

Warszawa, dnia 24.09.2020 r.

KU/120/20/DKZP

### Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

#### 1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

<b>Zamawiający:</b>	Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104 90-926 Łódź
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia :</b>	Zadanie 6 „Budowa instalacji do usuwania azotu”
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
<b>Data wszczęcia postępowania:</b>	31.12.2019 r.
<b>Numer ogłoszenia o zamówieniu:</b>	2019/S 251-621510
<b>Wartość zamówienia:</b>	102.500.000,00 zł (tj. 23.793.608,08 euro) – całkowita wartość projektu; 72.409.000,00 zł (tj. 16.793.608,09 euro) – całkowita wartość zamówienia, w tym wartość kontrolowanej części nr 2/zadania 6 – 15.593.000,00 zł (tj. 3.616.438,99 euro)

**Środki UE:** Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko  
na lata 2014 – 2020

**Rodzaj procedury:** zamówienie klasyczne

## **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza:

1) Naruszenie art. 8 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 2019 r., poz. 1010 ze zm.), dalej jako: „ustawa Znk”, poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie oraz zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w:

a) jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, dalej jako: „JEDZ”,

b) oświadczeniach, o których mowa w § 5 pkt 5 i 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako „rozporządzenie”, - w zakresie niezbędnym do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, nazwy (firmy) oraz danych adresowych podmiotu, na zasoby którego powoływał się wykonawca Budimex S.A. na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp (XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX), oraz zaniechanie ich ujawnienia;

2) Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie dokumentu, który nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

### **UZASADNIENIE**

1)

a) Z analizy dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż wykonawca Budimex S.A., wraz z ofertą złożył m.in. oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 2 ustawy Pzp stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. JEDZ dotyczący podmiotu, na zasoby którego powoływał się ww. wykonawca, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp (XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX). Jednocześnie wykonawca Budimex S.A. zastrzegł informacje zawarte w powyższym oświadczeniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu z dnia 24 marca 2020 r. dotyczącym zastrzeżenia



w przedłożonych ww. dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazując, cyt.: „(...) zamawiający (...) na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) wzywa do złożenia wyjaśnień dokonanego zastrzeżenia zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa (...), tj. w zakresie:

- jednolitych europejskich dokumentów zamówienia w zakresie podmiotu trzeciego

- zobowiązań do użyczenia zasobów

oraz innych dokumentów o ile będą wymagane również w stosunku do tych podmiotów. (...) załączone do oferty uzasadnienie jest mało konkretne i sprowadza się do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa (...) oraz wyroków KIO”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca BUDIMEX S.A., w dniu 17 kwietnia 2020 r., udzielił wymaganych wyjaśnień oraz przedłożył dowody w celu wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W niniejszym piśmie wykonawca Budimex S.A. podnosił m.in., cyt.: „Charakter organizacyjny oraz wartość gospodarcza informacji. Wykonawca wskazuje, że w stosunku do danych dotyczących zasobów podmiotów trzecich w tym w szczególności udostępnionej kadry oraz posiadanego doświadczenia podmiotów, zawartych w zobowiązaniach do użyczenia zasobów, powyższe przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione łącznie. Informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem mają charakter organizacyjny, jak również posiadają określoną wartość gospodarczą dla wykonawcy, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Na wstępie podkreślamy, że zastrzeżenie danych i informacji umożliwiających identyfikację osób, z którymi wykonawca współpracuje, i przy pomocy których zamierza wykonywać zamówienie czy wykazuje spełnianie warunków zamówienia, jest generalnie możliwe, co znajduje potwierdzenie w dziesiątkach wyroków Izby i sądów okręgowych.

Oświadczamy, że zastrzegane informacje mają dla wykonawcy wartość gospodarczą, bowiem dotyczą m.in. posiadanego przez podmioty doświadczenia oraz kluczowych osób z punktu widzenia realizacji umowy a ich ujawnienie np. w przypadku ujawnienia tożsamości personelu (poprzez udostępnienie imienia i nazwiska oraz informacji o posiadanym przez nich doświadczeniu) mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami i utrudnić w przyszłości pozyskanie zasobu przez wykonawcę w kolejnych zamówieniach. Wobec specyficznych wymagań dotyczących referencji oraz wymaganej kadry w przedmiotowym postępowaniu, ilość dostępnych na rynku podmiotów z odpowiednim doświadczeniem oraz personelu z odpowiednim wykształceniem i doświadczeniem, może być niewystarczająca. Niewątpliwie wiedza o specjalistach którzy spełniają określone wymagania nie jest powszechnie na rynku dostępna. W tej sytuacji, tego typu personel, uwzględniając wrażliwość i innowacyjność projektów, na których pozyskiwane są wymagane przez zamawiającego kwalifikacje, jest niezwykle cennym dla przedsiębiorstwa

zasobem. Informacja o posiadanym doświadczeniu podmiotów oraz osobach, z którymi wykonawca zamierza współpracować przy realizacji zamówienia i o ich doświadczeniu jest więc dla konkurentów bardzo cennym „pakietem informacji”. Pozwala bowiem z jednej strony w łatwy sposób ustalić, jakie podmioty i osoby „dostępne” na rynku spełniają wymogi zamawiającego, z drugiej podjęć działania zmierzające do tego, by te podmioty lub osoby nawiązały współpracę z konkurencyjną firmą zamiast wykonawcy (proces „podkupienia”).

Podkreślić należy, że wykonawca chcąc startować w przedmiotowym postępowaniu jak również w innych postępowaniach z tej branży, musiał przeprowadzić szczegółową analizę rynku - ustalić jakie firmy posiadają wymagane doświadczenie oraz jacy eksperci są dostępni na rynku, nawiązać współpracę z konkretnym specjalistą z danej dziedziny, co poprzedzone jest wnikliwą analizą uprawnień i kompetencji, w tym posiadanego doświadczenia (co jest procesem czasochłonnym i kosztowym bowiem dane o poszczególnych projektach, w których uczestniczył dany członek personelu nie są publicznie dostępne). Tak powstała finalnie „baza danych” wykonawcy charakteryzuje się znaczącą wartością gospodarczą i zapewnia przewagę konkurencyjną temu wykonawcy na rynku. To pakiet „gotowych” informacji o ekspertach działających na rynku oraz o ich wiedzy i doświadczeniu.

Podanie zastrzeganych informacji do publicznej wiadomości mogłoby skutkować tym, iż konkurenci wykonawcy mogliby nawiązać współpracę z tymi samymi podmiotami, co zniwelowałoby tę budowaną przewagę wykonawcy. Pozwoliłoby też oszczędzić konkurencji znacznych kosztów i czasu związanych z wyszukiwaniem podmiotów oraz ekspertów i weryfikowaniem ich przydatności dla danego postępowania.

Zachowanie informacji w poufności. Podjęte przez wykonawcę środki.

Wykonawca wskazuje, iż współpraca z podmiotami, które użyczają nam potencjału wiąże się z koniecznością zawarcia stosownych porozumień lub umów z których wynika m.in. obustronny obowiązek zachowywania w tajemnicy przekazywanych informacji. W załączeniu przedkładamy (w części niejawnej) oświadczenie podmiotu, który użycza nam potencjału, na podstawie którego zostaliśmy zobowiązani do zachowywania w tajemnicy udostępnionych informacji. Wykonawca oświadcza, iż podjął kroki zabezpieczające zachowanie zastrzeganych informacji w poufności między innymi poprzez ograniczenie liczby pracowników wykonawcy mających dostęp do tych danych (mowa tu o ograniczeniach organizacyjnych związanych z przepływem danych polegających m.in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp.), którzy dodatkowo zostali zobowiązani stosownymi umowami do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Procedury wdrożone przez wykonawcę, dotyczące bezpieczeństwa informacji, w tym zabezpieczenia poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w sposób szczegółowy opisane zostały w Deklaracji Stosowania

*Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityce Bezpieczeństwa Informacji, stanowiących (w części niejawniej) załączniki do niniejszego pisma. (...)*”.

**b)** Ponadto, wykonawca Budimex S.A., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 22 maja 2020 r., przedłożył m.in. oświadczenia i dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczące podmiotu, na zasobach którego polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp (XX), w tym m.in. oświadczenia, o których mowa w § 5 pkt 5 i 6 rozporządzenia. Wykonawca Budimex S.A. zastrzegł informacje zawarte w powyższych oświadczeniach, jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując m.in., cyt.: *„Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji wyraża się przede wszystkim w gotowym zbiorze informacji, na temat struktury organizacyjnej, wiarygodności, rzetelności i międzynarodowego charakteru podmiotów trzecich, z którymi wykonawca nawiązał współpracę i która ma być początkiem długoterminowego partnerstwa przedsiębiorstw. W orzecznictwie nie budzi przy tym wątpliwości możliwość zastrzeżenia informacji dotyczących kontrahentów wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa. (...). Podkreślić przy tym należy, że przed nawiązaniem współpracy z kontrahentami wykonawca przeprowadza długotrwałą i czasochłonną analizę każdego podmiotu tak, aby mieć gwarancję, że podmiot ten jest zdolny do wspólnej realizacji określonego zadania i daje rękojmię rzetelnej i stabilnej współpracy stron. Nawiązanie współpracy przez partnerów gospodarczych wiąże się także z wielomiesięcznymi negocjacjami, angażującymi czas i środki po stronie współpracujących stron. Z tego właśnie względu ujawnienie gotowych informacji na temat kontrahentów wykonawcy może stanowić cenną informację dla konkurentów wykonawcy, którzy mogą próbować, wykorzystując uzyskane informacje na temat tych podmiotów, nawiązać z nimi współpracę, co w oczywisty sposób zagraża interesowi wykonawcy, który dzięki swoim kompetencjom w zakresie doboru kontrahentów mógł złożyć najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu.*

*Co więcej, w ramach współpracy z podmiotami trzecimi, na podstawie oświadczeń, stanowiących (w części niejawniej) załączniki do niniejszego pisma, wykonawca został zobowiązany do zachowania przekazywanych informacji i dokumentów w poufności. Zwracamy uwagę, iż w przypadku naruszenia obowiązku wynikającego z zobowiązań wykonawcy wobec podmiotów trzecich, wykonawca poniesie wymierne szkody, a współpraca stron w przyszłości będzie zagrożona.*

*Z tego też względu wykonawca jest uprawniony i wręcz zobowiązany do podjęcia działań mających na celu nieujawnienie przedmiotowych informacji, które nie są łatwo dostępne dla osób trzecich. (...). Wykonawca nieprzerwanie podejmuje szereg działań mających na celu zapewnienie zarówno fizycznej, jak i prawnej ochrony danych o swoich klientach i kontrahentach, które ze względu na swoją wartość gospodarczą, dostępne są jedynie dla ograniczonego kręgu osób - pracowników*

wykonawcy, obejmujących wyłącznie osoby odpowiedzialne za przygotowanie danej oferty - Zespół ds. przygotowania ofert w Budimex S.A. (lista osób w załączeniu - w części niejawnej).

Co więcej, w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji wykonawca podejmuje szereg dodatkowych działań, obejmujących zarówno ich fizyczną ochronę, jak i szereg instrumentów prawnych, do których należy między innymi:

- kontrola dostępu do informacji — tylko upoważnione osoby mają dostęp do bazy danych zawierającej informacje o szczegółach danej umowy bądź przygotowywanej oferty,
- zabezpieczony system informatyczny, w tym baza danych obejmująca szczegóły poszczególnych ofert i kontraktów wykonawcy - tylko upoważnione osoby mają dostęp do bazy danych,
- informowanie pracowników i osób współpracujących o potrzebie ochrony informacji, którzy dodatkowo zostali zobowiązani stosownymi umowami do zachowania tychże informacji w tajemnicy,
- wdrożenie wewnętrznych procedur ochrony informacji w tym: wprowadzenie stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczenie hasłami danych zapisywanych na serwerze, procedury wdrożone przez wykonawcę, dotyczące bezpieczeństwa informacji, co w szczegółowy sposób zostało opisane w przyjętej u wykonawcy Deklaracji Stosowania Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityce Bezpieczeństwa Informacji, stanowiących (w części niejawnej) załączniki do niniejszego pisma. (...).

Mając na uwadze wskazane wyjaśnienia i dołączone do niniejszego pisma dokumenty, uznać należy, że zastrzeżenie przez wykonawcę wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa było zasadne i skuteczne.

Niezależnie jednak od powyższego wykonawca zwraca uwagę, że w dołączonych do niniejszego pisma dokumentach znajduje się szereg informacji stanowiących dane osobowe, które wymagają szczególnej ochrony ze strony zamawiającego, co wynika zarówno z przepisów ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, jak i przepisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), dalej jako „RODO”.

W toku prowadzonej kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismami z dnia 19 sierpnia 2020 r. oraz 7 września 2020 r. zwrócił się do zamawiającego o szczegółowe uzasadnienie uznania za skuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, m.in. informacji zawartych w dokumentach, o których mowa w § 5 pkt 5, 6 rozporządzenia, potwierdzających brak podstaw wykluczenia podmiotu, na zasoby którego powoływał się wykonawca Budimex S.A., na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp (XX) oraz

jednolitym europejskim dokumencie zamówienia dotyczącym ww. podmiotu. Poproszono o udzielenie powyższych wyjaśnień w kontekście art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 ze zm.), dalej jako: „ustawa Znk”, (tj. wyjaśnienie, czy ww. wykonawca wykazał występowanie wszystkich przesłanek pozwalających na objęcie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa) mając na uwadze, iż firma ww. podmiotu oraz, że dane adresowe ww. podmiotu (XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX) dostępne są na jego stronie internetowej <https://XXXXXXXXXXXXX/>.

Zamawiający w piśmie z dnia 26 sierpnia 2020 r., udzielił wyjaśnień wskazując m.in., cyt.: „W uzasadnieniu uznania jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach podmiotu udostępniającego wykonawcy Budimex S.A. swoje zasoby, tj.: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX wyjaśniamy odnośnie:

a) dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego:

Uzasadnienie wykonawcy Budimex S.A. zawarte zostało w piśmie z dnia 22.05.2020 r.

Zamawiający po analizie popartej stanowiskiem Inspektora Ochrony Danych w Urzędzie Miasta Łodzi z dnia 04.06.2020 r. w dniu 05.06.2020 r. poinformował wykonawcę, że:

„Dokumenty podmiotów trzecich potwierdzające brak podstaw do wykluczenia nie będą udostępniane przez zamawiającego innym podmiotom, które wystąpią o wgląd do ich zawartości, z zastrzeżeniem art. 8 ust. 5 ustawy Pzp.

Udostępnienie ww. danych może nastąpić jedynie na rzecz podmiotów, którym przysługuje prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej, które mają interes do wniesienia środków ochrony prawnej (zgodnie z art. 179 ustawy Pzp) i wyłącznie do upływu terminu na ich wniesienie”. (...).

W ocenie zamawiającego wykonawca Budimex S.A. udowodnił, że dokumenty dot. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przedkładając oświadczenia podmiotu XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX o zachowanie w poufności Informacji zawartych w ww. dokumentach, deklarację stosowania bezpieczeństwa informacji oraz politykę bezpieczeństwa informacji wykonawca Budimex S.A. wykazał, że dokumenty te

1. mają charakter organizacyjny i posiadają wartość gospodarczą,
2. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Tym samym zamawiający biorąc pod uwagę złożone wyjaśnienia wykonawcy Budimex S.A. oraz przedłożone dokumenty uznał za wystarczające, że dokumenty podmiotu XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co zostało dodatkowo ujęte w oświadczeniu ww. podmiotu,



w którym podmiot wyraził wolę o utajnieniu przedmiotowych dokumentów i zobowiązał do zachowania poufności faktu współpracy z nim”.

Ponadto, w piśmie z dnia 10 września 2020 r., zamawiający wskazywał, cyt.: „W piśmie z dnia 22.05.2020 r. wykonawca Budimex S.A. oświadczył, iż zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w dołączonych do pisma przewodniego dokumentach dotyczących podmiotu trzeciego, przedkładanych w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania. (...).

Wykonawca przedstawił wystarczające argumenty na poparcie prawidłowości utajnienia danych w swoich wyjaśnieniach.

Wykonawca podkreślił, że przed nawiązaniem współpracy z kontrahentami przeprowadza długotrwałą i czasochłonną analizę każdego podmiotu tak, aby mieć gwarancję, że podmiot ten jest zdolny do wspólnej realizacji określonego zadania i daje rękojmię rzetelnej i stabilnej współpracy stron. Nawiązanie współpracy przez partnerów gospodarczych wiąże się także z wielomiesięcznymi negocjacjami, angażującymi czas i środki po stronie współpracujących stron. Z tego właśnie względu ujawnienie gotowych informacji na temat kontrahentów wykonawcy może stanowić cenną informację dla konkurentów wykonawcy, którzy mogą próbować, wykorzystując uzyskane informacje na temat tych podmiotów, nawiązać z nimi współpracę, co w oczywisty sposób zagraża interesowi wykonawcy, który dzięki swoim kompetencjom w zakresie doboru kontrahentów mógł złożyć najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

W ramach współpracy z podmiotami trzecimi, na podstawie oświadczeń, stanowiących (w części niejawną) załączniki do pisma wykonawcy, został on zobowiązany do zachowania przekazywanych informacji i dokumentów w poufności. (...).

Z tego też względu wykonawca jest uprawniony i wręcz zobowiązany do podjęcia działań mających na celu nieujawnienie przedmiotowych informacji, które nie są łatwo dostępne dla osób trzecich.

W piśmie z dnia 22.05.2020 r. wykonawca Budimex S.A. zaznaczył, iż nieprzerwanie podejmuje szereg działań mających na celu zapewnienie zarówno fizycznej, jak i prawnej ochrony danych o swoich klientach i kontrahentach, które ze względu na swoją wartość gospodarczą, dostępne są jedynie dla ograniczonego kręgu osób (...).

W celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji wykonawca podejmuje szereg dodatkowych działań, obejmujących zarówno ich fizyczną ochronę, jak i szereg instrumentów prawnych, do których należy między innymi:

- kontrola dostępu do informacji - tylko upoważnione osoby mają dostęp do bazy danych zawierającej informacje o szczegółach danej umowy bądź przygotowywanej oferty,

- zabezpieczony system informatyczny, w tym baza danych obejmująca szczegóły poszczególnych ofert i kontraktów wykonawcy - tylko upoważnione osoby mają dostęp do bazy danych,
- informowanie pracowników i osób współpracujących o potrzebie ochrony informacji, którzy dodatkowo zostali zobowiązani stosownymi umowami do zachowania tychże informacji w tajemnicy,
- wdrożenie wewnętrznych procedur ochrony informacji w tym: wprowadzenie stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, procedury wdrożone przez wykonawcę, dotyczące bezpieczeństwa informacji, co w szczególności zostało opisane w przyjętej u wykonawcy Deklaracji Stosowania Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityce Bezpieczeństwa Informacji, stanowiących (w części niejawniej) załączniki do wyjaśnienia wykonawcy.

Potwierdzeniem stosowania najwyższych procedur bezpieczeństwa informacji w ramach spółki jest fakt posiadania przez wykonawcę Certyfikatu ISO/IEC 27001:2013.

Tak więc wykonawca podjął wszelkie czynności w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności.

Dodatkowo zamawiający dokonał rozeznania poprzez strony internetowe, które potwierdziło, że informacje objęte klauzulą tajemności nie są łatwo dostępne dla innych osób.

Z punktu widzenia interesów przedsiębiorcy istotny może być bowiem sam fakt utrzymania określonych wiadomości w tajemnicy. W tym przypadku chodzi nie tyle o to, aby konkurenci nie dysponowali określoną informacją, lecz o to, aby nie było im wiadomo, że ich rywal jest w jej posiadaniu” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 13/20, LEX nr 2876342).

Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji wyraża się przede wszystkim w gotowym zbiorze informacji, na temat struktury organizacyjnej, wiarygodności, rzetelności i międzynarodowego charakteru podmiotów trzecich, z którymi wykonawca nawiązał współpracę i która ma być początkiem długoterminowego partnerstwa przedsiębiorstw. W orzecznictwie nie budzi przy tym wątpliwości możliwość zastrzeżenia informacji dotyczących kontrahentów wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa. (...).

Mając na uwadze wskazane w piśmie z dnia 22.05.2020 r. przez wykonawcę wyjaśnienia i dołączone do jego pisma dokumenty, w tym oświadczenia o zachowaniu poufności danych podmiotu, na zasoby którego powołuję się wykonawca Budimex S.A., zamawiający uznał, że zastrzeżenie przez wykonawcę wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne i skuteczne.

W uzasadnieniu uznania za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji zawartych w zobowiązaniu podmiotu trzeciego tj.: XX do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w zakresie

zdolności technicznej dotyczącym wiedzy i doświadczenia oraz w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (JEDZ), zamawiający wyjaśnia jak poniżej:

Zamawiający oparł swoje stanowisko na wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę Budimex S.A. jak również na przyjętej linii orzeczniczej (...).

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajności informacji zamieszczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dołączonym do oferty wykonawca Budimex S.A. zawarł informację, iż zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, który zobowiązał się udostępnić wykonawcy swój potencjał (zasoby) na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż zawierają one dane o podmiotach, z którymi współpracował, bądź współpracuje wykonawca a także dane o zrealizowanych przez te podmioty zamówieniach. Dane o takim charakterze mają wartość gospodarczą, bowiem pozyskanie przez konkurentów wiedzy o wcześniejszym i obecnych partnerach biznesowych i zakresie prowadzonych przez nich zleceń pozwala konkurencji na nawiązanie współpracy z tymi samymi podmiotami. Stanowią one istotną informację o zakresie działalności, potencjale i doświadczeniu podmiotu. Informacje te niewątpliwie przedstawiają wartość dla wykonawcy, którą ma on prawo chronić przez zastrzeżenie ich poufności. Należy zwrócić uwagę, że Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 czerwca 2006 r. (sygn. akt: V Ca 440/06) potwierdził, że dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej, w tym zawarte z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy (stanowiące jego plany, strategię oraz sposób współpracy) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Także KIO w wyroku z dnia 5 czerwca 2013 r. (sygn.: KIO 1186/13) stwierdziła, że umowy z podmiotami prywatnymi nie mają przymiotu jawności i żaden przepis prawa nie obliguje stron takiego stosunku do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy, oraz że częstą praktyką przy zawieraniu umów z podmiotami prywatnymi jest zastrzeżenie przez strony tych umów poufności wszelkich informacji w nich zawartych. Tego typu informacje są informacjami handlowymi posiadającymi wartość gospodarczą i jako takie mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku.

Wobec informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawca podjął działania niezbędne w celu zachowania ich poufności. Przedmiotowe informacje te są znane jedynie ściśle ograniczonej grupie osób tj. wybranym pracownikom wykonawcy, bezpośrednio zaangażowanym w przygotowanie dokumentów do oferty, którzy są zobowiązani do przestrzegania wewnętrznych przepisów oraz procedur dotyczących zachowania poufności dokumentów i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje dotyczące oferty gromadzone są w taki sposób, że nie jest możliwy dostęp do nich przez osoby nieupoważnione. W siedzibie wykonawcy funkcjonują systemy uniemożliwiające dostęp do tych informacji osobom nieupoważnionym (system monitoringu, przepustek itp.).

*Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że utajnienie przez wykonawcę informacji znajdujących się w wyżej wymienionych dokumentach oferty ma na celu wyłącznie ochronę interesów i w całości obejmuje informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.*

*Po złożeniu oferty, w której wykonawca Budimex S.A. jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł ww. dokumenty, zamawiający wystąpił o dodatkowe wyjaśnienia pismem z dnia 08.04.2020 r. W odpowiedzi z dnia 17.04.2020 r. wykonawca Budimex S.A. w uzupełnieniu argumentacji złożonej wraz z ofertą w dniu 01.04.2020 r., złożył dodatkowe wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w stosunku do następujących dokumentów:*

- jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w zakresie podmiotu trzeciego,*
- zobowiązania do użyczenia zasobów.*

*Zdaniem zamawiającego wykonawca wskazał, że łącznie wystąpiły przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie ze wskazanym 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. Na mocy art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.*

*Wykonawca wskazał, że w stosunku do danych dotyczących zasobów podmiotów trzecich w tym w szczególności udostępnionej kadry oraz posiadanego doświadczenia podmiotów, zawartych w zobowiązaniach do użyczenia zasobów, powyższe przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione łącznie. Informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem mają charakter organizacyjny, jak również posiadają określoną wartość gospodarczą dla wykonawcy, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

*Podanie w formularzu oferty nazwy proponowanej technologii czy danych adresowych podmiotu trzeciego XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX nie powoduje, iż inni wykonawcy już poprzez zaznajomienie się z jawną ofertą wykonawcy Budimex S.A. mają wystarczającą wiedzę na temat kontaktów handlowych pomiędzy przedsiębiorcami, co mogłoby wpływać na podejmowanie próby nawiązania kontaktu z personelem tego podmiotu.*

*Realizacja niniejszego zamówienia publicznego z uwagi na jego specyfikę wiąże się z potrzebą zabezpieczenia do jego wykonania osób, które posiadają unikatowe kwalifikacje i doświadczenie, tak więc wiedza o tych osobach w odniesieniu do innych wykonawców może powodować, iż wykonawcy mogą podjąć próbę podkupienia tych osób.*

*Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

*Jednocześnie ze złożeniem wyjaśnień, wykonawca Budimex S.A. wykazał zamawiającemu, że zastrzeżenie przedmiotowych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest zasadne w świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnienia wykonawcy były poparte dowodami, co w przedmiotowym postępowaniu zostało uczynione.*

*Zdaniem zamawiającego informacje dotyczące podmiotu trzeciego tj. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX zastrzeżone w:*

- dokumentach, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 (dotyczy podmiotu zbiorowego) i pkt 2 lit. b, § 5 pkt 5, 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów; jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), potwierdzających brak podstaw wykluczenia podmiotu, na zasoby którego powoływał się wykonawca,*
- zobowiązaniu podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w zakresie zdolności technicznej dotyczącym wiedzy i doświadczenia,*
- jednolitym europejskim dokumencie zamówienia,*

*wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż spełniają łącznie wszystkie trzy wymienione powyżej przesłanki.*

*Dokumenty te zawierają informacje techniczne, technologiczne, bądź też organizacyjne, które stanowią wynik wieloletnich doświadczeń wykonawcy, jego know-how zdobytego w związku z prowadzoną działalnością oraz kontaktami handlowymi z innymi podmiotami. Zastrzeżone informacje przedstawiają autorskie rozwiązanie opracowane przez wykonawcę. Niezależnie od technicznego, technologicznego bądź też organizacyjnego charakteru, zastrzeżone informacje posiadają dla wykonawcy wysoką wartość gospodarczą, która pozwala konkurować na rynku z innymi podmiotami, o podobnym profilu działalności. Są to informacje będące przedmiotem istotnego zainteresowania tych podmiotów (konkurentów), a ich ujawnienie wyrządzi wykonawcy szkodę, zmniejszając jego konkurencyjność w ubieganiu się o udzielenie podobnych zamówień*

w przyszłości, czy też pozbawiając go kluczowych partnerów biznesowych (podwykonawców), którzy mogliby zostać przejęci przez konkurentów wykonawcy.

Załączniki nr 1-3 do pisma z dnia 17.04.2020 r. wykonawcy Budimex S.A. tj. Oświadczenie podmiotu, Deklaracja Stosowania Bezpieczeństwa Informacji, Polityka Bezpieczeństwa Informacji oraz oświadczenie z dnia 22.05.2020 r. dotyczące osób biorących udział w przygotowaniu oferty, posiadających dostęp do informacji poufnych związanych z postępowaniem, dotyczą polityki bezpieczeństwa wykonawcy Budimex S.A. Zostały one zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Według oceny zamawiającego można je uznać za dokumenty utajnione.

Po analizie otrzymanego w dniu 17.04.2020 r. dodatkowego uzasadnienia zastrzeżonej w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa, w ocenie zamawiającego wykonawca Budimex S.A. udowodnił, że dokumenty dot. podmiotu XX stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe zamawiający uznał, iż:

1. zastrzeżone przez wykonawcę Budimex S.A. informacje są istotne dla przedsiębiorcy i stanowią dla niego wartość gospodarczą;
2. wykonawca wykazał czynności, które podjął w celu ochrony tych informacji;
3. zastrzeżone informacje nie są nieujawnione do wiadomości publicznej i znane ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem”.

Mając na uwadze stan faktyczny przedmiotowej sprawy ustalono, jak poniżej, tj.:

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zasada jawności postępowania jest jedną z naczelných zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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. Jednocześnie w myśl art. 11 ust. 2 ustawy Znk, 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.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów określonych w ww. punktach 1.a). (JEDZ) oraz 1.b). (oświadczenia, o których mowa w § 5 pkt 5 i 6 rozporządzenia), dotyczących podmiotu, na zasoby którego powoływał się wykonawca Budimex S.A., na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp (XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX) prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nim materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa w całości. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ww. dokumentów. Wykonawca wskazywał przede wszystkim na charakter organizacyjny oraz wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji oraz podnosił, iż zawierają one dane o podmiotach, z którymi współpracował, bądź współpracuje wykonawca, a pozyskanie przez konkurentów wiedzy o wcześniejszym i obecnych partnerach biznesowych i zakresie prowadzonych przez nich zleceń pozwala konkurencji na nawiązanie współpracy z tymi samymi podmiotami. Argumentował, iż przedmiotowe informacje znane są jedynie ściśle ograniczonej grupie osób bezpośrednio zaangażowanym w przygotowanie dokumentów do oferty. Wykonawca Budimex S.A. wskazał również m.in. na wdrożenie wewnętrznych procedur ochrony informacji oraz zabezpieczony system informatyczny. Ponadto podnosił, iż w ramach współpracy z podmiotami udostępniającymi zasoby, na podstawie oświadczeń, został zobowiązany do zachowania przekazywanych informacji i dokumentów w poufności. Jednocześnie ww. wykonawca nie wykazał, w jaki sposób informacje zawarte w dokumencie JEDZ oraz dokumentach, o których mowa w § 5 pkt 5 i 6 rozporządzenia, potwierdzające brak podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby (XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX), stanowią dla niego wartość gospodarczą, czy organizacyjną.

Zgodnie z art. 59 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, jednolity europejski dokument zamówienia obejmuje formalne oświadczenie wykonawcy stwierdzające, że odpowiednia podstawa wykluczenia nie ma zastosowania lub że odpowiednie kryterium kwalifikacji jest spełnione, a także zawiera istotne informacje wymagane przez instytucję zamawiającą. Ponadto JEDZ sporządza się na podstawie standardowego formularza, a informacje w nim zawarte, potwierdzające brak podstaw wykluczenia mają co do zasady charakter ogólnikowy. Fakt zawarcia w tym dokumencie informacji zawierających dane podlegające ochronie na podstawie przepisów o ochronie danych osobowych, nie może skutkować prawem do żądania utajnienia całego dokumentu. Wykonawca może jedynie wskazać, które konkretnie wymienione w tym dokumencie informacje powinny być chronione. Podobnie treść oświadczeń, o których mowa w § 5 pkt 5 i 6 rozporządzenia składanych

na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 i pkt 22 ustawy Pzp, co do zasady, wynika z zapisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia i odpowiada jedynie wymogom określonym w ww. przepisach. Powyższe informacje nie posiadają więc charakteru organizacyjnego ani wartości gospodarczej dla wykonawcy. Dodatkowo, zauważyć należy, iż fakt współpracy z podmiotem udostępniającym zasoby (XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX) wynika wprost z punktu 4.11.2. oferty, w którym podana została nazwa (firma) ww. podmiotu, natomiast dane adresowe dostępne są na jego stronie internetowej <https://XXXXXXXXXXXX/>. Tym samym nie można uznać, iż ww. informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Budimex S.A. nie wykazał, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, iż zastrzeżone informacje zawarte w dokumencie JEDZ oraz oświadczeniach, o których mowa w § 5 pkt 5 i 6 rozporządzenia, w zakresie niezbędnym do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, nazwy (firmy) oraz danych adresowych podmiotu, na zasoby którego powoływał się wykonawca Budimex S.A. na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp (XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX), stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy Znk. Uznanie natomiast za skuteczne zastrzeżenie ww. informacji oraz zaniechanie ich ujawnienia stanowiło naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy Znk.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

## 2)

Zamawiający w rozdziale 11 punkcie 11.7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „siwz”, zapisał, cyt.: *„Pełnomocnictwo – jeżeli dotyczy – musi zostać załączone do oferty w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przypadku pełnomocnictwa złożonego w innym języku niż język polski winno być ono złożone wraz z przysięgłym tłumaczeniem na język polski”*.

W myśl art. 9 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Ponadto zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do żądania przedstawienia oświadczeń lub dokumentów przetłumaczonych na język polski przez tłumacza przysięgłego, gdyż uprawnienie takie nie wynika z przepisów ustawy Pzp, aktów



wykonawczych wydanych na podstawie ww. ustawy oraz innych przepisów prawa. Z uwagi, iż na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie wprowadzono obowiązku przedłożenia oświadczeń lub dokumentów sporządzonych w języku obcym wraz z ich tłumaczeniem na język polski sporządzonym przez tłumacza przysięgłego, to działanie zamawiającego określające wymóg bardziej rygorystyczny dotyczący złożenia pełnomocnictwa wraz z tłumaczeniem na język polski sporządzonym przez tłumacza przysięgłego stanowiło naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 171a ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.