

Sygn. akt: KIO 2727/21

WYROK

z dnia 19 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę **Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku** przy udziale wykonawcy **T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2727/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne na *kompleksową obsługę prawną Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Gdańsku* (znak postępowania: O.Gd.F-2.2413.03.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 kwietnia 2021 r. pod numerem nr 2021/BZP 00043650/01.

W dniu 13 września 2021 r. wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) zwanej dalej „uznk” przez bezzasadne uznanie za nieskuteczne składanych wraz z Wykazem osób oraz Wyjaśnieniami zastrzeżeń informacji w nich zawartych jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego mimo, że Odwołujący spełnił wszystkie przesłanki w celu skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako prawnie chronionej tajemnicy, zwłaszcza wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane i są chronione za pomocą odpowiednio podjętych w tym zakresie działań.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia w całości informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego zawartych w treści Wykazu osób i Wyjaśnień, odpowiednio oznaczonych w treści tych dokumentów;
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w tym kosztami zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

Tytułem wstępu Odwołujący wskazał, iż o zgodności czy niezgodności czynności Zamawiającego z przepisami ustawy decydować powinna treść uzasadnienia pisma z dnia 8 września 2021 r. do której, kwestionując prawidłowość wspomnianej czynności Odwołujący ma szansę się odnieść konstruując swoje odwołanie. Wywodzoną z zasady przejrzystości

postępowania (art. 16 pkt 2 ustawy Pzp) powinnością Zamawiającego jest uzasadnienie czynności mających wpływ na sytuację formalnoprawną wykonawców, a wspomnienie uzasadnienie jest wiążącym dla Zamawiających w tym znaczeniu, iż w toku postępowań odwoławczych nie mogą oni przedstawiać innych niż zawarte tam argumentów. Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał orzeczenie Izby (sygn. akt: KIO 1885/20) i stwierdził, że nie powinno być wątpliwości, że przytoczone orzecznictwo ma też zastosowanie do informacji o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako jednego z rozstrzygnięć mogącego zostać poddanych pod ocenę Izby i wpływającego na sytuację formalnoprawną wykonawców. Z uwagi na powyższe, treść odwołania referować będzie do treści pisma z dnia 8 września 2021 r.

[gospodarczy charakter zastrzeganych informacji]

Odwołujący podniósł, że treść uzasadnienia przedłożonego przez Odwołującego wskazuje jaką wartość gospodarczą posiadają zastrzeżone przez niego informacje, a co więcej, ich wartość gospodarcza potwierdziła się wraz z otwarciem ofert. Wskazał, że uzasadniając swoje zastrzeżenie, Odwołujący przede wszystkim na stronie 2 i 4 tego uzasadnienia, wyraźnie wskazał, że dane osób skierowanych do wykonania zamówienia i ich doświadczeniu (w sposób specyficznie skompilowanego) pozwala mu konkurować o udzielenie przedmiotowego zamówienia z innymi podmiotami działającymi na tym samym rynku - dość bowiem wspomnieć, iż doświadczenie osób skierowanych do wykonania zamówienia stanowi aż 50% kryterium oceny ofert, co właściwie determinuje konieczność uzyskania maksymalnej lub prawie maksymalnej punktacji w ramach tego kryterium, aby móc realnie konkurować o zawarcie umowy z Zamawiającym. W tym kontekście, informacja o osobach skierowanych do realizacji zamówienia i ich doświadczeniu, zwłaszcza w formie skompilowanej do szczegółowego wykazu realizowanych dotychczas różnego rodzaju czynności związanych ze świadczoną pomocą prawną (od wylistowania umów którymi dana osoba się zajmowała, przez wskazanie wraz z sygnaturami spraw, w których reprezentowała klientów) stanowi w zasadzie kluczową informację pozwalającą na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W przekonaniu Odwołującego, pominięcie ww. okoliczności i skwitowanie jej oceną o niewykazaniu przez Odwołującego, że wspomniane informacje w ogóle posiadają wartość gospodarczą stanowi wyraz nieprawidłowego badania skuteczności przedstawionego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dalej Odwołujący stwierdził, że posiadanie przez utajnione informacje wartości gospodarczej dodatkowo potwierdziło się po otwarciu ofert, a więc po złożeniu przez Odwołującego swojego zastrzeżenia. Spośród trzech wykonawców jacy ubiegają się o udzielenie tego zamówienia i złożyli swoje oferty, tylko oferta Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego, a pozostałe dwie oferty mają wartość niemal dwukrotnie wyższą, co przy decydującym czynnikiem kosztotwórczym dla finalnych cen ofertowych jakim

jest wynagrodzenie osób skierowanych do realizacji umowy (wszystkie inne koszty jak np. koszty biura, dojazdów, pomocy biurowych ponosi bowiem sam Zamawiający) wskazuje wprost, że determinantem dla uzyskania i realizacji tego zamówienia jest dysponowanie odpowiednio doświadczonymi osobami, które dodatkowo posiadają mieszczące się w realiach budżetowych Zamawiającego oczekiwania finansowe.

Poznanie więc przez konkurencję informacji o tych osobach i ich doświadczeniu implikowałoby ryzyko próby storpedowania dysponowania przez Odwołującego wspomnianym personelem, chociażby przez próbę przejęcia tych osób, czego wynikiem byłoby po pierwsze brak możliwości wykazania się nimi przez Odwołującego w toku postępowania, a po drugie pozyskanie przez konkurencję Odwołującego zasobów za pomocą których, przy niższym niż brany pod uwagę przy składaniu ofert koszcie (a więc wyższym zysku), konkurencja ta mogłaby zrealizować pozyskane zamówienie. Odwołujący na poparcie ww. stanowiska przywołał uchwałę KIO z dnia 23 czerwca 2020 r. KIO/KU 30/20.

Odwołujący wskazał, iż trudno zgodzić się też z konkluzją Zamawiającego co do braku udowodnienia realności ryzyka przejęcia pracowników Odwołującego. Należy bowiem wskazać, że do swoich wyjaśnień Odwołujący załączył dwa dowody w postaci wiadomości kierowanych do personelu Odwołującego związanych właśnie z zaoferowaniem im pracy polegającej na obsłudze prawnej procesów budowlanych (w tym realizowanych przez GDDKiA), które to oferty płynęły od innych kancelarii prawniczych działających na tym samym rynku. Dokumenty te potwierdzają więc jednoznacznie, że osoby posiadające doświadczenie w tym zakresie są „cennymi nabytkami” na rynku usług prawnych. Dyskredytując te dowody, Zamawiający nie przedstawił jednocześnie żadnych okoliczności czy argumentów, które poddawać miałyby w wątpliwość, iż wiadomości te są prawdziwe, czy też są skierowane faktycznie do osób współpracujących z Odwołującym lub też, że pochodzą od konkurentów Odwołującego na rynku usług prawnych związanych z inwestycjami budowlanymi (okoliczności te Odwołujący wykaże dodatkowo w toku rozprawy). Przedstawienie takich dowodów zdecydowanie więc czyni bezzasadną ocenę Zamawiającego, iż obawy Odwołującego dot. pozyskania jego personelu są hipotetycznymi. Należy też wskazać, że w orzecznictwie Izby wyrażany jest pogląd, iż utajnienie danych osób skierowanych do realizacji zamówienia jest możliwym przy odpowiednim wykazaniu realności zagrożenia tzw. employee poaching-iem.

Uzasadniając odtajnienie informacji zastrzeżonych przez Odwołującego Zamawiający wskazał, że kierował się też dobrem publicznym identyfikowanym jako „konieczność zapewnienia innym wykonawcom możliwości nawiązywania kontaktów z osobami współpracującymi z innymi wykonawcami”. Trudno tak z samej ustawy Pzp, a przede wszystkim w u.z.n.k. znaleźć przesłankę tak pojmowanego „dobra publicznego”, kosztem

której ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogłaby być realizowaną. Logika Zamawiającego prowadzi do wniosków z którymi trudno się zgodzić, a więc do stwierdzenia, że konkurencyjne podmioty mogą dowolnie korzystać z nakładów innych uczestników tego samego rynku poniesionych dla wykształcenia lub pozyskania odpowiednio przygotowanej kadry, której posiadanie uprawnia lub wręcz umożliwia prowadzenie działalności gospodarczej – w tym wypadku ubiegania się o udzielenie takiego lub podobnych zamówień. Taka, jakkolwiek niepoparta żadnymi normatywami ustawowymi argumentacja, jest też zdecydowanie sprzeczna z *ratio legis* u.z.n.k. i założeniami gospodarki rynkowej.

Odwołujący wskazał, że nie można zgodzić się też ze stwierdzeniem Zamawiającego, zgodnie z którym powszechnie wiadomym jest, iż wykonawcy śledzą rynek zamówień publicznych i wiedzą który z wykonawców uzyskał jakie zamówienie i jakim personelem dysponuje realizując dany kontrakt. Zamawiający zdaje się bowiem zapominać, że po pierwsze tajemnicą przedsiębiorstwa może być też zbiór informacji powszechnie dostępnych i co do zasady jawnych, a po drugie, że Wykonawca utajnił nie informacje o tym z jakimi podmiotami zawarł umowy na obsługę prawną, ale to jakie konkretnie czynności, w tym stanowiące tajemnicę radcy prawnego/adwokata, w ramach wspomnianej umowy wykonywały osoby skierowane do realizacji zamówienia. Na potwierdzenie prawidłowości ww. stanowiska Odwołujący przywołał uchwałę KIO z dnia 23 czerwca 2020 r. KIO/KU 30/20.

W świetle powyższego orzecznictwa i mając na uwadze szczegółowość informacji koniecznych do przedstawienia w Wykazie oraz fakt, że utajnianemu doświadczeniu Zamawiający przypisał aż 50% wagę w ramach kryteriów oceny ofert, nie sposób nie uznać, że zastrzeżone przez Odwołującego informacje nie stanowią unikalnego zbioru osób i ich kompetencji, co potwierdza też bardzo wąska liczba wykonawców ubiegających się o to zamówienie. Zamawiający, zupełnie odmiennie też od swojego stanowiska zajmowanego w toku poprzednich postępowań przed KIO toczących się na gruncie niniejszego postępowania, a dotyczących wygórowanych warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert związanych właśnie z doświadczeniem personelu kluczowego argumentuje obecnie, że wymagane doświadczenie jest standardowym doświadczeniem nabywanym przy kompleksowej obsłudze prawnej, podczas gdy wcześniej przedstawiał konieczność ukształtowania przez siebie wymogów SWZ dużymi i niepowszechnymi wyzwaniem formalnoprawnymi z jakimi mierzyć się będą osoby realizujące zamówienie.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nietrafnie wskazuje, że tylko i wyłącznie personel wykonawcy może dysponować tajnością swojego doświadczenia. Wyrażając takie stanowisko, Zamawiający wkracza już bezzasadnie w sposób w jaki swoje relacje formalnoprawne z personelem ureguluje danych wykonawca. Sam bowiem fakt możliwości powoływania się przez personel na swoje doświadczenie nie oznacza też bowiem, iż nie będzie tego robił w sposób poufny. W kontekście charakteru informacji jakie zastrzegł

Odwołujący jako tajne, zdecydowanie też za bezzasadnością tego utajnienia nie mogą przemawiać argumenty podnoszone przez Odwołującego, iż powszechnie dostępnymi są rejestry prawników lub portale firm pośredniczących w poszukiwaniu odpowiedniego personelu. Zamawiający nie wykazał bowiem w żaden sposób, aby utajnione przez Odwołującego dane dostępne były we wspomnianych rejestrach czy portalach. Co więcej, z jawnych co do zasady wokand przed KIO i sądami (na którą to jawność powołuje się Zamawiający) nie wynika przede wszystkim kto i w jakiej sprawie reprezentuje dany podmiot, nie wspominając już po raz kolejny, że utajnieniu uległa tu pewna specyficzna kompilacja, zawierająca również sygnatury wielu różnych spraw. Podsumowując powyższe, zastrzeżona przez Odwołującego kompilacja doświadczenia wytypowanych przez niego i pozyskanych do realizacji zamówienia osób, a także same dane o tych osobach posiadają istotną wartość gospodarczą i warunkują w ogóle ubieganie się o zamówienie.

[brak powszechnej znajomości zastrzeganych informacji]

Zamawiający w uzasadnieniu kwestionowanej odwołaniem czynności uznał też, że utajniane przez Odwołującego informacje są informacjami powszechnie znanymi. Z taką oceną nie sposób się zgodzić. Po pierwsze bowiem, co wspomniano już wcześniej, zastrzegane przez Odwołującego informacje nie opiewały na sam fakt realizowania danych usług prawnych, ale na szczegółowe informacje związane z tymi usługami jak np. konkretne sprawy z jakimi mierzyły się osoby wchodzące w skład personelu kluczowego w ramach tych usług czy to w kontekście danych kontraktów wykonywanych przez klientów kancelarii czy też w kontekście danych spraw przed KIO lub Sądami powszechnymi (na marginesie należy wskazać, że informacje te stanowią tajemnicę zawodową osób skierowanych do wykonania zamówienia). Po drugie, Zamawiający nie wskazał w jaki sposób informacje takie, z powszechnie dostępnego źródła i to w sporządzonej przez Odwołującego kompilacji osoba zwykle zajmująca się tym rodzajem informacji mogłaby je pozyskać – innymi słowy, wbrew twierdzeniom uzasadnienia kwestionowanej czynności, Zamawiający nie przedstawił źródła z którego pozyskać można byłoby dokument odzwierciedlający treść zastrzeżonego Wykazu osób. Informacji o tym która z osób z personelu Odwołującego świadczyła danego rodzaju konkretną pomoc prawną w postaci wyspecyfikowanej do modelu zawartego w Wykazie osób nie sposób też znaleźć na stronie internetowej Odwołującego (do której to zawartości w sposób nieuzasadniony odwołuje się Zamawiający). Nie można też zgodzić się z twierdzeniem, że skoro zastrzeżona kompilacja opiewa na doświadczenie nabyte przy realizacji umów ws. zamówień publicznych, jest ona niejako automatycznie jawną podobnie jak fakt, że Wykaz stanowił będzie załącznik do umowy zawieranej z Zamawiającym. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 19 listopada 2020 r. sygn. akt: KIO 2862/20.

[działania podjęte w celu utrzymania poufności informacji]

W uzasadnieniu pisma z dnia 8 września 2021 r., Zamawiający kwestionując zadośćuczynienie przez Odwołującego obowiązkowi wykazania podjęcia działań mających na celu utrzymanie poufności informacji nie wskazał żadnych argumentów zgodnie z którymi środki na których wdrożenie powołał się Odwołujący były niewystarczającymi dla zachowania poufności informacji. Zamawiający właściwie jednozdaniowo skwitował swoją ocenę stwierdzeniem, „że działania podjęte przez Odwołującego są praktykowanymi przez wykonawców rozwiązaniami wprowadzającymi pewne standardy ochrony informacji”. Takie stwierdzenie Zamawiającego po pierwsze w żaden sposób nie uzasadnia wyrażonej przez niego, negatywnej oceny dla spełnienia ww. przesłanki – sam fakt, stosowania danych środków przez innych wykonawców nie wyklucza bowiem, iż są one skuteczne. Po drugie jednak, co należy wyraźnie podkreślić, w celu potwierdzenia odpowiedniego przygotowania organizacyjnego do ochrony informacji których zdecyduje się nie ujawniać, Odwołujący w swoim uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazał, iż posiada wydane przez ABW poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego, co w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742) oznacza, że wobec tego podmiotu, w wyniku przeprowadzonego przez ABW lub SKW postępowania, stwierdzono zdolność do ochrony zastrzeżonych informacji, z czym wiąże się wdrożenie szeregu rozwiązań organizacyjno-regulacyjnych nakierowanych na ich bezpieczeństwo. Bez wątplenia nie są to standardowe rozwiązania wdrażane przez wykonawców funkcjonujących na rynku zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe, skoro środki jakimi dysponuje Odwołujący, uznane zostały przez właściwe służby Państwowe za odpowiednie do zapewnienia bezpieczeństwa informacji publicznie chronionej, to Zamawiający nie powinien mieć uzasadnionych wątpliwości, iż Odwołujący w sposób skuteczny zabezpieczył przed ujawnieniem informacji stanowiącej jego tajemnicę przedsiębiorstwa (a więc informacje chronione w zakresie jego prywatnoprawnej).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 września 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów ewentualnego zastępstwa przed KIO według rachunku.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, sporny wykaz nie posiada „specyficznych i szczegółowych informacji o doświadczeniu osób skierowanych do realizacji zamówienia”. Załączony wykaz zawiera jedynie informacje na temat długości doświadczenia zawodowego poszczególnych osób przedstawionych przez Odwołującego, z podziałem na:

D1 - „Doświadczenie w drogownictwie”,

D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC”,

D3 - „Doświadczenie w występowaniu przed KIO”.

D4 - „Doświadczenie w występowaniu przed Sądem powszechnym, administracyjnym lub w arbitrażu”.

W ocenie Zamawiającego żadna z ww. kategorii doświadczenia zawodowego nie posiada przymiotu, który by pozwalał określić przedstawiony przez Odwołującego wykaz jako: „specyficzny i szczegółowy”. Ponadto wskazał, że charakteru tajemnicy zawodowej nie można przypisać wykazowi, który stanowi informację publiczną. Odwołujący dokumentując bowiem doświadczenie zawodowe poszczególnych osób, powołuje się na usługi prawne świadczone na rzecz organów władzy publicznej. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem, dotyczącym świadczenia pomocy prawnej na podstawie umowy cywilnoprawnej, „radca prawny świadczący obsługę prawną Gminy, wynagradzany ze środków publicznych tej Gminy, niewątpliwie jest osobą mającą związek z pełnieniem funkcji publicznych, a ochrona prywatność takiej osoby, zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy, jest wyłączona. Nie ma więc żadnych powodów, aby określone umowami warunki świadczenia usług, nie mogły być udostępnione. Nie może być też mowy o żadnej z tajemnic ustawowo chronionych, w szczególności o tajemnicy zawodowej. Tajemnicę zawodową radcy prawnego definiuje art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, zgodnie z którym radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej”(Por. treść wyroku WSA w Krakowie z 17.05.2016 r., sygn. akt: II SAB/Kr 54/16, system Legalis.) W związku z powyższym, wykaz przedstawiony przez Zamawiającego, jako należący do domeny publicznej, nie spełnia ustawowych przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa (Por. komentarz do przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., red. Szwaja 2019 r., system Legalis). Zamawiający wskazał, że podobne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 17 maja 2021 r. (sygn. akt: II SAB/Kr 55/16, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

Odnosząc się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy, Zamawiający podtrzymał swoje twierdzenie, że Odwołujący nie udowodnił wartości gospodarczej zastrzeżonego wykazu. Powoływanie się przez Odwołującego na fakt zajęcia pierwszego miejsca pośród oferentów nie ma żadnego związku z wykazaniem wartości gospodarczej tych informacji. Wykonawca zastrzegający określone informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa, jest zobowiązany wykazać wraz z przekazaniem tych informacji w postępowaniu, wypełnienie się przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Argumentacja Wykonawcy wskazana w odwołaniu w tym zakresie jest więc po pierwsze spóźniona, a po drugie Wykonawca nie może uzasadniać wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji - wysokością cen wskazaną w konkurencyjnych ofertach złożonych w postępowaniu. Wartość gospodarcza powinna mieć charakter obiektywny. Informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli

wpływają na działalność przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej. Sama różnica w cenie wskazanej w ofertach konkurencyjnych nie decyduje o wartości gospodarczej informacji.

Podobnie, przytaczanie przez Odwołującego jedynie ogólnikowych fragmentów maili, z których nie wynika w żaden sposób, kto był ich adresatem oraz nadawcą, także nie może być uznane za wykazanie wartości gospodarczej spornego wykazu. Wyraźnego podkreślenia wymaga także, że przedstawione fragmenty maili nie zawierają wskazania daty ich przesłania, ani otrzymania. Podanie godziny przesłania (lub też otrzymania), nie stanowi wskazania daty wysłania lub też otrzymania maila. Nie sposób zatem określić korelacji czasowej pomiędzy potencjalną próbą przejęcia pracowników Odwołującego, a toczącym się postępowaniem.

Zamawiający podnosił także, że nie można zgodzić się ze stwierdzeniem drugiej strony, że posiadanie przez Odwołującego świadectwa o bezpieczeństwie przemysłowym, stanowi wykazanie – niemalże *ipso iure* – charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonego wykazu. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że bezpieczeństwo przemysłowe to wszelkie działania związane z zapewnieniem ochrony informacji niejawnych udostępnianych przedsiębiorcy w związku z realizacją umowy związanej z dostępem do informacji niejawnych lub zadań wynikających z przepisów prawa. Przedmiotem bezpieczeństwa przemysłowego są informacje niejawne o różnych klauzulach, łącznie z systemem organizacyjno-technicznym ich ochrony. Natomiast podmiotami są przedsiębiorcy zamierzający uzyskać dostęp do informacji niejawnych w związku z realizacją umów lub zadań wynikających z przepisów prawa oraz jednostki organizacyjne zlecające ich wykonanie (jednostki zlecające). W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z dostępem do informacji niejawnych. Ponadto, trudno mówić o podjęciu przez Odwołującego stosownych środków zabezpieczających w odniesieniu od informacji, mających charakter powszechnie dostępny poprzez stosowne publikacje na stronie BIP poszczególnych Zamawiających lub też poprzez bazę orzeczeń ogłaszaną przez poszczególne sądy.

Jako nietrafione Zamawiający uznał powoływanie się przez Odwołującego na sygnatury prowadzonych spraw. W polskim systemie prawnym zasadą jest, że ogłoszenie wyroku odbywa się jawnie. Sądy, zarówno powszechne, jak też administracyjne, prowadzą zanonimizowaną bazę wyroków. Posiadanie sygnatury akt danej sprawy sądowej nie stanowi zatem naruszenia tajemnicy zawodowej.

Zamawiający podnosił także, że wskazanie przez Odwołującego doświadczenia osób mających realizować zamówienie, nie posiada charakteru unikatowego lub też wybitnie specjalistycznego. Nie sposób bowiem uznać, że ww. przesłanki mogą zostać przypisane doświadczeniu z zakresu zamówień publicznych oraz inwestycji drogowych świadczonych

w drodze doradztwa prawnego, w tym także zastępstwa procesowego przed sądami powszechnymi, administracyjnymi, arbitrażowymi oraz przed KIO.

Zamawiający wskazał, że przywoływany przez Odwołującego fragment wyjaśnień o „dobru publicznym,” stanowi uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 lutego 2017 r., KIO 102/17.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 14 września 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Prawna T. S. Radca Prawny w Warszawie [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 15 września 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 6 września 2021 r. oraz pismo Zamawiającego z dnia 8 września 2021 r. dotyczące zamiaru odtajnienia formularza 2.3 oraz wyjaśnień z dnia 6 września 2021 r. złożonych przez Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 października 2021 r.

Izba wzięła również pod uwagę i zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.: umowę zawartą z COI nr 117/DPC/21 oraz dowody złożone przez Zamawiającego, tj.: 1. ofertę Odwołującego złożoną w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział w Łodzi, 2. pismo Odwołującego z 4 lutego 2021 r. wraz z załącznikiem, 3. pisma GDDKiA Oddział w Łodzi z 1 i 12 lutego 2021 r. skierowane do Odwołującego, 4. ofertę Odwołującego złożoną w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział

w Krakowie oraz 5. pismo GDDKiA Oddział w Krakowie z 26 czerwca 2021 r. skierowane do Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wymaga skierowania do realizacji zamówienia co najmniej 3 osobowego zespołu składającego się z Lidera/Koordynatora oraz dwóch radców prawnych lub adwokatów. Doświadczenie tych osób oceniane ma być w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie personelu” o łącznej wadze 50%, w ramach którego wyróżniono 4 podkryteria:

- 1) D1 - „Doświadczenie w drogownictwie” (premiowane doświadczenie w zakresie świadczenia stałej obsługi prawnej na rzecz podmiotów, których zadaniem jest zarządzanie drogami publicznymi lub ich budowa lub nadzór i zarządzanie kontraktem dotyczącym inwestycji drogowej);
- 2) D2 - „Doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC” (premiowane doświadczenie w zakresie świadczenia stałej obsługi prawnej związanej z realizacją inwestycji liniowej o wartości co najmniej 50.000.000 PLN brutto każda, realizowanej w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC);
- 3) D3 - „Doświadczenie w występowaniu przed KIO” (premiowane doświadczenie w zakresie reprezentacji prawnej przed Krajową Izbą Odwoławczą, ponad wymaganą w warunkach udziału w postępowaniu);
- 4) D4 - „Doświadczenie w występowaniu przed Sądem powszechnym, administracyjnym lub w arbitrażu” (premiowane doświadczenie za każdą reprezentację prawną przed Sądem powszechnym lub w arbitrażu, ponad wymaganą w warunkach udziału w postępowaniu).

W celu pozyskania punktów w ramach ww. kryteriów, Wykonawcy zobowiązani byli złożyć Wykaz osób – formularz „Kryteria pozacenowe” (formularz 2.3), a w treści tego formularza uzupełnić szczegółowe dane dotyczące ocenianego doświadczenia, w tym określone daty nabywania doświadczenia, rodzaje, daty i przedmioty umów zawieranych przez klientów na rzecz których wspomniane osoby świadczyły pomoc prawną, sygnatury akt postępowania przed KIO lub Sądami powszechnymi.

Odwołujący złożył swoją ofertę w przedmiotowym postępowaniu, załączając do niej wykaz osób (formularz 2.3) podlegający ocenie w ramach kryteriów pozacenowych, który został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący złożył wraz z ofertą uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie doświadczenia osób wraz z trzema dowodami.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób, a treść odpowiedzi z dnia 6 września 2021 r.

referowała do zastrzeżonych informacji, tym samym Wykonawca, powołując się na wcześniej złożone zastrzeżenie, objął nim także treść tych wyjaśnień.

Pismem z dnia 8 września 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zamiarze odtajnienia całości informacji zawartych w wykazie osób i wyjaśnieniach z dnia 6 września 2021 r. przedstawiając uzasadnienie tej czynności.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez bezzasadne uznanie za nieskuteczne składanych wraz z wykazem osób (formularz 2.3) oraz wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 6 września 2021 r. zastrzeżeń informacji w nich zawartych jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego.

Izba wskazuje, iż art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa,

o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż Odwołujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk.

Tytułem wstępu Izba wskazuje, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące wykazu osób oraz wyjaśnień z dnia 6 września 2021 r. miało charakter ogólny, w dużej mierze sprowadzało się do przywołania definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz stanowiło polemikę z pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby ww. określenie nie nakładało na wykonawcę obowiązku przedstawienia dowodów, a jedynie zaprezentowania odpowiedniego uzasadnienia dla objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19 zapadłym w poprzednim stanie prawnym, ale zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”.

Następnie Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał jakie działania zostały podjęte celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z przepisu art. 11 ust. 2 uznk wynika, iż podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, przy zachowaniu należytej staranności, ma podjąć działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z ww. przepisu, jak i z treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika, iż wykonawca obowiązany jest wykazać zamawiającemu wszystkie stosowane środki gwarantujące poufność, ale takie, które stanowią realną gwarancję utrzymania danych informacji w poufności.

Odwołujący wykazując ww. przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dotyczącym doświadczenia personelu zawartego w formularzu 2.3 oraz wyjaśnieniach z dnia 6 września 2021 r. powołał się na posiadane poświadczenie bezpieczeństwa przemysłowego 3-ego stopnia oraz że osoba przygotowująca ofertę w niniejszym postępowaniu została zobligowana do zachowania pełnej poufności danych zawartych w ofercie, na dowód czego Wykonawca przedstawił stosowne oświadczenie.

Odnosząc się do powyższej przesłanki stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał, aby podjęte zostały konkretne działania względem osób i informacji ich dotyczących, w zakresie którym zostały utajnione, zmierzające do zachowania w poufności faktu współpracy z Odwołującym i rodzaju posiadanego przez nie doświadczenia. W szczególności nie zostało wykazane, aby personel wymieniony w formularzu 2.3 nie mógł powoływać się na posiadane doświadczenie zawodowe, jak również fakt współpracy z Odwołującym.

W kwestii przywołanego przez Odwołującego „na marginesie” posiadanego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego za Zamawiającym wskazać należy, że bezpieczeństwo przemysłowe to wszelkie działania związane z zapewnieniem ochrony informacji niejawnych udostępnianych przedsiębiorcy w związku z realizacją umowy związanej z dostępem do informacji niejawnych lub zadań wynikających z przepisów prawa. Przedmiotem bezpieczeństwa przemysłowego są informacje niejawne o różnych klauzulach, łącznie z systemem organizacyjno-technicznym ich ochrony. Natomiast podmiotami są przedsiębiorcy zamierzający uzyskać dostęp do informacji niejawnych w związku z realizacją umów lub zadań wynikających z przepisów prawa oraz jednostki organizacyjne zlecające ich wykonanie (jednostki zlecające). Ponadto jak wyjaśnił Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z dostępem do informacji niejawnych. W ocenie Izby Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa przemysłowego przekładało się na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w formularzu 2.3 oraz wyjaśnieniach z dnia 6 września 2021 r.

Dalej Izba wskazuje, że samo oświadczenie osoby składającej ofertę do zachowania w poufności danych skompilowanych w złożonej ofercie jest niewystarczające dla uznania wykazania omawianej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność, iż ww. osoba została zobowiązana do zachowania w poufności zastrzeżonych danych nie oznacza, że miarodajne działania zostały podjęte względem osób i informacji ich dotyczących zawartych w formularzu 2.3., gwarantujących zachowanie w poufności faktu współpracy z Odwołującym oraz posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia zawodowego.

Co więcej w zakresie omawianej przesłanki Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił, czy w jego przedsiębiorstwie obowiązują jakiegokolwiek regulacje mające na celu ochronę informacji wymagających zachowania poufności, ani nie złożył żadnych dowodów potwierdzających powyższe (poza oświadczeniem osoby sporządzającej ofertę w postępowaniu, które jednak w ocenie Izby nie jest wystarczające). Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności nie sposób uznać, że wskazane przez Odwołującego środki są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Następnie Izba wskazuje, iż prawidłowe było stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący w złożonym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał przesłanki dotyczącej wartości gospodarczej zastrzeżonych danych. Wskazać należy, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. 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 (tak KIO w wyroku z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16). Jednocześnie zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.

Jak wynika z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący zastrzegł dane dotyczące doświadczenia i personelu, którym dysponuje. Odwołujący stwierdził, że: *„O istotności tych informacji świadczy przede wszystkim fakt, że jako odpowiednio skompilowane na potrzeby wyłącznie niniejszego postępowania w charakterze zbioru stanowią one dane gospodarcze, umożliwiające Wykonawcy – ufamy skuteczne konkurowanie na rynku zamówień publicznych celem, którego jest uzyskanie niniejszego zamówienia oraz zapobieżenie inicjatyw konkurencji nakierowanej na próbę przejęcia Personelu do realizacji usługi na rzecz Państwa bądź innego podmiotu trzeciego (...) Treść omawianych informacji daje bowiem obraz aktywności gospodarczej Wykonawcy - polegającej na dysponowaniu Kadrą doświadczoną w wykonywaniu usług o specyficznym, a jednocześnie odpowiednio zbieżnym z przedmiotem zamówienia charakterze, oraz sposobie realizowania tych usług. Stanowisko o zasadności możliwości skutecznego zastrzeżenia dodatkowo zaczerpnięte zostało z ugruntowanej linii orzeczniczej KIO (...)”*. W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że: *„Ujawnienie tych informacji rodzi, podobne jak przy osobach, które Wykonawca zamierza skierować do wykonania zamówienia, ryzyko w postaci próby ich przejęcia – co nota bene, jak już wspomniano miało miejsce w stosunku do osób funkcjonujących w ramach Kancelarii i realizujących pomoc prawną na rzecz GDDKIA. Należy też podnieść, że powierzenie realizacji zamówienia konkretnym osobom stanowi swojego rodzaju optymalizację jego wykonania, nie tylko jeśli chodzi o koszty. Niewątpliwie powzięcie wiedzy o wspomnianej optymalizacji i jej przyczynach przez innych wykonawców mogłoby negatywnie wpłynąć możliwość uczciwego konkurowania z nimi przez Naszą Kancelarię.”*

W ocenie Izby lektura uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do wniosku, iż w zakresie przedmiotowej przesłanki Odwołujący w istocie poprzestał na stwierdzeniu, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą, co nie jest wystarczające dla jej wykazania. Wykonawca nie wskazał, jakie te informacje posiadają szczególne cechy, decydujące o ich wartości gospodarczej. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał również, by zastrzeżony zbiór informacji tworzył wymierną i trwałą wartość gospodarczą. Co więcej, sam Odwołujący w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przyznał, że zbiór informacji został odpowiednio skompilowany na potrzeby wyłącznie niniejszego postępowania. Nie zostało wykazane by konfiguracja tych danych stanowiła autorską metodę Odwołującego. Okoliczność, iż wykonawca dobiera do realizacji zamówienia personel spełniający wymogi Zamawiającego stawiane wszystkim potencjalnym wykonawcom zamówienia nie świadczy sama w sobie o unikatowym charakterze zastrzeżonego zbioru informacji. Wszak zauważyć należy, iż formularz 2.3 wymagał od wykonawców podania danych dotyczących długości doświadczenia zawodowego poszczególnych osób oraz rodzaju doświadczenia (doświadczenie w drogownictwie,

doświadczenie w kontraktach realizowanych wg FIDIC, doświadczenie w występowaniu przed KIO, doświadczenie w występowaniu przed Sądem powszechnym, administracyjnym lub w arbitrażu) stanowiąc niejako życiorys zawodowy osób w nim wskazanych w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Odnosząc się do załączonych dowodów wskazujących w ocenie Odwołującego, iż podmioty konkurencyjne podejmowały inicjatywę pozyskania pracowników Odwołującego w obszarze obsługi podmiotów działających w branży infrastrukturalnej stwierdzić należy, że na podstawie złożonych dowodów nie sposób ocenić, kto jest nadawcą i adresatem tychże wiadomości. Nie sposób ustalić również korelacji czasowej pomiędzy potencjalną próbą przejęcia pracowników Odwołującego, a toczącym się postępowaniem. Ponadto zauważyć należy, iż obawa Wykonawcy przed „podkupieniem” jego personelu przez konkurencyjne podmioty, nie może *per se* uzasadniać objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa i nie stanowi *a priori* o wartości gospodarczej zastrzeżonych danych. Skutecznymi środkami ochrony dla wykonawców przed utratą personelu mogą być przykładowo umowy o zakazie konkurencji, nie zaś zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie na potrzeby uzyskania danego zamówienia publicznego, po to aby uniemożliwić konkurencji zapoznanie z treścią oferty wykonawcy. Ponadto za niewiarygodne Izba uznała obawy Wykonawcy co do hipotetycznego przejęcia przez konkurencję części personelu wskazanego w formularzu 2.3.

Nie można również podzielić argumentacji Odwołującego jakoby wartość gospodarcza zastrzeżonych danych potwierdziła się wraz z otwarciem ofert. Słusznie stwierdził Zamawiający, że powoływanie się przez Odwołującego na fakt zajęcia pierwszego miejsca pośród oferentów pozostaje irrelevantny dla wykazania wartości gospodarczej tych informacji, a sama różnica w cenie wskazanej w ofertach konkurencyjnych nie decyduje o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Dostrzec należy, iż wywiedzionego przez Odwołującego wniosku nie można byłoby wyprowadzić, gdyby zaoferowana przez Wykonawcę cena nie była ceną najniższą w tym postępowaniu.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wyrażonego w odwołaniu, iż „(...) Wykonawca utajnił nie informacje o tym z jakimi podmiotami zawarł umowy na obsługę prawną, ale to jakie konkretnie czynności, w tym stanowiące tajemnicę radcy prawnego/adwokata, w ramach wspomnianej umowy wykonywały osoby skierowane do realizacji zamówienia” po pierwsze zauważyć należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęto cały formularz 2.3, w którym zawarto m.in. informacje o podmiotach na rzecz, których realizowane były poszczególne usługi. Po drugie, jak słusznie zauważył Zamawiający odwołujący się Wykonawca dokumentując doświadczenie zawodowe poszczególnych osób powołał się na usługi prawne świadczone na rzecz podmiotów publicznych. Zgodnie natomiast z art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, radca prawny jest

obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Analogiczna regulacja znajduje się w ustawie z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2020 r. poz. 1651). Jak z kolei wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 17 maja 2021 r. sygn. akt: II SAB/Kr 55/16: *„Przeszkody w udostępnieniu informacji publicznej nie może stanowić również tajemnica adwokacka uregulowana w art. 6 ustawy o adwokaturze, która stanowi, że adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej (...). Zasadnicze znaczenie ma prawidłowe ustalenie zakresu tajemnicy zawodowej, tj. oddzielenie informacji, które adwokat poufnie uzyskał w związku z udzielaniem porady prawnej, prowadzeniem sprawy, czy sporządzaniem opinii od innych którą taką ochroną nie są objęte. Umowy zawarte przez adv. M. W. z Gminą [...] z dnia 12 czerwca 2012 r., 14 stycznia 2013 r., 22 sierpnia 2013 r., 20 grudnia 2013 r., 26 listopada 2013 r., 2 stycznia 2014 r. nie zawierają treści o których adwokat dowiedział się udzielając pomocy prawnej. Samo wskazanie w umowie sprawy, w której adwokat będzie reprezentował podmiot publiczny nie można uznać za informację zastrzeżoną, skoro czynności w tym postępowaniu w imieniu mocodawcy będą podejmowane przez pełnomocnika jawnie”* (podobnie też WSA w Krakowie w wyroku z 17.05.2016 r., sygn. akt: II SAB/Kr 54/16). W świetle powyższego przedstawiony przez Odwołującego wykaz osób jako należący do sfery publicznej, nie spełnia ustawowych przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wyjaśnił szerzej dlaczego w jego ocenie zastrzeżony wykaz osób wraz z wyjaśnieniami posiada specyficzny charakter. Innymi słowy nie zostało szerzej omówione przez Odwołującego, w czym Wykonawca upatruje specyfikę usług świadczonych przez osoby podane w wykazie, co też miałyby przekładać się na unikatowe doświadczenie i kompetencje tych osób. Nie jest też w ocenie Izby autorskim i unikatowym działaniem wykonawcy polegające na dokonaniu doboru odpowiedniego personelu spełniającego określone przez Zamawiającego wymogi z uwzględnieniem absencji urlopowych, czy zdarzeń losowych. Powyższe stanowi standardowe działanie każdego profesjonalnego wykonawcy zainteresowanego danym zamówieniem publicznym, przy realizacji którego angażowany jest potencjał ludzki.

Wskazać również należy, że doświadczenie personelu objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostało nabyte przez ten personel, przy realizacji inwestycji na rzecz podmiotów publicznych. Z kolei umowy o zamówienia publiczne są jawne. Ponadto, sam Wykonawca na stronie internetowej kancelarii wskazuje podmioty, dla których świadczył pomoc prawną (m.in. są tam podmioty, których nazwy zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). Dodatkowo można też znaleźć dane dotyczące części personelu zespołu Wykonawcy, a część danych została również ujawniona w drodze decyzji innych Oddziałów

Zamawiającego w przedmiocie odtajnienia zastrzeżonych dokumentów. Jakkolwiek zgodzić należy się z Odwołującym, iż skompilowany w złożonej ofercie zbiór danych nie jest informacją powszechnie znaną czy też łatwo dostępną, to jednak jak już podniesiono powyżej, nie zostało przez Odwołującego wykazane, że zestawienie określonych informacji stanowi względnie trwały walor Wykonawcy dający się wykorzystać więcej niż raz oraz że podjęto adekwatne środki mające gwarantować poufność tak zastrzeżonego zbioru danych.

Stanowiska Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie zmienił złożony przez Odwołującego dowód stanowiący umowę zawartą z COI nr 117/DPC/21, który potwierdzał jedynie, że inny zamawiający w innym postępowaniu nie odtajnił wykazu osób złożonego przez Odwołującego, wobec czego wykaz ten nie stanowił jawnego załącznika do umowy. Powyższa okoliczność w żadnej mierze nie podważa prawidłowości oceny dokonanej przez Odwołującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył zarzucanych przez Odwołującego przepisów prawa, tj. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, przez uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa formularza 2.3. wraz z wyjaśnieniami z dnia 6 września 2021 r., co do których nie wykazano, aby stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: