JEDZ Wykonawcy C. P. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) w konsekwencji czego Zamawiający odmówił udostępnienia do wglądu Odwołującemu w/w informacji.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany decyzji w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę C. P. informacji o personelu Wykonawcy C. P., zawartych w wykazie doświadczenia personelu, JEDZ Wykonawcy C. P. oraz w JEDZ podmiotu trzeciego informacji o osobach oraz w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę C. P. informacji o podmiotach trzecich, z którego potencjału Wykonawca C. P. skorzysta w zakresie zdolności zawodowej oraz finansowej, zawartych w formularzu oferty, zobowiązań tych podmiotów, JEDZ tego podmiotu oraz JEDZ Wykonawcy C. P. jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia

16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) oraz w konsekwencji powyższego;

2. udostępnienia odwołującemu do wglądu informacji o osobach pełnej oferty Wykonawcy C. P. z wszelkimi załącznikami, w tym dokumentami zastrzeżonymi przez Wykonawcę C. P. jako zawierającymi informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.).

Odwołujący jako okoliczności stanowiące podstawę do wniesienia odwołania wskazał następujące zdarzenie. W dniu 04.09.2017r. zamawiający, w trakcie udostępnienia odwołującemu oferty C. P. do wglądu, odmówił przekazania dokumentów, co do których wykonawca ten zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z zaistniałym zdarzeniem w dniu 4 września 2017 roku odwołujący doszedł do wniosku, że od tej daty biegnie termin na wniesienie odwołania w kwestii odmowy udostępnienia oferty C. P. w zakresie zastrzeżonych przez tego wykonawcę informacji o:

1. personelu Wykonawcy C. P. zawarte w wykazie doświadczenia personelu oraz w JEDZ podmiotu trzeciego
2. podmiotach trzecich, z którego potencjału Wykonawca skorzysta w zakresie zdolności zawodowej oraz finansowej zawarte w formularzu ofert, zobowiązaniach tych podmiotu(ów), JEDZ tego podmiotu oraz w JEDZ tego wykonawcy;

Odwołujący wskazał na interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 pzp stwierdzając, że doznaje uszczerbku, gdyż w przypadku nieuwzględnienia niniejszego odwołania, odwołujący pozbawiony zostanie możliwości weryfikacji całej oferty Wykonawcy C. P. i ewentualnego zgłaszania zastrzeżeń co do jej prawidłowości oraz kwestionowania czynności zamawiającego, w przypadku wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy C. P., co może wpłynąć niekorzystnie na możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Z przywołanych w tekście odwołania postanowień SIWZ wynika jak poniżej.

Zamawiający określił następujące warunki udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej podmiotów biorących udział w postępowaniu:

W sekcji III. 1.2) Ogłoszenia przewidziano:

„Warunek zostanie spełniony jeżeli wykonawca:

a) osiągnął w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, minimalny roczny obrót w każdym roku obrotowym równy co najmniej wartości 40 000 000 PLN (słownie: czterdzieści milionów złotych),

b) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 40 000 000 PLN. (słownie: czterdzieści milionów złotych)”

Z kolei w sekcji III. 1.3) Ogłoszenia zamawiający określił warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych:

„Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca:

1) wykaże się doświadczeniem zawodowym gwarantującym należyte wykonanie przedmiotu zamówienia tj. Wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień na prace projektowe i budowlane (w systemie zaprojektuj-wybuduj), których przedmiotem było zaprojektowanie budowy lub przebudowy oczyszczalni ścieków wraz z realizacją prac budowlanych dla oczyszczalni ścieków o średniej przepustowości dobowej minimum 3500 m³/dobę

2) Wykaże się dysponowaniem n/w potencjałem technicznym:

a) koparka gąsienicowa - minimum 2 szt., b) koparko-ładowarka - minimum 2 szt.

c) walec samojezdny - minimum 1 szt., d) zagęszczarka - minimum 2 szt.

3) Dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności wykaże Zespół Kluczowych Specjalistów odpowiedzialnych za realizację zamówienia, którzy będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia tj.

Ekspert 1 - Przedstawiciel Wykonawcy (1 osoba); Ekspert 2 - Kierownik Budowy (1 osoba) (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) Ekspert 3 - Kierownik robót w specjalności instalacyjnych w zakresie sieci wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych (1 osoba) (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane); Ekspert 4 - Kierownik robót w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (1 osoba) (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane); Ekspert 5 - specjalista technolog w branży sanitarnej (1 osoba); Ekspert 6 - Kierownik prac projektowych (1 osoba); Ekspert 7 - Projektant w specjalności architektonicznej (1 osoba); Ekspert 8 - Projektant w specjalności sanitarnej (1 osoba) - w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane; Ekspert 9 - Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (1 osoba). Wszystkie te powyżej wymienione osoby mają posiadać stosowne kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz uprawnienia”.

Odwołujący w przywołanym już powyżej dniu 04.09.2017r. stawił się w siedzibie zamawiającego w celu wglądu do ofert pozostałych wykonawców. Zamawiający w zakresie

oferty wykonawcy C. P. udostępnił jedynie formularz oferty oraz JEDZ wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz formularza oferty i JEDZ wynika, iż

Wykonawca C. P. zastrzegł następujące informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa:

- 1) Informacje o personalu Wykonawcy C. P. zawarte w wykazie doświadczenia personalu; JEDZ Wykonawcy oraz w JEDZ podmiotu trzeciego
- 2) Informacje o podmiotach trzecich, z których potencjału Wykonawca C. P. skorzysta w zakresie zdolności zawodowej oraz finansowej zawarte w formularzu oferty, zobowiązania tych podmiotów, JEDZ tych podmiotów oraz w JEDZ Wykonawcy C. P..

Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znajdującego się w złożonej ofercie C. P. wynika, że wymienione wyżej informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jest ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity z 2003 roku Nr 153 poz. 1503 z późn.zm.), gdyż zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Według wykonawcy informacje, o których mowa w powyższych punktach 1 i 2 spełniają powyższe przesłanki czyli nie były ujawniane do wiadomości publicznej, mają wartość gospodarczą i podjęto wobec nich działania dla zachowania poufności. W ocenie wykonawcy C. P. indywidualnie dobrany na potrzeby zamawiającego zespół ekspertów to informacja o szczególnym potencjale ekonomicznym i gospodarczym. Skompletowanie grupy osób o szczególnych kwalifikacjach w tak konkurencyjnej branży stanowi know-how wykonawcy C. P.. Doświadczenie oraz zdolności techniczne osób, które zdecydowały się na uczestniczenie w realizacji zamówienia mają duży wpływ na pozycję wykonawcy także w przyszłych postępowaniach. Na potwierdzenie powyższego, wykonawca C. P. przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 2014r. o Sygn. akt KIO 1032/14. Z cytowanego orzeczenia wynika, że dokument zawierający wykaz osób może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa ze względu na fakt, iż zawiera informację o sposobie organizacji kadrowego zaplecza. Według cytowanego orzeczenia ochronie w takim przypadku podlega zbiór tych wszystkich informacji z uwagi na to, że dany podmiot funkcjonuje na rynku usług a jakość i renomę w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób realizujących te usługę. To dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa lub którymi wykonawca dysponuje ma kluczowe znaczenie dla realizacji” czy też kolejny wyrok, który został przywołany z dnia 6 października 2010 roku KIO 2040/10 gdzie podzielono stanowisko zamawiającego i przystępującego, że wąskie grono o

wymaganym doświadczeniu, posiadają wartość gospodarczą i mogą stanowić tajemnice przedsiębiorstwa a nie jest wyjątkiem przejmowanie pracowników konkurentów w szczególności gdy te osoby mają szczególne uprawnienia czy też mało spotykane doświadczenie lub uprawnienia na rynku.

W zakresie informacji o współpracy z innymi podmiotami, Wykonawca C. P. wskazał, iż ma ona charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, posiadający wartość gospodarczą. Fakt współpracy ze wskazanym podmiotem umożliwia bowiem temu wykonawcy udział w postępowaniu a także możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu, co bezpośrednio przekłada się na treść oferty. Wykonawca C. P. oświadczył również, iż zarówno on jak i podmiot trzeci zobowiązały się do zachowania w poufności zasad współpracy. Podobnie orzekła KIO w wyroku z dnia 9 listopada 2016 roku KIO 2024/16 „Informacje w zakresie doświadczenia określonego podmiotu, a także fakt współpracy z danymi partnerami bez wątplenia posiada dla wykonawcy określoną wymierną wartość gospodarczą.”

W celu wykazania dalszych przesłanek skutkujących uznaniem informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca C. P. wskazał, iż informacje zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały podane w żaden sposób do wiadomości publicznej, nie są zamieszczone na żadnych stronach internetowych czy w folderach reklamowych Wykonawcy C. P. W celu zachowania ich poufności wykonawca ten podjął wszelkie niezbędne działania a dane te są znane wyłącznie osobom zaangażowanym w przygotowanie i realizację zamówienia, które zobowiązane zostały do zachowania ich w poufności.

Podsumowując to uzasadnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca C. P. stwierdza, że wszystkie te dane zostały zastrzeżone zgodnie z art.8 ust.3 pzp, ponieważ wykonawca wskazał zakres informacji objętych poufnością oraz wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 8 ust.1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Art 8 ust. 3 Pzp przewiduje wyjątek od jawności postępowania, w przypadku łącznego spełnienia się następujących warunków:

- zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- 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.

W ocenie wykonawcy składającego ofertę C. P. powyższe przesłanki zostały spełnione.

Izba w toku postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie dokonała następujących ustaleń w sprawie.

Przedstawiciel zamawiającego Pan S. F. oświadcza, że przedstawiciel odwołującego stawiał się, przy czym uprzednio odwołujący przesłał pismo z dnia 29.08.2017 faksem, po czym stawiał się w dniu 04.09.2017, z tymże pismem w oryginale i prosił o udostępnienie dokumentów p. A. Z., kierowca odwołującego, żeby zrobić zdjęcia ofert (przeprowadzono dowód z pisma odwołującego z dnia 29 sierpnia 2017 roku o wgląd do dokumentacji wykonawców).

Pełnomocnik odwołującego kontynuuje oświadcza, iż p. Z., jak wrócił do firmy, to stwierdził, że udostępniono mu tylko część oferty przystępującego, ponieważ poinformowano go na miejscu, że jest załączony do oferty wniosek o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym miejscu przedstawiciel Odwołującego stwierdza, że dokumenty, które przywiózł po sfotografowaniu, są to formularz ofertowy, dokument JEDZ wykonawcy, w tych częściach, które nie były zastrzeżone, oraz zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie przywiózł natomiast JEDZ-ów podmiotów udostępniających zasoby. My dla tego, z ostrożności, bo powzięliśmy wiadomość, że Zamawiający nie udostępnił całości dokumentów, złożyliśmy odwołanie, ponieważ znamy orzecznictwo Izby i z tego orzecznictwa wynika, według mojej wiedzy, że termin 10-dniowy do wniesienia odwołania, biegnie od daty, kiedy wykonawcy, który stawiał się u zamawiającego, odmówiono wglądu do całej oferty, złożonej przez wykonawcę. My, występując do zamawiającego, żądaliśmy oczywiście dokumentów, które znajdują się w jego posiadaniu, tj. formularz ofertowy, JEDZ-e wykonawcy oraz podmiotów udostępniających zasoby. Z treści zastrzeżenia, złożonego przez C. P. wynika, że nie powinny być udostępniane JEDZ-e, w zakresie personelu wykonawcy oraz personelu podmiotu udostępniającego zasoby, zastrzega się JEDZ wykonawcy, w którym chroni się część, w której podaje się wykaz osób oraz zdolność zawodową i finansową wykonawcy.

Przeprowadzono dowód z uzasadnienia zastrzeżenia części informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z pisma załączonego wynika, że zastrzega się następujące informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy:

- 1- informacje o personelu wykonawcy, zawarte w wykazie doświadczenia personelu, w tym zakresie z JEDZ -u wykonawcy oraz z całości JEDZ-u podmiotu trzeciego;

W tym miejscu pełnomocnik Odwołującego stwierdza, że z pkt 1 pisma wynika, że chroniony jest personel wykonawcy oraz personel podmiotu trzeciego, które zawarte są w wykazie doświadczenia personelu, którego prawdopodobnie na tę chwilę nie było oraz personel w JEDZ-u wykonawcy oraz w JEDZ-u podmiotu trzeciego.

- 2- Informacje o podmiotach trzecich w zakresie zdolności zawodowej oraz finansowej zawarte w formularzu oferty zobowiązaniach tych podmiotu, JEDZ tego podmiotu oraz w JEDZ wykonawcy;

Z tego punktu wynika, że chroniony jest wykaz doświadczenia zawodowego, który udostępnia przystępującemu podmiot trzeci oraz sam dokument zobowiązania podmiotu trzeciego, również Przystępujący korzysta ze zdolności finansowej oraz ekonomicznej podmiotu trzeciego, przy czym nie znamy, czy ten sam podmiot trzeci, co w przypadku doświadczenia zawodowego udostępnia również zdolność ekonomiczną lub finansową.

Sprzeciwiam się odrzuceniu odwołania. Zamawiający nie udostępnił dokumentów, które były objęte tajemnicą.

Izba na posiedzeniu postanowiła nie uwzględnić wniosku o odrzucenie odwołania, jako odwołania wniesionego przez podmiot nieuprawniony, czyli odwołania przedwczesnego, ponieważ uznała, że sama czynność zamawiającego nie udostępnienia pełnych złożonych ofert wskazuje na akceptację po stronie zamawiającego ochrony części ofert to jest co do wykazów osób czy to w JEDZ wykonawcy, czy to w JEDZ podmiotu trzeciego, bez względu na brak formalnej decyzji zamawiającego o akceptacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego. W związku z powyższym Izba stwierdza brak spełnienia przesłanki z art.189 ust.2 pkt 2 pzp.

Na rozprawie.

Pełnomocnik Odwołującego podtrzymuje zarzuty i żądania, w zakresie żądań przedstawionych w odwołaniu. Podtrzymuje argumentację zawartą w odwołaniu, której nie chce powielać w wystąpieniu. Zapoznał się z odpowiedzią na odwołanie, ale pismo to zawiera argumentację w kierunku odrzucenia odwołania i w mniejszym zakresie merytorycznym, co do oddalenia odwołania.

W tym miejscu p. S. F., członek komisji przetargowej u zamawiającego, na zadane pytanie Izby, jak przedstawia się ranking ofert, ile złożono ofert, jaki jest budżet miasta, wyjaśnia, powołując się na złożoną dokumentację i wnosząc o przeprowadzenie z tej dokumentacji dowodu w tym zakresie.

Zamawiający przeznaczył na to zamówienie kwotę 49 275 076 zł brutto i kwotę taką podał na otwarciu ofert. Zostały złożone cztery oferty:

- 1 – Przystępujący C. P. z K.(2) – 42 312 000 zł,
- 2 – E. D. S.A. z P. – 49 166 411 zł,
- 3 – I.-B. S.A. z W. – 51 045 000 zł,
- 4 – Konsorcjum lider M. sp. z o.o. z W.(2) – 52 722 645 zł.

Ustalono zostały trzy kryteria:

- 1 – cena – 60%,

- 2 - okres gwarancji - 20%,
- 3 - doświadczenie kierownika budowy – 20%.

Izba w tym zakresie przeprowadza dowody z dokumentacji w tym z protokołu postępowania. W tym miejscu p. S. F. potwierdza zdarzenie, że stawił się kierowca odwołującego, który życzył sobie wglądu i zrobienia zdjęć aparatem graficznym dokumentacji wszystkich ofert, ale odmówiono, w przypadku przystępującego, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Ja osobiście w tej czynności uczestniczyłem, jako członek komisji przetargowej. Potwierdzam również, że kierowca zrobił zdjęcie pisma, gdzie przystępujący uzasadnia swoje stanowisko, aby objąć częściowo jego ofertę tajemnicą. Cała komisja przetargowa uczestniczyła w tym, aby przedstawicielowi Odwołującego nie okazać dokumentów zastrzeżonych. Oferta przystępującego była spięta razem, ale osobno była część oferty zastrzeżonej, nie była ona w osobnej kopercie, ale na wszystkich dokumentach znajdowała się czerwona pieczęć o tajemnicy przedsiębiorstwa. Ja jestem sekretarzem komisji przetargowej.

W tym miejscu Izba przeprowadza dowód z pisma, które zawiera uzasadnienie objęcia tajemnicą części oferty Przystępującego (str. 39 i 40 oferty). Pan S. F. uzupełniająco potwierdza, że pismo, zawierające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy doręczono, pozwolono na sfotografowanie.

W tym miejscu adwokat Zamawiającego stwierdza, że z tego, co jest mu wiadomo, to Zamawiający zwracał się do Przystępującego o dodatkowe uzasadnienie dokumentów, których dotyczyła zasadność zastrzeżenia tajemnicy.

W tym miejscu dalej p. S. F. oświadcza i przywołuje dokumenty, z przekazanej dokumentacji postępowania, odpowiadając na pytanie Izby, czy zamawiający zwracał się i w jakiej formie do przystępującego, o wyjaśnienie dalsze, co do zastrzeżenia tajemnicy. Stwierdza, że w dniu dzisiejszym do przystępującego wyszło pismo, które było efektem posiedzenia komisji przetargowej. W tym miejscu okazuje protokół posiedzenia komisji przetargowej z dnia 20.09.2017, na którym komisja procedowała, co do wystąpienia o dalsze wyjaśnienia do Przystępującego, w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Okazuje oryginał posiedzenia komisji przetargowej. Również okazuje pismo prezesa zarządu z dnia 21.09.2017. My, oprócz tego, że prosiliśmy do uzupełnienia kompletnych danych dla ekspertów, przywołanych przez Przystępującego, również prosiliśmy, bo doszliśmy do wniosku, że powinniśmy wystąpić o informacje dalsze, w zakresie wniosku o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem budzi ono w naszej ocenie istotne wątpliwości, co do zastrzeżenia tej tajemnicy. Nasze stanowisko znajduje odzwierciedlenie w piśmie prezesa zarządu, który wzywał do złożenia wyjaśnień, w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba z urzędu przeprowadza dowód ze wspomnianych wyżej dokumentów.

W ocenie pełnomocnika przystępującego, odmowa udostępnienia przedstawicielowi odwołującego, tj. jak ustalono kierowcy p. A. Z., wglądu do dokumentacji, nie stanowi o rozstrzygnięciu przez zamawiającego, co do ochrony zastrzeżonych dokumentów. Uważam, że zamawiający wykonał pewną czynność faktyczną, natomiast nie rozstrzygnął merytorycznie, pod względem prawnym, czy będzie ostatecznie chronić zastrzeżone informacje przez przystępującego. Ja zwracam również uwagę, że dziś na rozprawie ustalono, w związku z oświadczeniem sekretarza komisji przetargowej, P. S. F., że to komisja przetargowa udostępniła ofertę, owszem, w zakresie niezastrzeżonym, ale nie było podjętej jednoznacznej decyzji prezesa zarządu w tym zakresie, w związku ze złożoną ofertą. Zwracam uwagę również, że odwołujący formalnie nie zwrócił się o odtajnienie, w związku z odmową udostępnienia przedstawicielowi odwołującego. W tym miejscu okazano oryginały dokumentów, które znajdują się w dokumentacji, upoważnienie dla p. Ziółkowskiego oraz pismo I.-B. o udostępnienie dokumentów. Pisma również okazano odwołującemu, który oświadcza, że zna te pisma, bo są to standardowe pisma upoważnienia oraz o wgląd do ofert w postępowaniu. Pełnomocnik przystępującego, odnosząc się do okazanych mu dokumentów, nadal podtrzymuje stanowisko o przedwczesności, a przede wszystkim braku żądania ze strony odwołującego, czyli wniosku o odtajnienie, ponieważ z dokumentów wynika, że dotyczyły one wniosku o wgląd w dokumenty złożonych ofert. Uważam, że w związku z tym, że nie okazano zastrzeżonych części ofert, odwołujący powinien wystąpić do zamawiającego o rozstrzygnięcie kwestii utajnienia, w związku z zaistniałym zdarzeniem, w którym uczestniczył przedstawiciel odwołującego p. A. Z. Ja uważam, że nie ma śladu, aby przedstawiciel odwołującego domagał się okazania mu części utajnionej, bo mógł złożyć jakikolwiek wniosek, będący potwierdzeniem, że domagał się wglądu do dokumentów utajnionych albo, że domaga się takiego wglądu w przyszłości. Również w następstwie tego zdarzenia nie było pisma o odtajnienie od odwołującego.

Pełnomocnik zamawiającego adwokat przychyła się do argumentacji, przedstawionej przez adwokata przystępującego. Traktuję to, jako kwestię nierozstrzygniętą u zamawiającego, co do zgodzenia się na zachowanie tajemnicy i podkreślam, że okazanie, na tym etapie, dokumentów przedstawicielowi odwołującego, naraziłoby na odpowiedzialność odszkodowawczą zamawiającego. Stwierdzam, że aktualnie prowadzona jest korespondencja w tym zakresie, na co przedłożono na tej rozprawie dowód i w związku z tym rozstrzygnięcie w tej kwestii jest przedwczesne, bowiem zamawiający nie podjął jednoznacznej, ostatecznej decyzji, czy będzie chronić ofertę w zakresie zastrzeżonym przez przystępującego.

Odwołujący nie zgłasza dalszych wniosków dowodowych, a odnosząc się do wypowiedzi na rozprawie pełnomocników Zamawiającego i Przystępującego stwierdza, że kwestia

odtajnienia nie jest regulowana w prawie zamówień publicznych. W związku z tym istotne znaczenie ma interpretacja zaistniałych sytuacji przez orzecznictwo KIO, zgodnie z którym momentem, od którego należy liczyć termin do wniesienia odwołania, jest zwrócenie się o wgląd i odmowa zamawiającego, z uwagi na zastrzeżenie, celem rozstrzygnięcia, czy ta odmowa jest zasadna, w kontekście zawartego w ofercie uzasadnienia do zastrzeżenia tajemnicy. Ja uważam, że argumentacja, podnoszona na rozprawie, co do braku, czy też przedwczesności składania odwołania, w związku z brakiem decyzji zamawiającego, co do ochrony tajemnicy oferty, odnosi się do kwestii rozpatrywanej na posiedzeniu, w zakresie odrzucenia odwołania, a nie merytorycznego rozpatrzenia tego odwołania. Na tę okoliczność przywołuje wyroki KIO 686/17 i KIO 687/17, w których stwierdza się, że w zakresie skuteczności ochrony decyduje uzasadnienie, zawarte w złożonej ofercie, a nie procedura, toczona przez zamawiającego, z udziałem wykonawcy, zastrzegającego tajemnicę, co do skuteczności tego zastrzeżenia, w szczególności, uwzględniając aktualny stan prawny art. 8. Uważam, że złożone przez nas pismo i odmowa, w dniu stawienia się do wglądu, o wgląd do dokumentacji wskazuje, że zamawiający godzi się na ochronę oferty, zgodnie z żądaniem wykonawcy, który tej ochrony oczekuje, odmawiając wglądu w ofertę, również w części zastrzeżonej tajemnicą. Odnosząc się do protokołu komisji przetargowej 20.09.2017 oraz w szczególności do pisma do przystępującego z 21.09.2017 do jego pkt 3, stwierdzam, że właśnie z treści tego pisma wynika, że po stronie zamawiającego są poważne wątpliwości, co do skuteczności zastrzeżenia. W mojej ocenie w tym piśmie zamawiający stwierdza, że wykonawca, składając uzasadnienie w ofercie nie wykazał racjonalności ochrony w sposób, który by nie budził wątpliwości, co do skuteczności ochrony i co do informacji, które zostały zastrzeżone wyliczając je w pkt a i b. Natomiast, jeżeli chodzi o przekroczenie budżetu, to art. 93 mówi, że dopiero po wyborze kwestię tą zamawiający rozstrzyga, czy dokłada środki, a zrobienie tego na tym etapie i posługiwanie się argumentacją, że nie mamy interesu, w związku z tym, jest nieuzasadnione. Ma prawo wnoszenia odwołania również wykonawca, którego oferta przekracza budżet, bo inaczej odmawiałoby się ochrony prawa.

W tym miejscu Izba uwzględnia wniosek przystępującego co do nie przeprowadzania dowodu z oferty przystępującego w części zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa i nie przeprowadza dowodu z tej części dokumentacji. W pozostałym zakresie oferty przystępującego Izba przeprowadza dowód z oferty to jest z części oferty nie objętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Przed zamknięciem rozprawy strony zajęły następujące stanowiska w sprawie wniesionego odwołania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania. Odnosząc się do złożonych dowodów podkreśla, że odwołanie się w piśmie z 21.09.2017 do zastosowania art. 87 ust. 1, co do

tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może zastąpić nakazu z art. 8 ust. 1, tj. uzasadnienia z momentem składania oferty.

Zamawiający, tak jak w odpowiedzi na odwołanie. Wnosi o oddalenie odwołania.

Przystępujący popiera stanowisko zamawiającego, co do oddalenia odwołania. Przed wszystkim zaznacza, że przywołane wyroki KIO 686/17 i KIO 687/17, przez pełnomocnika odwołującego, nie odnoszą się do sytuacji, która ma miejsce w naszej sprawie, bo dotyczą sytuacji, gdy dopiero na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień, pojawia się wniosek od wykonawcy o zastrzeżenie części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji, gdy taki wniosek, o zastrzeżenie części oferty, nie był złożony z ofertą. Nie zgadzam się ze stanowiskiem odwołującego, że zamawiający musi tu i teraz podjąć decyzję, co do ochrony i uwzględnienia zastrzeżenia tajemnicy części oferty, bo wykonawca oczekuje wglądu do oferty. Nie jest również prawdą, że zamawiający jest zobligowany podjąć decyzję o podwyższeniu budżetu o 1,5 mln, bo o taką kwotę przekracza oferta odwołującego. Dalej podtrzymuję twierdzenie, że interes odwołującego sprowadza się tylko do wywiadu gospodarczego. Uważam, że zamawiający nie jest profesjonalistą na rynku budowlanym i może nie mieć wiedzy, co stanowi na tym rynku przewagi konkurencyjne, a jednocześnie uzupełniająco stwierdzam, że różnica między ofertą odwołującego, a ofertą przystępującego, wynosi około 10 mln zł i to jest właśnie ta przewaga konkurencyjna, którą przystępujący chce chronić i którą odwołujący, mimo braku interesu w uzyskaniu tego zamówienia, chce w ten sposób pozyskać.

Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń oraz wyjaśnień oświadczeń stron Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła

Zarzut odwołania co do nieuprawnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji o których mowa w punktach 1 i 2 wniosku C. P. załączonego do złożonej oferty, zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty odwołującego co do braku podstaw w złożonej ofercie C. P. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zasługują na uwzględnienie.

Wniosek załączony do oferty o nieujawnianie wskazanych w nim kategorii danych zawartych w pkt 1 i 2 tego wniosku (to jest danych czy to z formularza oferty, czy to wykazu personelu, czy zawartych w JEDZ, czy też w samym zobowiązaniu podmiotu trzeciego) nie zasługuje na uwzględnienie przez zamawiającego.

Jak wynika z wniosku załączonego przez tego wykonawcę do oferty domaga się tenże wykonawca ochrony danych dotyczących personelu przy pomocy którego wykonywane

będzie realizowane zamówienie w tym informacji o podmiocie trzecim udostępniającym doświadczenie zawodowe jak i podmiocie udostępniającym zdolności ekonomiczne, finansowe. Co do zasady informacje zarówno co wymaganego doświadczenia zawodowego jak i personelu przeznaczonego do wykonania zamówienia, jak również podmiotu udostępniającego te zasoby jak i sytuację ekonomiczną, finansową mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa mimo, że naczelną zasadą wyrażoną w art.8 pzp jest jawność postępowania. Bowiem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od reguły jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niemniej w świetle obowiązującej ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej (j.t. Dz.U. 2003 rok Nr 153 poz. 1503 ze zm.) zwanej dalej „uznk” przedsiębiorcy mają zagwarantowaną ustawowo ochronę przed nieuczciwymi praktykami konkurencji, która działa sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami a takie zachowanie zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy (art.3 ust.1 uznk). Zgodnie z jednym z przejawów zachowania kwalifikowanego jako czyn nieuczciwej konkurencji jest naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, która wymieniona została w art.3 ust.2 uznk. Sam wykonawca C. P. we wniosku o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa załączonym do złożonej oferty wskazuje na elementy statuujące informacje jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa to jest co do charakteru tych informacji czyli techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. W kontekście cytowanej treści rodzaju informacji i szerokiego katalogu tych informacji, które mogą być objęte ochroną można informacje czy to dotyczące personelu czy to doświadczenia czy też sytuacji ekonomicznej uznać za objęte ochroną. Podlegają jednak rozważeniu zagadnienia co do posiadania przez te informacje wartości gospodarczej.

Z treści wniosku wynika, że dla C. P. kwestia ta nie podlega żadnej dyskusji, ochrona wynika niejako z mocy prawa, ponieważ brak jakiegokolwiek na ten temat uzasadnienia i wystarczy we wniosku stwierdzić, że informacje te mają wartość gospodarczą.

Jednak w ocenie Izby wartość gospodarcza jest na tyle wymiernym i zdefiniowanym pojęciem, że powinna być w konkretnych przypadkach żądania ochrony dla poszczególnych informacji przedstawiona i uzasadniona przez wnioskodawcę. Tak więc w ocenie Izby co do posiadania wartości gospodarczej informacji mających być objętych ochroną należy te wartość gospodarczą wykazać a nie tylko na nią się powoływać. C. P. przedkładając wniosek ochrony zastrzeżonych przez niego informacji jedynie na wartość gospodarczą się powołuje ale jej nie przedstawia, wykazuje, udowadnia. W związku z powyższym co do rodzaju informacji, które chce C. P. ochraniać można się zgodzić, z uwagi na treść art.11 ust.4 uznk, z zastrzeżeniem jednak poniżej zawartych uwag. Przy czym należy mieć na uwadze brak w tym wniosku przedstawienia wartości gospodarczej tych informacji. Bowiem samo oświadczenie we wniosku C. P., że informacje w nim wskazane posiadają dla niego

wartość gospodarczą nie wystarcza. Niestety do takiego tylko stwierdzenia o wartości gospodarczej informacji, wykonawca we wniosku ograniczył się.

Reasumując Izba stwierdza, że wniosek o ochronę informacji co do personelu, podmiotu trzeciego oraz zasobu doświadczenia zawodowego jak i zdolności ekonomicznej, finansowej, nie zawiera uzasadnienia co do wartości gospodarczej tych informacji.

Co do przesłanki nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej o osobach przeznaczonych do realizacji zamówienia, zwłaszcza w kontekście przedmiotu zamówienia to jest robót budowlanych i regulacji jaką jest ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. j.t. 2017 poz. 1332 ze zm.) zwana dalej prawem budowlanym, wniosek o ochronę informacji jest nieuprawniony. Zgodnie z przywołanym prawem budowlanym reguluje ono działalność obejmującą sprawy projektowania, budowy, utrzymania i rozbioru obiektów budowlanych oraz określa zasady działania organów administracji publicznej w tych dziedzinach (art.1 prawa budowlanego). Z kolei aby wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w zakresie projektowania, kierowania budową lub robotami budowlanymi, wykonywaniem nadzoru inwestorskiego należy posiadać odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową stwierdzone decyzją w zakresie uprawnień budowlanych wydaną przez organ samorządu zawodowego (art.12 prawa budowlanego). Warunkiem uzyskania uprawnień budowlanych jest zdanie egzaminu ze znajomości procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej (art.12 ust.3 prawa budowlanego). Podstawę stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru (art.12 ust.7 prawa budowlanego) do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, który to rejestr prowadzi Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego w formie elektronicznej tzw. centralny rejestr osób posiadających uprawnienia budowlane (art.88a ust.1 pkt 3 a prawa budowlanego). Tak więc osoby, które mają wykonywać zamówienie a określone w SIWZ jako osoby pełniące funkcje czy to kierownika budowy, czy to kierownika robót, czy to projektantów są osobami publicznymi, do nazwisk których i danych ma dostęp każdy obywatel w kraju. Tymi danymi są imiona i nazwisko, adres, numer PESEL albo numer paszportu lub innego dokumentu potwierdzającego tożsamość –w stosunku do osób nieposiadających obywatelstwa polskiego, informacje o wykształceniu i tytułach naukowych, numer, datę i miejsce wydania decyzji, organ wydający decyzję, podstawę prawną wydania decyzji, numer, specjalność i zakres uprawnień budowlanych itd. (art.88 a ust.2 prawo budowlane). Reasumując osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie są osobami publicznymi a do ich danych wskazujących na prawo wykonywania funkcji jest dostęp powszechny przez centralny elektroniczny rejestr więc ukrywanie współpracy z tymi osobami jest niedopuszczalne. Odnosząc się do pozostałej osoby wymienionej w SIWZ to jest przedstawiciela wykonawcy, to osoba staje się również

osobą publiczną z datą podjęcia funkcji a więc ochrona nazwiska tej osoby staje się bezprzedmiotowa.

Tak więc pominiawszy, powyżej wskazany aspekt braku wykazania wartości gospodarczej informacji o personelu C. P., również status tychże osób wyłącza możliwość utajnienia okoliczności współpracy z nimi.

Należy w tym miejscu nadmienić, że brak wykazania i udowodnienia wartości gospodarczej również odnosi się do pozostałych informacji, to jest co do podmiotów trzecich udostępniających zasoby w zakresie doświadczenia zawodowego, technicznego jak udostępniających sytuację ekonomiczną, finansową.

Dalej co do prawa ochrony informacji z art.11 ust.4 uznk to nie wykazano również działań podjętych dla ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa a ograniczono się do stwierdzenia, że takie działania podjęto.

Słusznie pełnomocnik odwołującego podniósł, że ochroną podjęto tylko zasady współpracy a nie samą okoliczność podjęcia współpracy. To dodatkowo przemawia za brakiem ochrony danych dotyczących czy to nazw podmiotów udostępniających zasoby doświadczenia zawodowego i technicznego, sytuacji ekonomicznej i finansowej jak i nazwisk i imion osób przeznaczonych do realizacji zamówienia.

Reasumując powyższe Izba stwierdza, że złożony wniosek C. P. o zastrzeżenie w nim zawnioskowanych do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji ujętych w punktach 1 i 2 wniosku, nie zasługuje na uwzględnienie i w tym zakresie potwierdzają się zarzuty odwołującego podniesione w odwołaniu.

O zasadności zarzutu odwołania zdecydował powyżej stwierdzony brak wykazania zasadności uznania informacji za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie później niż na dzień złożenia oferty (art.8 ust.3 pzp).

Poza tym ustawa Prawo zamówień publicznych wyłącza możliwość zastrzeżenia informacji w ofertach o których mowa w art.86 ust.4 pzp to jest informacji takich jak: nazwy(firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach, podawanych na otwarciu ofert. Niemniej w ocenie Izby nie oznacza to, że również pozostałe informacje zawarte w ofertach nie mogą być wyłączone z ochrony z mocy prawa. Bowiem wskazane osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie są osobami publicznymi i dostęp do ich nazwisk i danych gwarantuje centralny rejestr prowadzony elektronicznie.

W ocenie Izby w świetle powyższych okoliczności faktycznych i prawnych nie ziściła się przesłanka do uwzględnienia wniosku zawartego w ofercie C. P. co do ochrony informacji zastrzeżonych a wymienionych w punktach 1 i 2 wniosku.

Co do nie spełnienia przesłanki z art.179 ust.1 pzp to jest wykazania przez odwołującego interesu do wniesienia odwołania, skutkującego oddaleniem odwołania

Odwołanie, pomimo uwzględnienia powyżej zarzutu co do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów art.8 ust.3 zw. z art.8 ust.1, art.7 ust.1 oraz art.11 ust.4 uznk, w przypadku objęcia przez zamawiającego ochroną informacji wskazanych we wniosku C. P. jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie zasługuje na uwzględnienie.

Bowiem na dzień rozpoznania przez Izbę zarzutów odwołania zamawiający wykazał, że nie podjął jeszcze decyzji co do ochrony informacji w ofercie wykonawcy C. P., zgodnie z wnioskiem tego wykonawcy.

Zgodnie z art.179 ust.1 pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W toku postępowania odwoławczego zarówno na posiedzeniu jak i na rozprawie podnoszony był kolejno wniosek o odrzucenie a następnie o oddalenie odwołania.

Przy czym wniosek o odrzucenie odwołania zamawiający oparł o treść art.189 ust.1 pkt 2 pzp zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego popieranego przez przystępującego po jego stronie wykonawcy C. P. Bowiem w ocenie Izby odwołujący I.-B. ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył ofertę w tym postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, któremu to służyć będzie możliwość zapoznania się z ofertą konkurenta jakim jest Control Proceess co do zgodności jego oferty jak i spełnieniem warunków udziału. Tym bardziej, że zastrzeżone informacje w ofercie C. P. mogą stanowić o spełnieniu bądź nie spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Tak więc odwołujący nie jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania w rozumieniu art.189 ust.1 pkt 2 pzp.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego, popieranego przez przystępującego po jego stronie, o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

Natomiast na rozprawie zamawiający wykazał, że pomimo nie udostępnienia przedstawicielowi całej oferty C. P. nie rozstrzygnął kwestii wniosku o ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa. Na rozprawie przedstawiciel zamawiającego złożył obszernie wyjaśnienia na temat przebiegu fotografowania oferty C. P., w którym uczestniczył (powyżej w ustaleniach Izby przedstawiono fragmenty protokołu z rozprawy). Ponadto zamawiający na rozprawie w poczet dowodu protokół z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 20.09.2017 roku oraz pismo zarządu spółki zamawiającego z dnia 21 września 2017 roku w którym zwrócono się do C. P. o dalsze wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia w ofercie ochrony

stosownych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe zapytanie nastąpiło na podstawie art.87 ust.1 pzp gdzie skierowano wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby zapytanie zamawiającego jest bezprzedmiotowe co do merytorycznego rozpoznania zarzutu odwołania, z uwagi na treść art.8 ust.3 pzp. Jednak z powyższej sytuacji wynika, że zamawiający na dzień 04.09.2017 roku to jest na dzień nie udostępnienia pełnej oferty C. P. przedstawicielowi odwołującego, nie podjął decyzji co do ochrony informacji podanych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, że okoliczność odmowy udostępnienia pełnej oferty stanowi podstawę wniesienia odwołania i uznania, że zamawiający podjął decyzję o ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z wnioskiem wykonawcy i od tej daty zaczyna bieg terminu na wniesienie odwołania w myśl art. 182 ust.3 pkt 1) pzp. Niemniej w okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby, odwołujący nie dochował w pełnym zakresie dbałości i po nie uzyskaniu przez jego przedstawiciela możliwości sfotografowania całej oferty C. P. nie wystąpił oficjalnie do zamawiającego żądając oświadczenia się co do ochrony bądź jej braku w zakresie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający na rozprawie przedstawił pisma przywołane powyżej stanowiące dowód na brak decyzji w tej kwestii utajnienia oferty. Świadczy o tym użyty zwrot w piśmie z dnia 21 września 2017 roku do C. P. „Wyjaśnień należy złożyć w terminie do dnia 28.09.2017r. godz.14.00 w formie pisemnej, pod rygorem uznania przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne.”

Bez względu na treść art.8 ust.3 pzp zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany do wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert” zamawiający do dnia 28 września 2017 roku odroczył decyzję co do utajnienia oferty zgodnie z wnioskiem C. P..

Przywołane postępowanie przed komisją przetargową w dniu 20 września 2017 roku jak i pismo zarządu zamawiającego do C. P. stanowią dowód na nie podjęcie na dzień wglądu w oferty decyzji co do ochrony informacji.

Reasumując, na dzień rozpoznania odwołania a tym samym na dzień wglądu w treść oferty co miało miejsce w dniu 4 września 2017 roku, zamawiający nie podjął decyzji co do ochrony informacji, tak więc nie mógł naruszyć przepisów wskazanych w odwołaniu.

Izba w związku z powyższym na podstawie art. 192 ust.2 w związku z art.179 ust.1 jak i art.191 ust.7 pzp orzekła jak w sentencji wyroku, nie znajdując podstaw do uwzględnienia odwołania w związku z brakiem interesu do wniesienia odwołania, pomimo wykazania i udowodnienia podniesionego zarzutu co do braku prawa do ochrony z tytułu tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie C. P..

Sygn. akt KIO 1863/17

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego. Pełnomocnik zamawiającego nie złożył wniosku kosztowego.

Przewodniczący: