

Sygn. akt KIO/KU 5/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 lutego 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 15 stycznia 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna
Centralna Jednostka Inwestycyjna
ul. Warszawska 165
05-520 Konstancin-Jeziorna

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej UZP/DKZP/WKZ4/420/310(14)/19/SD z dnia 8 stycznia 2020 r., w przedmiocie zamówienia publicznego:

Rozbudowa stacji 400/110 kV Pasikurówice
w związku z wprowadzeniem linii 400 kV i wymianą transformatora 400/110 kV

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Członkowie: Katarzyna Odrzywolska
Anna Packo

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie, dalej „Zamawiający”, przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843 z późn. zm.; dalej „ustawa Pzp” albo „Prawo zamówień publicznych”), z uwzględnieniem procedury, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, postępowanie pn. *Rozbudowa stacji 400/110 kV Pasikurówice w związku z wprowadzeniem linii 400 kV i wymianą transformatora 400/110 kV*. Postępowanie zostało wszczęte 3 kwietnia 2019 r. Wartość zamówienia oszacowano na kwotę 259 053 500,00 zł, co stanowiło równowartość 60 081 522,37 euro, gdzie wartość zamówienia w ramach kontrolowanego postępowania wyniosła 57 878 000,00 zł, co stanowiło równowartość 13 423 475,70 euro.

W tymże postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej „Prezes UZP”, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią, w wyniku której w „Informacji o wyniku kontroli” z 23 grudnia 2019 r. stwierdził naruszenie art. 8 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 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 2019 r. poz. 1010), zwaną dalej ustawą „Znk”, poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia o treści zgodnej ze wzorem nr 3 do Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), złożonego przez wykonawcę konsorcjum firm: Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A., dalej „wykonawca”.

Prezes UZP ustalił i stwierdził, co następuje:

Z analizy dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż wykonawca wraz z ofertą przedłożył m.in. dokument pn. „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” o treści zgodnej ze wzorem nr 3 do JEDZ, który w ocenie Zamawiającego został skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z treści ww. dokumentu wynika, iż wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami wskazanymi na stanowisko Projektanta branży elektrycznej, Projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej, Kierownika robót budowlanych, Kierownika grupy rozruchowej oraz Prawnika powołał się na zasoby podmiotów trzecich.

W uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wykonawca wskazał, iż: „(...) Ponieważ niniejsze postępowanie ma charakter specyficzny, wymagający zaangażowania osób o określonych specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu, które są poszukiwane przez wykonawców na rynku, informacje

na temat osób będących w dyspozycji Wykonawcy przedstawiają szczególną wartość gospodarczą dla Wykonawcy, ale i każdej innej osoby działającej na tym samym rynku. Ewentualne działania zmierzające do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez Wykonawcę mogą utrudnić lub uniemożliwić realizację zamówienia przez Wykonawcę oraz podważyć pozycję Wykonawcy na rynku w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia. (...) Zastrzeżone przez Wykonawcę informacje mają charakter organizacyjny w rozumieniu UNZK, co do których Wykonawca podjął działania niezbędne do zachowania ich w poufności. Wykonawca pragnie oświadczyć, iż w celu zachowania poufności danych i informacji zawartych w Wykazie osób, skierowanych przez Wykonawcę (Załącznik nr 3 do JEDZ) do realizacji zamówienia podjął on odpowiednie działania zarówno o charakterze organizacyjnym, technicznym i prawnym.

Wśród działań o charakterze technicznym należy wskazać w szczególności wdrożony u Wykonawcy informatyczny systemy zabezpieczeń danych i informacji zawartych w Wykazie osób, skierowanych przez Wykonawcę (...) Valard Polska Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Badawczo Wdrożeniowe OLMEX S.A. i podmiotów trzecich. Dostęp do tych danych i informacji, przechowywanych na serwerach Wykonawcy, ograniczają względem nieupoważnionych osób trzecich zastosowane zabezpieczenia tychże serwerów będących w fizycznym posiadaniu Wykonawcy i przez niego zabezpieczanych, serwisowanych i aktualizowanych. Wykonawca zabezpiecza przedmiotowe dane również w sposób fizyczny, ograniczając dostęp do tych pomieszczeń Wykonawcy, w których przechowywane są przedmiotowe dane i informacje jako hard-copies. Dostęp do danych zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa mają jedynie ściśle upoważnione osoby (zarząd, pełnomocnicy przygotowujący ofertę), którzy są zobowiązani do nieudostępniania tych informacji innym osobom – także wewnątrz spółki. Nie ulega więc wątpliwości, że dane zawarte w Wykazie osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia Valard Polska Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Badawczo Wdrożeniowe OLMEX S.A., podmiotów trzecich stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Valard Polska Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Badawczo Wdrożeniowe OLMEX S.A., ponieważ nie są znane nieupoważnionym przez Wykonawcę osobom, stanowią informacje organizacyjne i handlowe Wykonawcy oraz posiadają wymierną wartość gospodarczą, tak dla Wykonawcy, jak i innych podmiotów zainteresowanych uzyskaniem takich informacji. (...) Odtajnienie tych dokumentów i ujawnienie ich konkurentom Wykonawcy pozwalałoby tym konkurentom na zidentyfikowanie podmiotów trzecich współpracujących z Wykonawcą oraz udostępniane przez nich na rzecz Wykonawcy zasoby i tym samym wejście w posiadanie informacji o zasobach, którymi Valard Polska Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Badawczo Wdrożeniowe OLMEX S.A., nie dysponuje bezpośrednio. (...)

Pismem z 6.12.2019 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający odtajnił ww. informacje zastrzeżone

przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przypadku odpowiedzi przeczącej, poproszono o wyjaśnienie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał za zasadne zastrzeżenie ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z 13.12.2019 r. Zamawiający wyjaśnił, iż „Wykonawca konsorcjum firm: Valard Polska Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Badawcze Wdrożeniowe OLMEX S.A. skutecznie zastrzegł na Platformie jedynie Załącznik nr 3 do JEDZ –Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. Zamawiający postawił bardzo konkretne, specyficzne wymagania w odniesieniu do personelu mogącego realizować zamówienie. Na rynku przedmiotowych robót budowlanych ograniczony jest krąg osób, który posiada wymagane przez Zamawiającego umiejętności, doświadczenie oraz uprawnienia. Zjawisko przejmowania pracowników jest powszechnie znane, co dostrzega również Krajowa Izba Odwoławcza (np. wyrok z dnia 14.10.2014 r sygn. akt KIO 1977/14). Wykonawca wykazał, iż informacje o osobach skierowanych do realizacji zamówienia mają realną wartość gospodarczą dla Wykonawcy o charakterze organizacyjnym. Wykonawca podjął również działania o charakterze organizacyjnym, technicznym i prawnym w celu zachowania w poufności tych informacji, które to działania zostały szczegółowo opisane w piśmie Wykonawcy pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa”. Zamawiający uznał, iż Wykonawca (...) skutecznie zastrzegł Załącznik nr 3 do JEDZ Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia.”

Jednocześnie zamawiający poinformował, iż 13.12.2019 r. zwrócił się do ww. wykonawcy z prośbą o wyrażenie zgody na odtajnienie ww. wykazu osób. Pismem z 18.12.2019 r. wykonawca poinformował, że nie wyraża zgody na odtajnienie ww. części ani pozostałych części oferty zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Prezes UZP podniósł, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż zarówno zastrzeżenie poufności, jak i wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą nastąpić w tej samej chwili, tj. nie później niż w terminie składania ofert w przetargu nieograniczonym, jak również, iż dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednoczesne wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, przedłożonego przez wykonawcę, prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim materiałów potwierdzających, że zastrzeżonemu dokumentowi powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto tak sporządzone uzasadnienie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem. Wykonawca wywiódł, iż informacje o kwalifikacjach, doświadczeniu i potencjale kadrowym osób wskazanych do pełnienia określonych funkcji mają znaczenie gospodarcze. Argumentował, iż ewentualne działania zmierzające do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia mogą utrudnić lub uniemożliwić realizację zamówienia przez wykonawcę, co w konsekwencji może podważyć jego pozycję na rynku. Ponadto wykonawca oświadczył, iż wdrożył informatyczny system zabezpieczeń danych i informacji zawartych w wykazie osób, a dostęp do tych danych mają jedynie ściśle uprawnione osoby.

W ocenie Prezesa Urzędu wykonawca w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, iż zastrzegane informacje mają dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Dostrzeżenia wymaga, że w wykazie osób wykonawcy zobowiązani byli ujawnić ograniczoną ilość informacji, tj. imię i nazwisko kilku osób, opis fragmentu ich doświadczenia zawodowego, podstawy dysponowania przez wykonawcę daną osobą, kwalifikacje (wykształcenie, uprawnienia budowlane) i proponowane stanowisko na kontrakcie. W szczególności w analizowanej sprawie istotnym było, że należało ujawniać nie całe doświadczenie zawodowe kandydata, ale opis jego doświadczenia w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje wykonawca. Zakres ten był więc bardzo ograniczony. Argumentacja wykonawcy odnośnie wartości gospodarczej ww. informacji okazała się bardzo ogólna. Jak wynikało z powyższego, wykonawca powoływał się jedynie lakonicznie na obawę „podkupienia” personelu o specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu. Nie wskazano natomiast, czy i jak, jeżeli tak, to kiedy, wykonawca zetknął się z praktyką podkupywania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też Zamawiającemu żadnego dowodu. Nie zostało również wykazane, aby wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. W szczególności nie wiadomo, ile osób z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez Zamawiającego jest dostępnych na rynku.

Ponadto w okolicznościach niniejszej sprawy istotne jest, to, iż jawne pozostały zobowiązania, dokumenty JEDZ podmiotów trzecich oraz informacje zawarte w części II pkt 7

formularza oferty, wskazujące na nazwy firm podwykonawców, z którymi współpracuje ww. wykonawca. Podkreślić należy, iż informacja o podmiotach trzecich, które udostępniły wykonawcy swój potencjał kadrowy, jest powszechna na rynku w danej branży, o czym świadczy fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu także wykonawca ELTEL Networks Energetyka S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o.o. powołali się na zasoby kadrowe ww. podmiotów trzecich. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż informacje na temat nazwisk autorów projektów budowlanych, czy nazwisk kierowników robót oraz kierowników budowy pozostają jawne ze względu na przepisy prawa budowlanego. Odnosząc się natomiast wprost do argumentu wykonawcy w zakresie obawy przed „podkupieniem” osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, należy wskazać, iż w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm.

Mając na uwadze powyższe Prezes UZP stwierdził, że w postępowaniu Zamawiający nie odtajniając dokumentu pn. „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” (wzór nr 3 do JEDZ), złożonego przez wykonawcę, dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk. Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i 15 stycznia 2020 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

Wnosząc zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” Zamawiający podniósł, iż „Zastrzeżenia te są zdaniem Zamawiającego niesłuszne i jednocześnie nie wywierają wpływu na wynik postępowania. (...) Należy zauważyć, że wiedzę o personelu przedsiębiorstwa, jego strukturze i kwalifikacjach, zasadach zatrudniania należy zaliczyć do informacji organizacyjnych. Oznacza to, że mogą one być objęte klauzulą poufności. Przepisy o tajemnicy przedsiębiorstwa stosuje się także do osoby, która świadczyła pracę na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego. (...) Powyższa argumentacja została szeroko przedstawiona i omówiona w obszernym uzasadnieniu zastrzeżeniu informacji przez Wykonawcę (12 stron), a zatem nie sposób przyjąć, że wykonawca przedstawił jedynie ogólne lakoniczne uzasadnienie utajnienia tych informacji. W uzasadnieniu wyników kontroli wskazano, że Wykonawca nie wykazał, czy i jak, a jeżeli tak to kiedy wykonawca zetknął się z praktyką podkupywania osób i jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też Zamawiającemu żadnego dowodu. Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić, albowiem działania Wykonawcy mają charakter prewencyjny (profilaktyczny) i nie musi dojść do takiego przypadku, aby powstało uzasadnienie w postaci wystąpienia takiego zjawiska dla skutecznego zastrzeżenia

wykazu pracowników jako tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) Warunkiem uznania informacji o zatrudnionych osobach za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wykazanie próby podkupienia pracowników. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO do art. 8 ust. 3 PZP informacje dotyczące danych personalnych mają co do zasady charakter organizacyjny i podlegają utajnieniu, jako wpływające na pozycję wykonawcy na rynku. (...) Biorąc jednak pod uwagę treść Wzoru nr 3 do JEDZ brak było podstaw do odtajnienia tylko części wykazu, albowiem szczegółowe informacje dotyczące wskazanego w tabelach doświadczenia zawodowego w realizacji poszczególnych zadań inwestycyjnych pozwalałyby na ustalenie personaliów osób, które je realizowały, a tym samym de facto doszłoby do odtajnienia tych informacji. Nie można również zgodzić się, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania dla oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotna jest jawność pozostałych zobowiązań, dokumentów JEDZ podmiotów trzecich oraz informacji zawartych w pkt II pkt 7 Formularza oferty, wskazujących na nazwy firm podwykonawców, z którymi współpracuje Konsorcjum, a także na udostępnione zasoby kadrowe. Ujawnienie przez pozostałych wykonawców treści zobowiązań podmiotów trzecich wraz z wykazami osób nie stanowi automatycznie o tym, że informacja o osobach z których miałyby korzystać Konsorcjum stanowi informację powszechnie znaną, nawet wtedy gdy są to te same osoby. Taka sytuacja miałaby miejsce, gdyby to Konsorcjum ujawniło taką informację np. poprzez zamieszczenie jej na swojej stronie internetowej. Jeżeli wykaz osób nie był jawny dla pozostałych Wykonawców, to mogli oni jedynie przypuszczać jaka jest treść na podstawie wykazów innych wykonawców złożonych w tym postępowaniu. Takie przypuszczenie pozostaje jednak tylko w sferze domysłów i nie oznacza, że informacje o zasobach kadrowych z których zamierzało korzystać Konsorcjum są powszechnie znane. W badanym równolegle w ramach kontroli uprzedniej postępowaniu pn.: „Rozbudowa stacji 400/220/110 kV Mikułowa dla wyprowadzenia linii 400 kW”, sygn. UZP: KU/147/19/DKZP ten sam Wykonawca Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo Wdrożeniowe Olmex S.A. (partner) zastrzegł w swojej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa analogiczny wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, o treści zgodnej ze Wzorem nr 3 do JEDZ, a w wyniku kontroli nie stwierdzono żadnego naruszenia ustawy Pzp. Odmienne traktowanie Wykonawców przez Zamawiającego w identycznym stanie faktycznym godziłoby w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp. Z tych względów w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp i wnosimy o zweryfikowanie zasadności stwierdzonego naruszenia z uwzględnieniem wniesionych zastrzeżeń.”

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszenia wskazanego w „Informacji o wyniku kontroli” nie zasługuje na uwzględnienie.

Prezes UZP podnosił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jest jawne. Zasada jawności przejawia się w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania. Tym samym jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem funkcjonowania systemu zamówień publicznych, dlatego też tylko w sytuacjach zupełnie wyjątkowych, tj. wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek istnieje możliwość ograniczenia zasady jawności. Odstępstwa od tej podstawowej zasady należy interpretować ściśle i ograniczać do sytuacji, kiedy potrzeba ochrony indywidualnego interesu wykonawcy doznaje prymatu nad umożliwieniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu realizacji zasady jawności w postaci prawa do zapoznania się z zawartością ofert. Tym samym uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Analiza treści uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia przedłożonego przez wykonawcę prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim argumentów potwierdzających, że zastrzeżonemu dokumentowi powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma wartość gospodarczą, kwestia ta musi zostać wykazana oraz winno być wykazane – nie zaś ogólnie opisane, że ta informacja przedstawia pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wykonawca w złożonym uzasadnieniu ograniczył się do ogólnikowych twierdzeń.

W świetle powyższego nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż warunkiem uznania informacji o zatrudnionych osobach za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wykazanie próby podkupienia pracowników, a działania wykonawcy mają jedynie charakter

prewencyjny (profilaktyczny). Należy bowiem zauważyć, iż ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzega.

Tym samym argument podniesiony przez wykonawcę, dotyczący ryzyka związanego z ujawnieniem informacji na temat imion i nazwisk, opisu fragmentu doświadczenia, podstawy dysponowania oraz obawy przed „podkupieniem” osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, bez jego wykazania nie jest wystarczający dla stwierdzenia, że informacja o potencjale kadrowym stanowi wartość gospodarczą. W ocenie Prezesa UZP nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa takich informacji, jak imię i nazwisko, kwalifikacje i doświadczenie konkretnych specjalistów wskazanych w wykazie osób wykonawcy. Informacje te bowiem nie stanowią wyłącznej wiedzy wykonawcy, który sporządził wykaz, zatem nie można uznać, iż nie zostały ujawnione do wiadomości innych osób lub podmiotów skoro same osoby mogą dowolnie informować o posiadanym przez siebie doświadczeniu oraz podmioty, które udostępniły swój potencjał kadrowy wykonawcy, swobodnie dysponując informacjami na temat doświadczenia udostępnionych przez siebie osób, o czym świadczy fakt, iż w postępowaniu także wykonawcy ELTEL Networks Energetyka S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o.o. powołali się na zasoby kadrowe tych samych podmiotów trzecich. Dlatego też w ocenie Prezesa UZP fakt, że w zastrzeżonym wykazie osób zamieszczone są informacje o nazwie inwestycji, w trakcie której dany specjalista nabył doświadczenie zawodowe, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem dysponentem powyższej informacji nie jest wyłącznie wykonawca, który sporządził wykaz osób na potrzeby danego postępowania, ale także dany ekspert oraz firma, z którą współpracuje. Tym samym w prawie każdej dziedzinie gospodarki poszukiwani są wysokiej klasy eksperci, a w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych specjalistów, poprzez na przykład zawarcie umów na wyłączność z tymi osobami, czy wprowadzenie w ramach zawieranych umów postanowień dotyczących zakazu konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzia do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe.

Nie sposób również podzielić stanowiska Zamawiającego, iż możliwość zastrzeżenia informacji o personelu przedsiębiorstwa została szeroko przedstawiona i omówiona w obszernym uzasadnieniu zastrzeżenia informacji przez wykonawcę (12 stron), a zatem nie sposób przyjąć, że wykonawca przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne uzasadnienie utajnienia tych informacji. Wykonawca w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżenia wykazu osób (strona 2-6 uzasadnienia) opiera się głównie na wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, a nie na faktycznej argumentacji, dotyczącej wykazania, iż wykaz kadry może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe w ocenie Prezesa UZP nie czyni zadość wymogom dotyczących skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Zamawiającego, iż w kontroli uprzedniej innego postępowania (KU/147/19) w zakresie analogicznego zastrzeżenia wykazu osób przez wykonawcę Prezes UZP nie stwierdził naruszenia przepisów ustawy, tym samym powyższe, w ocenie Zamawiającego, prowadzi do odmiennego traktowania wykonawców przez Zamawiającego w identycznym stanie faktycznym, co godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców, wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, co następuje.

Prezes UZP bada postępowanie o udzielenie zamówienia pod kątem legalności udzielenia zamówienia na podstawie dokumentów postępowania. Tym samym Prezes UZP posiada kompetencje kontrolne w zakresie oceny, czy podjęte przez zamawiającego w toku postępowania czynności są zgodne z przepisami ustawy Pzp. W ramach kontroli przedmiotowego postępowania Prezes UZP stwierdził, iż naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk miało wyłącznie charakter formalny, zatem nie zostały sformułowane zalecenia pokontrolne, mające na celu dokonanie odtajnienia zastrzeżonego wykazu osób w ramach przedmiotowej procedury. Podkreślić należy, iż czynności kontrolne prowadzone przez Prezesa Urzędu służą poprawie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, w szczególności winny mieć wymiar edukacyjny dla uczestników rynku zamówień publicznych, tj. zamawiających i wykonawców. Tym samym obowiązkiem Prezesa UZP jest zwrócenie uwagi Zamawiającego na powstałe naruszenie choćby ze względu na to, by w przyszłych postępowaniach Zamawiający tego typu uchybień mógł uniknąć.

Mając powyższe na uwadze nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż w niniejszym postępowaniu doszłoby do naruszenia zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odmierne traktowanie wykonawców w identycznym stanie faktycznym, bowiem nie zostały sformułowane zalecenia pokontrolne wskazujące na konieczność odtajnienia w ramach przedmiotowego postępowania ww. wykazu osób. Jednakże uznanie przez Zamawiającego analogicznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy jako skutecznego w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby prowadzić do naruszenia, obok zasady jawności postępowania, także zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji.

Reasumując, Prezes UZP podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 23 grudnia 2019 r. W konsekwencji zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie
zważyła i ustaliła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan prawny i faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Skład orzekający w całości zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia o treści zgodnej ze wzorem nr 3 do JEDZ, złożonego przez wykonawcę konsorcjum firm: Valard Polska Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A., które to naruszenie nie wpłynęło na wynik postępowania.

W uzupełnieniu tej argumentacji warto podkreślić, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Przypadki te nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni prawa *exceptiones non sunt extentandae*. Zasada jawności zaś jest jednym z podstawowych narzędzi do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem jego przejrzystości, jak i wymogami uczciwej konkurencji, a więc podstawowych założeń instytucji zamówień publicznych, wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednym z podstawowych wyjątków od zasady jawności jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oznacza to, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Izba nie może z urzędu doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca jest zobowiązany wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.).

Izba w pełni podziela także stanowisko prezentowane w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) gdzie wskazano, m.in.: *„Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”* Tym samym nie można zgodzić się z dostrzeganą m.in. w praktyce orzeczniczej Izby skłonnością wykonawców, a niekiedy też zamawiających, do nadmiernie „liberalnego” traktowania przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących objęcie przedstawianych przez wykonawców informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca nie przedstawił żadnych stosownych dowodów, które umożliwiłyby przyznanie ochrony informacjom zastrzeżonym.

Nie wykazał także, dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatruje. Obawy wykonawcy co do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez wykonawcę to za mało. Tak jak głoślowe stwierdzenie, że wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób.

W ocenie Izby wykonawca nie udowodnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak słusznie zauważył Prezes UZP, wyjaśnienia zawierają jedynie ogólnikowe twierdzenia, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu, ponadto opierają się głównie na wyrokach KIO i sądów, a nie na faktycznej argumentacji, dotyczącej wykazania, iż wykaz kadry może stanowić tajemnicę prawnie chronioną.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. że:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Nie wystarczy więc jedynie formalne spełnienie powyższych trzech przesłanek – z dokonanego zastrzeżenia musi jednoznacznie wynikać wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie składu orzekającego nie ma znaczenia, czy treść uzasadnienia zastrzeżenia jest obszerna, ale czy jest przekonująca. Jak też – na ile jej obszerność przekłada się na wartość merytoryczną. Ponadto, wykonawca nie wykazał, że zastrzegane informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą – dla niego, jak i ogólną – i powinny przez to pozostać niejawne. W niniejszej sprawie treść zastrzeżenia przez wykonawcę, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie uzasadniała konieczności zachowania w poufności informacji tamże zawartych.

Reasumując, w ocenie Izby, dokonanie zastrzeżenia należy uznać za nadużycie przez wykonawcę instytucji mającej charakter wyjątku od zasady. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był ujawnić zastrzeżony dokument, a zaniechanie w tym zakresie było naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....