



## **POSTĘPOWANIE KWALIFIKACYJNE DLA KANDYDATÓW NA CZŁONKÓW KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**2023 r.**

### **PRACA PISEMNA**

Zamawiający – Gmina K. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („Pzp”) na „*świadczenie obsługi prawnej dla Urzędu Miasta K.*”. Wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w 2023 r. pod numerem 2023/BZP.

W dniu 11 kwietnia 2023 r. (wtorek po poniedziałku wielkanocnym) Odwołujący A. G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego A.G, wniósł odwołanie od zaniechania udostępnienia Odwołującemu załączonej do oferty „Koncepcji organizacji obsługi prawnej” firmy Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska, jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie z dnia 3 kwietnia 2023 r. Zamawiający wskazał, że ta koncepcja została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa i odmówił jej udostępnienia. Nadto, Zamawiający stwierdził, że Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska wykazała wszystkie przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”). Zamawiający w tym samym piśmie udostępnił także uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym uzasadnieniu co do podjęcia działania w celu zachowania ich poufności stwierdził, że Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska stosuje metody ograniczające dostęp do informacji zawartych w koncepcji, natomiast nie przedstawił w tym zakresie jakiegokolwiek dowodu.

W tym dniu kopia odwołania została przekazana do Zamawiającego przez złożenie w kancelarii Zamawiającego.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wysokości 15 000 złotych. Do odwołania dołączono dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. Do odwołania dołączono dowód uiszczenia wpisu od odwołania we wskazanej wysokości.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uuznk oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieodtajnienie w toku postępowania całości „Koncepcji organizacji obsługi prawnej” złożonej w ofercie Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, mimo iż Konsorcjum nie wykazało w żaden sposób, iż informacje te w tym przypadku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności dowodów, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności, a ich zastrzeżenie zostało dokonane tylko w celu utrudnienia kontroli poprawności oceny oferty przez wykonawców konkurencyjnych.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że analiza decyzji Zamawiającego odnośnie nieodtajniania „Koncepcji organizacji obsługi prawnej” złożonej przez Wykonawcę prowadzi do stwierdzenia, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił skuteczność zastrzeżenia tego, czym naruszył przepisy art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uuznk oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Oceniając treść uzasadnienia zastrzeżenia Koncepcji organizacji obsługi prawnej jako tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził, że Wykonawca w sposób nieuprawniony dokonał zastrzeżenia tego dokumentu. Wykonawca bowiem w uzasadnieniu swojego uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tylko i wyłącznie wskazał, że stosuje metody ograniczające dostęp do informacji objętych treścią zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentu, natomiast nie przedstawił w tym zakresie jakiegokolwiek dowodu, który potwierdzałby skuteczność ochrony informacji.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie swojego odwołania i odtajnienie „Koncepcji organizacji obsługi prawnej” złożonej w ofercie Kancelarii Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska oraz udostępnienie Odwołującemu. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych oraz o zasądzenie kosztów pełnomocnika.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej, a przedstawił swoje stanowisko na rozprawie, gdzie wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 7 kwietnia 2023 r. na wezwanie z 4 kwietnia 2023 r. do przedmiotowego postępowania odwoławczego Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez osoby umocowane zgodnie

z załączonym dokumentem rejestrowym. Wskazano obszernie na interes w przystąpieniu po stronie Zamawiającego i przekazano kopie przystąpienia w dniu 7 kwietnia 2023 r.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. odbyła się rozprawa w trakcie której Przystępujący złożył pismo procesowe wraz z załącznikami. W jego ramach przedstawił dodatkowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i dowody w stosunku do zastrzeżonych informacji, tzn. jakie podjął działania w celu zachowania ich poufności m.in. Oświadczenia o zachowaniu poufności oraz Regulamin - „Polityka bezpieczeństwa informacji”.

Odwolujący podtrzymał dotychczasową argumentację i przedłożył fakturę VAT z tytułu zastępstwa procesowego na kwotę 3.760,00 zł.

Proszę sporządzić projekt orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wraz z uzasadnieniem.

## ROZWIĄZANIE KAZUSU

### 1. Kwestie proceduralne:

Skład jednoosobowy — postępowanie poniżej progów unijnych

Termin na wniesienie odwołania — 5 dni od dnia poinformowania o zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu załączonej do oferty „Koncepcji organizacji obsługi prawnej” firmy Kancelarii Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska. Przy czym z uwagi na to, że 5 dzień przypada w sobotę (art. 509 ust. 2 Pzp), jak i z uwagi na to, że 10 kwietnia 2023 r. jest dniem ustawowo wolnym od pracy, termin odwołania został dotrzymany, gdyż uległ przesunięciu na 11 kwietnia 2023 r.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – jest skuteczne.

Rozliczenie kosztów postępowania:

Wpis za wysoki:

Prawidłowy wpis to 7.500,00 zł. (usługa społeczna, zastosowanie ma § 2 ust. 3 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)/).

Nadwyżkę zwrócić Odwołującemu.

Zaliczyć w poczet kosztów 7.500,00 zł i zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 7.500,00 zł plus 3.600,00 zł. /koszty zastępstwa procesowego do kwoty wynikającej z § 5 pkt 2 lit. b 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)/.

### 2. Kwestie materialne:

Zarzut - jest zasadny.

W pierwszej kolejności z przywołanego w zarzucie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp 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. 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”.

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. W konsekwencji Przystępujący nie mógł de facto uzupełnić uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach pisma procesowego złożonego na rozprawie co do zastrzeżonych informacji, tzn. podjętego działania w celu zachowania ich poufności poprzez załączone dowody m.in. Oświadczenia o zachowaniu poufności oraz Regulamin - „Polityka bezpieczeństwa 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.