

**WYROK**

**z dnia 21 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2016 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, 2) JPL Project Sp. z o.o., al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa** w postępowaniu na „wykonanie Koncepcji Programowej dla budowy Północnej obwodnicy Krakowa w ciągu drogi ekspresowej S52” prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** unieważnienie czynności odtajnienia pisma wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, 2) JPL Project Sp. z o.o., al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa** z dnia 10 listopada 2016 r. w części, tj.:
  - a) akapit 5 zaczynający się od słów: „Zważywszy na istotną wartość gospodarczą” – strona 3 rzeczonego pisma do strony 4 akapit 2. (włącznie), kończący się słowami: „klauzul o zachowaniu w poufności”,
  - b) akapit ostatni na stronie 6 ww. pisma, zaczynający się od słów: „jesteśmy w posiadaniu” a kończący się słowem „ratowniczych” – strona 7,
  - c) akapit 4 na stronie 10 ww. pisma w całości (zaczynający się od słów: „Wykonawca dysponuje” a kończący się słowami: „podróżami służbowymi”),
  - d) akapit 3 - 5 na stronie 11 ww. pisma zaczynający się od słów: „know-how” a kończący się słowami: „niniejszego postępowania cenami”,

e) załączniki do ww. pisma, stanowiące Zarządzenie nr 2 Prezesa Zarządu Multiconsult Polska sp. z o.o. z dnia 6 maja 2015 r., Oświadczenie o przestrzeganiu tajemnicy (wzór), Umowa o podwykonawstwo (wzór);

w pozostałym zakresie odwołanie oddala.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, 2) JPL Project Sp. z o.o., al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, 2) JPL Project Sp. z o.o., al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa**, kwotę **15 00 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*wykonanie Koncepcji Programowej dla budowy Północnej obwodnicy Krakowa w ciągu drogi ekspresowej S52*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2016 r. pod numerem 2016/S169-304016.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec odtajnienia przez Zamawiającego informacji zawartych w ofercie Odwołującego oraz w treści pisma Odwołującego z dnia 10 listopada 2016 r. pomimo, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej: „u.z.n.k.”, poprzez podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odtajnieniu informacji, znajdujących się na str. 52-58 oferty oraz na str. 3 - 7, 10 - 12, 28 - 42 pisma z dnia 10 listopada 2016 r., pomimo, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, a Odwołujący zastrzegł je jako tajemnicę oraz wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia informacji, zawartych na str. 52 - 58 oferty oraz na str. 3 - 7, 10 - 12, 28 - 42 pisma z dnia 10 listopada 2016 r.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 29 listopada 2016 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu dwa pisma, zawierające informację o decyzji Zamawiającego o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jedno z tych pism zawierało informację, iż Zamawiający odtajnia informacje, zawarte w ofercie na str. 52 - 58 w zakresie Formularza 2.2 Zespół projektowy i informacje, dotyczące osób, zamieszczone w JEDZ.

Jako uzasadnienie swojej decyzji Zamawiający wskazał po pierwsze, iż przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia dotyczące podstaw utajnienia informacji nie potwierdzają, że informacje zawarte w ww. dokumentach winny być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po drugie, Zamawiający wskazał, że w odniesieniu do tych informacji brak jest łącznego spełnienia ustawowych przesłanek, wynikających z art. 11 u.z.n.k.

W ocenie Zamawiającego:

- a) Odwołujący nie wskazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji,
- b) ochrona specjalistów może być zapewniona w sposób inny niż poprzez zastrzeżenie

tajemnicy przedsiębiorstwa, np. przez wprowadzenie w ramach porozumień odpowiednich zapisów o zakazie konkurencji,

- c) zastrzeżenie było nieskuteczne z uwagi na nieprzedłożenie dowodów potwierdzających, że rzeczywiście zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ Zamawiający dysponując jedynie oświadczeniem o podjęciu niezbędnych działań nie był w stanie zweryfikować jego prawdziwości, czyli potwierdzić okoliczności, że takie działania rzeczywiście obowiązują.

Drugie pismo, jak podał Odwołujący, zawierało informację, iż Zamawiający odtajnia str. 1 - 7, 10 - 12 oraz 28 - 42 pisma Odwołującego z dnia 10 listopada 2016 r., zawierającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu Zamawiający podał, iż Odwołujący nie wykazał, że wobec ww. informacji zachodzą łącznie wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż *„tajemnicą zostały objęte informacje ogólnodostępne lub na tyle ogólne i niekonkretne, iż ich dysponentem mógłby być dowolny wykonawca”*.

Z powyższym Odwołujący zasadniczo się nie zgodził i podniósł, iż zarówno uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zawarte w ofercie, jak i w piśmie z dnia 10 listopada 2016 r., było wyczerpujące oraz odnosiło się do wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Zarówno w ofercie (na str. 47 - 51), jak i w piśmie z dnia 10 listopada 2016 r. (str. 1 - 4 oraz 13 - 42) Odwołujący, jak podał, szczegółowo odniósł się do każdej z przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, uzasadniając zarówno charakter i wartość danej informacji (str. 48 ad. b) oraz nast. oferty; str. 3 pisma z dnia 10 listopada 2016 r.), fakt, że nie została podana do wiadomości publicznej (str. 47 oferty; str. 2, 3 pisma z dnia 10 listopada 2016 r.), jak i że podjęto w stosunku do niej działania w celu zachowania w poufności, łącznie ze wskazaniem tych działań (str. 48 oferty; str. 3 - 4 pisma z dnia 10 listopada 2016 r.).

Odwołujący wskazał także na charakter informacji, zawartych w dokumentach odtajnionych przez Zamawiającego, którymi są informacje o osobach, skierowanych do wykonywania zamówienia, informacje o kontrahentach Odwołującego i wartości kontraktów, charakteru wykonywanych usług, wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny oraz treść dokumentów wewnętrznych Odwołującego, wskazujących na zasady i metody zachowania informacji w poufności, ale także obrazujących zasady polityki Odwołującego w zakresie współpracy z podmiotami zewnętrznymi. Wszystkie te informacje niewątpliwie mogą stanowić, w ocenie Odwołującego, tajemnicę przedsiębiorstwa, co wynika, jak podał, z licznych i ugruntowanego orzecznictwa KIO (KIO/UZP 667/10; KIO 908/13; KIO 1032/14; KIO 457/15; KIO 464/15; KIO 473/15; KIO 476/15; KIO 245/14; KIO 1797/11; KIO 1801/11;

KIO 1807/11; KIO 1808/11; KIO 1813/11; KIO 1817/11; KIO 1446/13; SO w Warszawie, sygn. V Ca 421/07), cytowanego przez Odwołującego w wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (zarówno w ofercie, jak i w piśmie z 10 listopada 2016 r.).

W szczególności, zdaniem Odwołującego, dotyczy to informacji o osobach wskazanych na str. 52 oraz 56 - 58 oferty, których zachowanie w poufności ma ogromne znaczenie gospodarcze dla Odwołującego (co było podkreślane dobitnie w ofercie). Faktem notoryjnym jest, w ocenie Odwołującego, że głównym zasobem przedsiębiorcy, działającego w sektorze usług, jest przede wszystkim personel, realizujący usługi na rzecz jego klientów. Bez właściwego, tj. odpowiednio wykwalifikowanego, przeszkolonego i doświadczonego zespołu osób, przedsiębiorca działający w tej branży, nie ma żadnej wartości i racji bytu. W istocie więc ludzie i ich doświadczenie decydują o wartości takiego przedsiębiorcy oraz o jego randze na rynku.

Z tej przyczyny Odwołujący, jak podał, chroni informacje, które mogą decydować nie tylko o jego przewadze konkurencyjnej na rynku, ale nawet w ogóle o możliwości funkcjonowania na nim. Odwołujący zwracał więc, jak wyjaśnił, w szczególności uwagę, iż ujawnienie ww. informacji prowadziłoby do umożliwienia przejmowania przez podmioty konkurencyjne osób, z którymi Odwołujący współpracuje lub które zatrudnia, a co doprowadziłoby Odwołującego do znacznych strat, bowiem uniemożliwiłoby Odwołującemu nawet ubieganie się o wiele z zamówień, z uwagi na brak możliwości wykazania dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym.

Podobnie Odwołujący wykazał, jak twierdzi, istnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu usług, zawartego w ofercie (str. 53 - 54). Odwołujący podkreślał m. in., że informacje te stanowią źródło wiedzy o przedsiębiorcy i inni konkurencyjni przedsiębiorcy, działający na rynku, mogą wykorzystać je w celu zachwiania pozycji Odwołującego. Wskazywał także na wartość gospodarczą tych informacji.

Należy przy tym zwrócić uwagę, zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odtajnieniu str. 53 i 54 oferty, nie podał żadnych przyczyn, dla których nie uznał tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa ani nie odniósł się do wyjaśnień Odwołującego, zawartych na str. 50 oferty.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, dostatecznie uzasadnił, że informacje zawarte na str. 3 - 12 pisma z dnia 10 listopada 2016 r., dotyczące warunków i metod wykonywania zamówienia oraz planowanych kosztów zamówienia (co w sumie składa się na sposób kalkulacji ceny), stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w sposób oczywisty nie powinny być ujawnione konkurentom Odwołującego. W tym miejscu Odwołujący powołał się na orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 756/16, w którym Izba wskazała, że „*wyjaśnienia zawierające informacje na temat metod wyceny danego zakresu zamówienia oraz własnej metodologii wykonywania usług przyjętej przez wykonawcę jako takie stanowią informacje*

*organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające dlań znaczenie gospodarcze”.*

Nie jest też zrozumiałym dla Odwołującego, jak podał, z jakich przyczyn Zamawiający uznał, że nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa informacje zawarte w treści dokumentów wewnętrznych Odwołującego, zawarte na str. 28 - 42 pisma z dnia 10 listopada 2016r. r. i postanowił je ujawnić. Zamawiający, jak zauważył Odwołujący, nie podał w tym zakresie żadnego uzasadnienia swojej decyzji. Odwołujący ponownie podkreślił, że dokumenty wewnętrzne spółki stanowią jego organizacyjny know-how, nie są dostępne publicznie i Odwołujący podejmuje niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Ich ujawnienie oznaczałoby udostępnienie konkurencji informacji o strategii gospodarczej Odwołującego i zasadach polityki wobec kontrahentów, co w ocenie Odwołującego, jest absolutnie niedopuszczalne.

Odnosząc się do nieco bardziej szczegółowych argumentów Zamawiającego, dotyczących odtajnienia dokumentów zawartych w ofercie, przytoczonych powyżej, Odwołujący wskazał na poniższe:

Odwołujący podniósł, że nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż Odwołujący zobowiązany był do wskazania konkretnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Odwołujący podał, że to, iż określone informacje mają wartość gospodarczą nie sprowadza się co do zasady do wskazania skonkretyzowanej wartości wyrażonej w określonej sumie pieniężnej. Jak wynika z orzecznictwa KIO:

- *„wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej”* (sygn. akt; KIO 2743/15);
- *„Wyjaśnienia wykonawcy zawierają szczegółowe dane ekonomiczne i handlowe dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty. Dane te niewątpliwie posiadają wartość gospodarczą i handlową dla wykonawcy, gdyż stanowią swego rodzaju know-how przedsiębiorcy. Podkreślić należy, że nie muszą to być informacje, których ujawnienie „mogłyby zachwiać pozycją spółki na rynku świadczonych usług”, jak wskazywał Odwołujący. Wystarczy, że ujawnienie tych informacji może narazić przedsiębiorcę na stratę w postaci pozyskania przez konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym i handlowym, której konkurencja nie posiada.”* (sygn. akt: KIO 188/16).

Jak wynika z powyższego, zdaniem Odwołującego, wykazanie wartości gospodarczej określonych informacji nie wymaga wskazywania Zamawiającemu określonej kwoty. Izba wielokrotnie wskazywała, jak podkreślił Odwołujący, że wartość gospodarcza informacji przejawia się przede wszystkim w możliwości wykorzystania jej przez konkurencję. Na tę właśnie okoliczność Odwołujący powoływał się, jak podał, w swoich wyjaśnieniach (str. 48 ad. b) oraz str. 50 oferty, str. 3 pisma z dnia 10 listopada 2016 r.).

Ponadto oczywistym jest, jak podkreślił Odwołujący, także dla Zamawiającego, iż nie jest możliwym na etapie postępowania zamówieniowego (tj. *a priori*, przed ujawnieniem i poniesieniem strat) wskazanie precyzyjnej kwoty, w jakiej wyraża się wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Odwołujący zwrócił uwagę, że powoływał się na wartość wyrażającą się, m. in. w doprowadzeniu do pozbawienia Odwołującego możliwości konkurowania w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Z natury rzeczy zaś nie jest możliwe wykazanie, jaka miałyby być wartość utraty zysków w przyszłych postępowaniach.

Odwołujący wskazał także, iż zgodnie z wyrokiem o sygn. akt: KIO 1483/15: *„Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów i straciłby przez to monopol na dysponowanie wartościami na danym rynku informacjami, istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1939/13).”*

Na ten aspekt wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji Odwołujący, jak zauważył, także zwracał uwagę w uzasadnieniu zastrzeżenia (str. 48 ad. b) oferty).

Odwołujący podniósł, iż nie jest rolą Zamawiającego wskazywanie przedsiębiorcy, działającemu na rynku, czy stosowne przez niego metody ochrony specjalistów/ekspertów, przed przejściem przez konkurencję, są właściwe czy też nie. Podobnie nie jest rolą Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, ustalanie Odwołującemu zasad prowadzenia polityki kadrowej. W szczególności zaś ocena Zamawiającego, co do adekwatności stosowanych przez Odwołującego metod i polityki kadrowej, nie może stać się, zdaniem Odwołującego, podstawą do odmowy ochrony zastrzeżonych przez Odwołującego informacji przed powszechnym dostępem, w tym głównie dostępem dla konkurencji i to wbrew stanowisku Odwołującego.

Niemniej Odwołujący wskazał, iż jego polityka i stosowane metody w tym zakresie są adekwatne do sytuacji na rynku. Zamawiający twierdząc, że wystarczające byłby inne metody ochrony, np. zobowiązanie takich poszukiwanych specjalistów do podpisywania klauzul o zakazie konkurencji, przejawia, w ocenie Odwołującego, jawną nieznamość zasad popytu i podaży. W sytuacji, gdy przedsiębiorca ma do czynienia z ogromnym popytem na wyspecjalizowany i doświadczony personel, nie ma on możliwości, zdaniem Odwołującego, stawiania proponowanych przez Zamawiającego warunków, gdyż nie pozyska odpowiedniej kadry albo utraci już posiadaną.

Zdaniem Odwołującego, art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wyraża bezwzględnego

obowiązku przedstawiania dowodów na każde twierdzenie wykonawcy w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Oświadczenia Odwołującego, w jego ocenie, są także dostatecznym dowodem, w szczególności, gdy dotyczą one określonych faktów, a nie wyrażają opinii lub ocen. Wątpliwości Zamawiającego, co do tego, czy oświadczenie Odwołującego o wdrożeniu określonych działań w zakresie polityki bezpieczeństwa informacji są prawdziwe, nie miały, zdaniem Odwołującego, żadnych podstaw.

Odwołujący wskazał także, że brak przedłożenia takich dowodów wraz z ofertą wynikał z troski o ochronę poufności informacji, gdyż udostępnienie procedur choćby tylko Zamawiającemu, a tym samym jego pracownikom, zwiększa ryzyko pozyskania przez konkurencję informacji, umożliwiających obejście procedur w celu uzyskania nieuprawnionego dostępu. Takie uzasadnienie nieprzedstawiania dowodów w postaci dokumentów wewnętrznych wykonawcy akceptowane jest w orzecznictwie KIO (por. wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 625/16). Ponadto, zdaniem Odwołującego, trzeba pokreślić, że jak ewidentnie wynika z zaskarżonej decyzji Zamawiającego o odtajnieniu części dokumentów wewnętrznych Odwołującego, obawy takie były w pełni uzasadnione.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Zamawiający nie wskazał na konkretne zastrzeżenia, dotyczące utajnienia pisma z dnia 10 listopada 2016 r. wskazując jedynie, że uzasadnienie jest lakoniczne, ogóle i dotyczy informacji ogólnodostępnych lub na tyle ogólnych i niekonkretnych, iż ich dysponentem mógłby być dowolny wykonawca, a nadto, że zawiera liczne cytaty z wyroków KIO.

Zdaniem Odwołującego, trudno polemizować z tak ogólnym stwierdzeniem. Odwołujący podniósł jednak, że przedmiotowe uzasadnienie jest dostatecznie konkretne i wykazuje wszystkie przesłanki wymagane u.n.z.k., na co wskazano już wyżej.

Ponadto, Odwołujący poniósł, iż nie jest słuszne bagatelizowanie przez Zamawiającego faktu powoływania przez Odwołującego na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący podał, że przytaczanie stanowiska KIO jest też sposobem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy i poprzez odpowiedni odbiór oraz podkreślenie stosownych elementów tych cytatów Odwołujący przedstawił zdanie Izby jako własne argumenty.

Odwołujący ponownie podkreślił, że w warunkach gospodarki wolnorynkowej, w której konkurencja stanowi podstawową siłę napędową, informacja jest dobrem o wymiernej i istotnej wartości ekonomicznej. Jest ona równie cenna jak patenty, wzory użytkowe czy zdobnicze (P. Kozłowska: „Prawnkarne aspekty naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa.”, Prok. i Pr. 2000, Nr 5, str. 52).

Zdaniem Odwołującego, fakt, że konkurenci nie znają informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, umożliwia uzyskanie lepszej pozycji na rynku. Sukces podejmowanych przedsięwzięć uzależniony jest częstokroć od zachowania w tym zakresie dyskrecji. Dlatego



Odwołujący, z całą mocą podkreślił, że nie godzi się na ujawnienie informacji przez niego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ujawnienie ich niepowołanym osobom (podmiotom), oznaczałoby ujawnienie informacji dotyczących polityki kadrowej oraz strategii gospodarczej przedsiębiorstwa, które to informacje nie tylko nie są powszechnie dostępną wiedzą, ale są utrzymywane w tajemnicy intencjonalnie, tj. w celu budowania przewagi konkurencyjnej na rynku.

Na tak duże znaczenie tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, w ocenie Odwołującego, także ustanowienie w polskim systemie prawnym środków penalnych, mających na celu zagwarantowanie jej należytej ochrony. Środki te, przewidziane w u.z.n.k. oraz kodeksie karnym statuują, m. in. odpowiedzialność karną zamawiającego za ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, przede wszystkim należy wskazać na przestępstwo określone w art. 23 u.z.n.k. Zamawiający i osoby z nim związane, wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogą ponosić odpowiedzialność karną, jeżeli wbrew ciążącemu na nich obowiązkowi w stosunku do Odwołującego (tj. obowiązkowi wynikającemu z zastrzeżenia przez Odwołującego określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa) ujawnią innej osobie informację, stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, co wyrządzi poważną szkodę przedsiębiorcy. Czyn ten zagrożony jest grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający i osoby z nim związane, wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogą także podlegać odpowiedzialności określonej w art. 266 § 2 k.k.. Przepis ten stanowi, iż funkcjonariusz publiczny, który ujawnia osobie nieuprawnionej informację niejawną o klauzuli „zastrzeżone” lub „poufne” lub informację, którą uzyskał w związku z wykonywaniem czynności służbowych, a której ujawnienie może narazić na szkodę prawnie chroniony interes, podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech.

Odwołujący podniósł, iż w sytuacji, gdyby doszło do ujawnienia zastrzeżonych przez niego w postępowaniu informacji, ww. przepisy karne będą miały zastosowanie.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2002 r., sygn. akt: V KKN 223/00, odpowiedzialności karnej z art. 23 u.z.n.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k. podlegać może także usiłowanie popełnienia tego czynu zabronionego.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Odwołujący zastrzegł poufność swojej oferty, wskazując na tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Poufnością objął str. 52 – 58 oferty, gdzie znajdują się:

- a) Formularz 2.2, w którym wymieniono osoby wchodzące w skład Zespołu projektantów, wyznaczonego do realizacji przedmiotowego zamówienia i opisano ich doświadczenie,
- b) Załącznik nr 1 do JEDZ, część IV lit. c, w którym opisano doświadczenie Wykonawcy,
- c) Załącznik nr 1 do JEDZ, część IV lit. c, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej osób, skierowanych do wykonywania zamówienia.

Uzasadniając zastrzeżenie Odwołujący podał, że ww. informacje nigdy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. *„Wykonawca ma wolę, aby pozostawały one tajemnicą i wola ta jest rozpoznawalna na zewnątrz. Informacje te pozostają dostępne wyłącznie dla wąskiej grupy podmiotów (niektórzy z najbardziej zaufanych i najbardziej doświadczonych pracowników i współpracowników wykonawcy), przy czym to wyłącznie wykonawca wpływa na zakres i skład tej grupy. (...) Wykonawca podejmuje permanentne i zintensyfikowane działania, aby żaden podmiot nieuprawniony nie mógł wejść w posiadanie zastrzeżonych informacji. W stosunku do ww. informacji wykonawca podejmuje zróżnicowane działania w celu zachowania ich poufności i ochrony przed dostępem osób trzecich (...).”*

Odwołujący podał również, że *„informacje dotyczące personelu mającego uczestniczyć w realizacji konkretnego zamówienia mają dla wykonawcy niezwykle ważną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie zarówno na etapie przygotowania ofert jak i po już jej złożeniu mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę, w szczególności poprzez możliwość przejęcia przez podmioty konkurencyjne osób, z którymi współpracę nawiązał Wykonawca i którymi zamierza posługiwać się w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia. Należy także podkreślić, że w przeszłości zdarzały się już próby przejęcia współpracowników wykonawcy, wysokiej klasy wykwalifikowanych specjalistów przez podmioty konkurencyjne. Podanie do wiadomości publicznej danych dotyczących ww. współpracowników (choćby imię i nazwisko) niewątpliwie ułatwiłoby dotarcie do nich przez konkurentów wykonawcy. Trzeba także zauważyć, że szkoda majątkowa, jaką ponieść może wykonawca na skutek ujawnienia zastrzeżonych informacji nie jest wyłącznie potencjalna (teoretyczna), a realna, bezpośrednio zagrażająca wykonawcy. Co istotne, wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia nie ma charakteru doraźnego, tj. nie został sporządzony wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Osoby znajdujące się na wykazie stanowią zespół, który wykonawca kompletował na przestrzeni kilku lat swojej działalności, co niewątpliwie potwierdza, że zastrzeżone informacje mają dla niego znaczącą wartość gospodarczą. Rozmiar grożącej szkody wykonawca ocenia jako znaczny. Przejęcie pracowników spowodowałoby zdekompletowanie zespołu, a co za tym idzie konieczność kompletowania nowego. Wykonawca nie mógłby przez ten czas startować w wielu przetargach z uwagi na*

potencjalny brak spełniania warunków udziału w postępowaniu.” Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przytoczył poglądy orzecznictwa.

Pismem z dnia 29 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu informacji, zawartych na str. 52 – 58 oferty. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca podnosi, że zastrzeżone informacje dotyczą „informacji dotyczących personelu mającego uczestniczyć w realizacji konkretnego zamówienia ... a ich ujawnienie mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę w szczególności poprzez możliwość przejęcia przez podmioty konkurencyjne osób, z którymi współpracę nawiązał Wykonawca i którymi zamierza posługiwać się w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia”, jednakże fakt ten nie świadczy jeszcze, że informacje o tych osobach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawodawca w art. 11 u.o.z.n.k. wskazał, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacja ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. W Państwa wyjaśnieniach nie została wykazana wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. (....)

Zgodnie z wyrokiem KIO 2784/14 z dnia 12 stycznia 2015 r. fakt, że Wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać niektórych informacji, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, natomiast dysponentem informacji o doświadczeniu osób fizycznych jest posiadacz tego doświadczenia, przy czym sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości publicznej, skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać.

W swoich wyjaśnieniach Wykonawca wskazuje na to że „przejęcie pracowników spowodowałoby zdekompilowanie zespołu, a co za tym idzie konieczność kompletowania nowego”. Jednak idąc dalej za w/w wyrokiem, powoływanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzia ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia w świetle zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za działanie nieprawidłowe i niewłaściwe. Istnieją bowiem inne narzędzia pozwalające na ochronę interesu Wykonawcy w tym zakresie (np. wprowadzenie w ramach porozumień odpowiednich zapisów o zakazie konkurencji).

Ponadto Zamawiający stwierdził nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia informacji ponieważ Wykonawca nie dołączył, nie później niż w terminie składania ofert, dowodów potwierdzających, że rzeczywiście zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający dysponując jedynie oświadczeniem o podjęciu niezbędnych

*działań nie był w stanie zweryfikować jego prawdziwości, czyli potwierdzić okoliczności, że takie działania rzeczywiście obowiązują.”*

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód ze strony tytułowej Koncepcji programowej dla zadania: *„Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku od węzła lotnisko na południowej obwodnicy Warszawy do obwodnicy Grójca”* oraz z rzutu ze strony internetowej [www.siskom.waw.pl/s7-warszawa-grojec.htm](http://www.siskom.waw.pl/s7-warszawa-grojec.htm), gdzie zamieszczono ww. Koncepcję, ustalając, że wymieniony jest tam jako główny projektant J.S., a wśród projektantów znajduje się również m.in. Z.S.. Jako wykonawcę ww. Koncepcji wskazano m.in. firmę Jacobs, jednego z członków odwołującego się Konsorcjum.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód ze strony tytułowej projektu budowlanego i projektu zagospodarowania terenu dla zadania *„Budowa drogi S-3 Legnica (A4) – Lubawka”* ustalając, że wśród projektantów wymienieni są tam m.in. J.S. i Z.S..

Izba przeprowadziła również dowód z rzutu ze strony internetowej zamieszczonej pod adresem [www.pl.linkedin.com/in/j.-r.-9507326](http://www.pl.linkedin.com/in/j.-r.-9507326) ustalając, że J.R. zamieścił tam swój profil i wskazał, że obecnie zatrudniony jest w firmie Muliconsult Polska Sp. z o.o.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła wnioski dowodowe uznając, że nie służą ustaleniu okoliczności, na które wskazywał Odwołujący.

Odwołujący objął poufnością ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa pismo z dnia 10 listopada 2016 r. wraz z załącznikami. Przedmiotowe pismo zawiera wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny i uzasadnienie zastrzeżenia oraz załączniki w postaci Zarządzenia Nr 2 Prezesa Zarządu Multiconsult Polska Sp. z o.o. z dnia 6 maja 2015 r. w sprawie zapewnienia ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, wzoru umowy o podwykonawstwo oraz Zintegrowanego Systemu Zarządzania Biznesowego.

Pismem z dnia 29 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu przedmiotowego pisma wraz z załącznikami, z wyłączeniem Zintegrowanego Systemu Zarządzania Biznesowego, wskazując, że: *„Zastrzeżeniem jawności objęli Państwo całe pismo, zarówno część dotyczącą wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wszystkimi załącznikami, tym samym tajemnicą zostały objęte informacje ogólnodostępne lub na tyle ogólne i niekonkretne, że ich dysponentem mógłby być dowolny wykonawca. W swoim uzasadnieniu, oprócz ogólnikowych oświadczeń i stwierdzeń o charakterze i znaczeniu zastrzeganych informacji, opartych w głównej mierze na cytatach z orzecznictwa, przytaczają Państwo obszerne fragmenty wyroków KIO lub sądów, w większości nieadekwatnych do stanu faktycznego występującego w niniejszym postępowaniu”.*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu sensu largo, nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i jednocześnie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tę tajemnicę (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.). Z przytoczonych przepisów należy odcodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiedzie ona bezwzględnego prymatu.

Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie sprawdzenia, czy wraz ze złożeniem oferty wykonawca wykazał, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W obecnym stanie prawnym, Zamawiający nie prowadzi postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powyższego na podstawie zawartych najczęściej w ofercie czy też we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji pochodzących od wykonawcy co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby, powyższe prowadzi do wniosku, że brak takiego uzasadnienia albo też brak wykazania przedmiotowej okoliczności winien skutkować odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. Skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwania do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości).

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że w orzecznictwie ukształtował się pogląd, co oczywiste, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być zawarte również w innych dokumentach składanych przez wykonawców, niż tylko w ofercie czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wtenczas wykonawcy również przysługuje uprawnienie do zastrzeżenia poufności przedmiotowych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (dla przykładu, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny), jednakże obowiązek wykazania, że rzeczone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy i winien być spełniony wraz ze złożeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W aktualnym stanie prawnym ustawodawca więc uznał, że 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.

Obowiązek sporządzenia przedmiotowego uzasadnienia ma wielorakie znaczenie. Z jednej strony, daje zamawiającemu substrat do oceny, bez konieczności podejmowania przez zamawiającego dodatkowych czynności w postaci wzywania do wyjaśnień, co wpływa też na szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony, wprowadzone rozwiązanie powinno dawać również możliwość wykonawcom zapoznania się z tym uzasadnieniem, a więc powzięcia wiedzy o powodach zaliczenia określonych informacji do tych, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji zapewnić wykonawcom możliwość weryfikacji oceny dokonanej przez zamawiającego.

Powszechne było bowiem zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i przy braku uzasadnienia powyższego, w istocie wykonawcy byli pozbawieni możliwości podnoszenia zarzutów, opartych na realnych podstawach faktycznych, wobec oceny dokonywanej przez zamawiającego. Zdaniem Izby, po to ustawodawca zobowiązał wykonawców do wykazania, że określone informacje stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa, aby inni wykonawcy, choć bez dostępu do poufnych informacji, mieli kontrolę co do powodów uczynionego zastrzeżenia. W rzeczonym uzasadnieniu należy bowiem wykazać, że zaktualizowały się przesłanki do zastosowania przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wobec określonych informacji. W istocie więc wykonawca, który zamierza sprawdzić poprawność takiego zastrzeżenia powinien to czynić przez pryzmat owego uzasadnienia i ewentualnie podnosić zarzuty i zgłaszać wątpliwości co do braku wykazania przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i w przypadku potwierdzenia tej okoliczności, żądać odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Legalna definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W świetle powyższego przepisu można powiedzieć, że aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie art. 11 u.z.n.k., musi spełniać następujące warunki:

- a) poufności,
- b) braku ujawnienia,
- c) zabezpieczenia informacji.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. z poufnością informacji mamy do czynienia wówczas, gdy informacja ta nie jest ujawniona do wiadomości publicznej, a więc nie przynależy do domeny publicznej. I odwrotnie: od strony pozytywnej można powiedzieć, że informacja nie jest poufna, gdy jest ujawniona do wiadomości publicznej, tj. przynależy do domeny publicznej. Na uwagę zasługuje natomiast fakt, że „ujawnienie do wiadomości publicznej” jest interpretowane szeroko. Z ujawnieniem informacji będziemy mieli do czynienia nie tylko wtedy, gdy informacja jest znana przez niemal każdego obywatela, ale także wtedy, gdy taka informacja nie jest znana, ale jest dla każdego łatwo dostępna (np. gdy została opublikowana na stronie www lub w prasie).

Elementem współkształtującym stan poufności jest podjęcie pewnych działań zabezpieczających informację. Artykuł 11 ust. 4 u.z.n.k. wymaga od przedsiębiorcy podjęcia „niezbędnych działań w celu zachowania poufności”. Podjęcie takich działań jest z jednej strony konieczne do zapewnienia stanu poufności informacji, z drugiej zaś manifestuje wolę przedsiębiorcy objęcia ochroną danej informacji.

Informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 u.z.n.k. musi mieć przynajmniej minimalną wartość gospodarczą. Można zatem zauważyć, że wszystkie informacje składające się na zbiorcze pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa” muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Godny podkreślenia jest fakt, że pojęcie wartości gospodarczej informacji należy oceniać w sposób obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanej przez niego informacji nie jest wystarczające. Z drugiej strony należy raczej opowiedzieć się za liberalną wykładnią pojęcia wartości gospodarczej, która zakłada, iż chodzi o minimalną aktualną lub potencjalną wartość gospodarczą informacji.

Przepis art. 11 ust. 1 i 4 u.z.n.k. wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej formie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. w spr. I CKN 1159/00, OSNC, z. 5 z 2002 r., poz. 67).

Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt: II SA/Wa 1328/12).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał, iż informacje na temat potencjału osobowego, pozostającego w dyspozycji Odwołującego, zachowane są w poufności i podjęte zostały względem nich środki, mające na celu utrzymanie ich tajności.

W ocenie Izby, samo przekonanie Odwołującego i zapewnienie Odwołującego, że przedmiotowe informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej z pewnością jest niewystarczające. Okoliczność, że informacje pozostają dostępne dla wąskiej grupy osób i Odwołujący kontroluje krąg tych osób nie znalazła w żaden sposób potwierdzenia.

W tym miejscu z całą mocą należy podkreślić, że Odwołujący chcąc ograniczyć dostęp do jakichkolwiek informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien nie tylko zastrzec poufność tych informacji, ale i wykazać, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Gołosłowne oświadczenia Odwołującego, w istocie lakoniczne, nie mogą być nawet traktowane w kategoriach uprawdopodobnienia, a co dopiero wykazania.

Przypomnieć należy Odwołującemu, że zastrzeganie poufności informacji stanowi wyłom względem jednej z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest jawność tego postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), zatem Odwołujący domagając się odstępowania od tej zasady winien w sposób niewątpliwy wykazać, że poufność rzeczonych informacji jest zachowana.

Zdaniem Izby, bez wpływu na przedmiotową ocenę pozostaje fakt, iż Odwołujący uzasadniając zastrzeżenie poufności spornych informacji wskazał na narzędzia, z jakich korzysta, w celu zapewnienia ochrony. Katalog wymienionych środków w istocie sprowadza się do podania ich rodzaju, ale z określenia rodzaju nie wynika, że te konkretne informacje, dotyczące osób i ich doświadczenia są chronione, a tym bardziej, iż w stosunku do określonych osób i informacji ich dotyczących podjęto działania zmierzające do zachowania w poufności faktu współpracy z Odwołującym i rodzaju posiadanego doświadczenia.

Odwołujący wskazując na tak wiele rzekomo zastosowanych środków, które mają zapewnić poufność ww. informacji, nie przedłożył nawet jednego dowodu potwierdzającego ten stan rzeczy. Nie uczynił tego na etapie zastrzegania przedmiotowych informacji, ale



również zaniechał powyższego w toku postępowania odwoławczego. Co więcej, na rozprawie wskazał, że obowiązek zapewnienia poufności tych informacji wynika z mocy prawa, podając, iż właściwe regulacje w tym przedmiocie zawarte są w k.p. Oczywiście twierdzenia te po pierwsze, należy uznać za nieuzasadnione, bowiem k.p. takiej ochrony z mocy prawa nie zapewnia. Konieczne byłoby w takiej sytuacji zawarcie umowy o zakazie konkurencji, na którą Odwołujący nawet nie wskazał. Co więcej, Odwołujący nie podał, a tym bardziej nie wykazał, które z osób, stanowiących jego potencjał kadrowy są pracownikami w rozumieniu k.p., a z którymi współpracuje w oparciu o regulacje przewidziane w k.c. i, jakie instrumenty w stosunku do konkretnych osób zastosował. Powyższe potwierdza, zdaniem Izby, że Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie udźwignął ciężaru wykazania, że rzeczony informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Nadto, w ocenie Izby, twierdzenia Odwołującego zawarte, w wyjaśnieniach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo z dnia 27 października 2016 r.), budzą wątpliwości. Po pierwsze bowiem, dokumentacja projektowa inwestycji publicznych, a na takie wskazał Odwołujący, opisując doświadczenie osób, stanowiących jego potencjał osobowy, nie jest objęta poufnością. Oczywiście jest, iż jest ona udostępniana przez chociażby zamawiających uczestnikom procesu budowlanego, a jak wykazał zamawiający, również przez inne podmioty, wraz ze wskazaniem autorów tej dokumentacji. Po drugie, w ocenie Izby, nie sposób pozbawić (a przynajmniej jest to mało prawdopodobne) określonej osoby prawa do powoływania się na własne doświadczenie czy też fakt współpracy z określonym podmiotem. Już chociażby z rzeczony dokumentacji budowlanej wynika, w którym imieniu konkretny projektant sporządził dokumentację. Zaś, z rzutu ze strony internetowej linkedin wynika, że twierdzenia Odwołującego nie polegają na prawdzie, bowiem jedna z osób z personelu Odwołującego ujawnia fakt współpracy z Odwołującym i prezentuje swój profil. Okoliczność, że dostęp do tego profilu można uzyskać po zalogowaniu, nie stanowi przeszkody do stwierdzenia, że informacje te nie mają charakteru poufnego, są bowiem dostępne dla określonego kręgu osób, nad którym Odwołujący nie sprawuje pieczy.

Reasumując, zdaniem Izby, niechęć do ujawnienia przez Odwołującego informacji dotyczących personelu przeznaczonego do realizacji przedmiotowego zamówienia i jego doświadczenia wynika z woli ograniczenia dostępu do tego personelu konkurencji, a nie z faktu zachowania i zapewnienia poufności tych informacji, bowiem powyższe w sposób niewątpliwy nie znalazło potwierdzenia ani w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym bardziej w materiale dowodowym.

Podkreślenia wymaga, że z całą mocą należy zwalczać występujące z dużym nasileniem praktyki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zastrzegania poufności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa bez wypełnienia przesłanek z

art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a przynajmniej bez wykazania ich zaistnienia, częstokroć tylko z powodu chęci uniemożliwienia innym wykonawcom dostępu do tych informacji. Zaś, uniemożliwianie innym wykonawcom dostępu do określonych informacji częstokroć nie jest podejmowane w celu ochrony czy ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, ale po to, aby umożliwić innym wykonawcom weryfikację informacji podanych przez wykonawcę i tym samym wyłączyć, a przynajmniej zminimalizować ryzyko skorzystania przez nich ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący cofnął zarzut, dotyczący odtajnienia przez Zamawiającego informacji w przedmiocie doświadczenia Odwołującego (str. 53 – 54), co skutkowało brakiem podstaw do jego oceny przez Izbę wobec braku substratu do dokonania takiej oceny. Wycofując zarzut w tym przedmiocie Odwołujący w istocie zgodził się z Zamawiającym, a zatem spór w tym zakresie przestał istnieć.

Jeśli idzie o drugą grupę informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako poufne, ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, a zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 10 listopada 2016 r., to w tym zakresie Izba w części podzieliła stanowisko Odwołującego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że analiza decyzji Zamawiającego o odtajnieniu rzeczonych informacji prowadzi do wniosku, iż zabrakło w tym przedmiocie refleksji i rzetelnego badania, a w każdym razie nie wynika powyższe z pisma Zamawiającego.

Zamawiający uznał, że całe pismo zawiera informacje ogólnodostępne lub niekonkretne, że ich dysponentem mógłby być każdy wykonawca. Wydaje się jednak, że Zamawiający zaniechał rozważania przedmiotowych informacji pod kątem informacji organizacyjnych, które stanowią całokształt wiadomości przydatnych do prowadzenia firmy oraz wiedzę o potencjale przedsiębiorstwa, których to informacji nie mają inni wykonawcy.

W ocenie Izby, właśnie z taką kategorią informacji mamy do czynienia. Informacje na temat sposobu organizacji przedsiębiorstwa, dysponowania określoną wiedzą, potencjałem technicznym, stanowią informacje, mające wartość gospodarczą. Jednocześnie Odwołujący wykazał, na podstawie przykładowych narzędzi, w jaki sposób chroni ich poufność.

Okoliczność, że dany przymiot (potencjał, wiedza) może dotyczyć innych wykonawców nie stoi na przeszkodzie, zdaniem Izby, przyjęciu, iż informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa konkretnego wykonawcy. Skoro bowiem wiedza o przymiotach konkretnego przedsiębiorstwa jest poufna, to nie ma podstaw, aby twierdzić, iż potencjał danego wykonawcy jest znany.

W ocenie Izby, również okoliczność, w jaki sposób Wykonawca szacuje dane zamówienie, określone koszty oszczędności, jest elementem pewnego know-how Wykonawcy i przymiotu wartości gospodarczej tym informacjom nie należy odmawiać.

Zdaniem Izby, wewnętrzne dokumenty Odwołującego składają się na informacje organizacyjne, dotyczące danego przedsiębiorcy, stanowią bowiem źródło wiedzy o sposobie prowadzenia działalności, w określonym zakresie. Warte podkreślenia również jest, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie przeprowadzono dowodu przeciwnego, iż informacje te są publicznie dostępne.

Zgoła zaś odmiennym zagadnieniem jest, czy konkretna umowa podwykonawcza winna być ewentualnie ujawniona w trybie dostępu do informacji publicznej. Po pierwsze bowiem, w okolicznościach niniejszej sprawy rozważane są informacje istniejące w danej chwili i zastrzeżone poufnością, a nie informacje (umowy), które powstaną (zostaną zawarte) w przyszłości. Po drugie, prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej – t.j. z 2015 r., poz. 2058 ze zm.).

Nadto, podkreślić należy, że okoliczność, iż jeden z załączników jest opatrzony klauzulą „nie rozpowszechniać, nie kopiować” nie oznacza, iż wolą Odwołującego było zachowanie w poufności jedynie rzeczonoego dokumentu. Zastrzeżenie poufności i ograniczenie dostępu do określonych informacji może wynikać z innych dokumentów.

Jeśli idzie o pozostałe informacje, co do których Izba nie nakazała unieważnienia odtajnienia, a zawartych w piśmie z dnia 10 listopada 2016 r., to podkreślić należy, iż Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko Zamawiającego, że są one na tyle ogólne, iż nie mogą stanowić dla Odwołującego wartości gospodarczej, bowiem skorzystanie z nich przez konkurencję w żaden sposób nie polepszy jej sytuacji względem Odwołującego (nie odniesienie choćby minimalnej korzyści).

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że prezentowane przez Odwołującego stanowisko w przedmiocie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nie do zaakceptowania, bowiem prowadziłoby do wypaczenia tej instytucji. Z pewnością nie jest tak, że wszystko, za co Odwołujący zapłacił ma wartość gospodarczą, wartość ta musi być oceniana w aspekcie obiektywnym, a nie wedle przekonania wykonawcy. Przyjęcie tego stanowiska skutkowałoby paraliżem w zakresie posługiwania się informacją i unicestwieniem zasady jawności postępowania, co nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący: .....**