

Sygn. akt KIO/KU 30/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 23 czerwca 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** przez zamawiającego:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o. Al. Józefa Piłsudskiego 15, 20-407 Lublin

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak **KU/72/20/DKZP** w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych objętych kontraktem I/1b „Przebudowa Oczyszczalni Ścieków Hajdów — przebudowa osadników wtórnych i pozostałe działania poprawiające pracę oczyszczalni”

Krajowa Izba Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Justyna Tomkowska

Agnieszka Trojanowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o. Al. Józefa Piłsudskiego 15, 20-407 Lublin

do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych **zasługują na uwzględnienie** w zakresie naruszenia art. 8 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2019 r. poz.1843) w związku z art.11 ust.2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz.U. 2019r. poz.1010 zm. Dz.U 2019r. poz.1649)

UZASADNIENIE

do uchwały z dnia 23 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO/KU 30/20

Kontrola uprzednia prowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dalej **Prezes UZP** o numerze kontroli: KU/72/20/DKZP.

Przedmiotem kontroli jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzi Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o. Al. Piłsudskiego 15, 20-407 Lublin dalej **Zamawiający**.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych objętych kontraktem I/1b „Przebudowa Oczyszczalni Ścieków Hajdów — przebudowa osadników wtórnych i pozostałe działania poprawiające pracę oczyszczalni”.

Trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przetarg nieograniczony w procedurze art. 24aa ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2019 r. poz.1843) dalej ustawa Pzp.

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 28.11.2019 roku.

Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej poz. 2019/S 230-565057

Wartość zamówienia: łączna wartość: 91.447.150,33 zł (21.209.070,74 euro),

wartość przedmiotowego postępowania: 20.160.530,55 zł (4.675.773,02 euro)

środki Unii Europejskiej: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020

Rodzaj procedury: zamówienie sektorowe

Z Informacji Prezesa UZP wynika stwierdzenie naruszeń:

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 UZP na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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 (Dz.U. z 2019 r., poz. 1010), dalej ustawą Znk, przez uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentu pn.: Załącznik nr 10 — „Doświadczenie ekspertów” oraz JEDZ w części zawierającej dane osobowe Ekspertów nr 1 — 7 zaproponowanych do realizacji zamówienia, złożonego przez wykonawcę Instal Kraków S.A.

W uzasadnieniu Informacji Prezesa UZP

Z analizy dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż wykonawca Instal Kraków S.A. dalej **Wykonawca**, zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa następujące informacje:

- Załącznik nr 10 — „Doświadczenie ekspertów” zawierający dane osobowe Eksperta 2 - Kierownika Zespołu (Projektanta branży sanitarnej) oraz Eksperta 4 — Projektanta branży elektrycznej: nazwy oczyszczalni lub nazwy kontraktów, przepustowości oczyszczalni, wartości robót / kontraktów, okresy realizacji oraz nazwy podmiotów na rzecz których usługi były wykonywane;

- JEDZ w części zawierającej dane osobowe Ekspertów nr 1 — 7: nazwy oczyszczalni lub nazwy kontraktów, przepustowości oczyszczalni, wartości robót / kontraktów, okresy realizacji, numery uprawnień budowlanych oraz nazwy podmiotów na rzecz których usługi były wykonywane wraz dokumentami związanymi zawodowo z personelem (np. uprawnienia budowlane, zaświadczenia z izb branżowych).

Zamawiający uznał zastrzeżenie jako zasadne. W odpowiedzi na prośbę wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. o udostępnienie treści oferty wykonawcy Instal Kraków S.A. Zamawiający nie udostępnił treści załącznika nr 10 i niejawniej części JEDZ, która obejmowała (Część IV: Kryteria kwalifikacji sekcja C: ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA I ZAWODOWA) dane dotyczące Ekspertów nr 1 - 7. część jawna JEDZ w części dotyczącej personelu zawierała jedynie informację „Informacje zawarte w tej części JEDZ dotyczące personelu kluczowego tj. Ekspertów od 1 do 7 stanowią Tajemnicę Przedsiębiorstwa i zostały podane w części niejawniej JEDZ w dokumencie o nazwie: Plik 2 JEDZ Wykonawcy - część niejawna”.

W uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wykonawca wskazał, iż: „(...) Informacje zawarte w Plik 1 i Plik 2 oraz związane z nimi dokumenty np. kserokopie uprawnień budowlanych, zaświadczeń z branżowych izb winny mieć charakter niejawny, gdyż firmy konkurencyjne z uwagi na wysoko wyspecjalizowany rynek osób posiadających branżową wiedzę z zakresu zarządzania i realizacji, projektowania specjalistycznych zadań / inwestycji sektora gospodarki wodno-ściekowej, a w szczególności oczyszczalni ścieków w przypadku ujawnienia szczegółów dotyczących zatrudnionego personelu, mogą podjąć próbę przejęcia specjalistów zatrudnionych bądź współpracujących z naszą Spółką. (...) Ponadto, podnosimy jeszcze jeden istotny aspekt mający znaczenie gospodarcze, jak również konkretną wartość pozwalającą na zwiększenie szansy pozyskania danego zamówienia z uwagi na fakt, iż doświadczenie dwóch osób Zespołu Projektowego tj. Eksperta 2 i Eksperta 4 stanowi poza cenowe kryterium oceny ofert. Takie kryterium premiuje dodatkowymi punktami i stanowi element przewagi nad konkurencją tych wykonawców, którzy zatrudniają bądź współpracują z osobami stanowiącymi tzw. „personel kluczowy” o dużej liczbie realizacji oczyszczalni ścieków o określonych przepustowościach i wartościach

zrealizowanych kontraktów. Wiedza dot. posiadanego doświadczenia przez personel którym dysponuje Instal Kraków S.A. i możliwość ustalenia ilości realizacji danych zadań, może być w przyszłości wykorzystana przez konkurencję w innych postępowaniach przetargowych, w którym jednym z kryteriów oceny będzie kryterium doświadczenia danego specjalisty / eksperta i w konsekwencji zaowocować próbą przejęcia przez konkurencję eksperta posiadającego wysoce specjalistyczne doświadczenie. Utrata takiego pracownika lub współpracownika namówionego przez konkurencję do zmiany pracodawcy ma więc konkretne znaczenie gospodarcze, gdyż dzięki punktom uzyskanym w poza cenowym kryterium doświadczenia danego specjalisty, konkurencja może pozyskać zamówienie kosztem Instal Kraków S.A. i zbudować sobie w ten sposób przewagę konkurencyjną nad naszą Spółką. Informacje takie zatem są newralgiczne, mają znaczenie strategiczne dla istnienia naszej Spółki na konkurencyjnym rynku i winny być chronione przez dostępem ze strony podmiotów z nami konkurujących. (...). Informacje zawarte w „Plik 1 — Załącznik nr 10 — Tajemnica Przedsiębiorstwa”, „Plik 2 — JEDZ Wykonawcy — część niejawna” oraz dokumenty związane zawodowo z personelem (np. uprawnienia budowlane, zaświadczenia z izb branżowych) nie są powszechnie znane. Nie są one także łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się danym rodzajem informacji — osób branży, w której prowadzimy działalność. Naszą wolą jest, aby informacje te pozostały tajemnicą w szczególności dla kręgu podmiotów, które stanowią konkurencję dla Instal Kraków S.A., które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane ich posiadaniem. Równocześnie wskazujemy, że nie są to informacje, o których każdy przedsiębiorca może dowiedzieć się drogą zwykłą i legalną, oraz że nie zostaną ujawnione na późniejszym etapie udzielenia zamówienia. (...)

Oświadczamy także, że wobec informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa podjęto działania niezbędne do zachowania ich poufności.

Informacje zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, są znane jedynie ściśle określonej grupie osób, zobowiązanych do zachowania poufności w tej sprawie, tj. wybranemu i ograniczonemu gronu pracowników Instal Kraków S.A. biorących udział w przygotowaniu i opracowaniu Oferty, przygotowaniu umowy, osób zarządzających Spółką, osób sprawujących bezpośredni nadzór nad wykonawstwem oraz innych pracowników Spółki posiadających certyfikat „Poświadczenia bezpieczeństwa” w zakresie dostępu do informacji niejawnych. Osoby nieuprawnione nie mają dostępu do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a krąg osób dopuszczonych jest bardzo wąski. W załączeniu przedkładamy zanonimizowane „Poświadczenia bezpieczeństwa” wraz z „Zaświadczeniami stwierdzającymi odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych” osób zaangażowanych w przygotowanie oferty i niniejszych Wyjaśnień, przygotowanie umowy oraz innych osób zaangażowanych w nadzór i kontrolę nad realizacją przedmiotu umowy, czy też osób zarządzających Spółką.

Dokumentacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa przechowywana jest w pomieszczeniu spełniającym warunki określone w Ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. (Dz. U. 2010 nr 182 poz. 1228) o ochronie informacji niejawnych.

Wskazujemy również, że Spółka podjęła działania zmierzające do zachowania poufności w/w dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i zapewniła liczne środki techniczne oraz organizacyjne poprzez między innymi:

- Kontrolę dostępu:
- system kontroli dostępu do pomieszczeń,
- monitoring,
- ochrona całodobowa, - kontrolę zainstalowanego oprogramowania,
- system alarmowy,
- przechowywanie wiadomości na serwerze z hasłem dostępu,
- pełną identyfikację i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań).
- Ruch w sieci:
- zapory sieciowe, firewall,
- system antywirusowy,
- do zasobów informacyjnych i danych dostęp jest limitowany, w zależności od zajmowanego stanowiska.

Dodatkowo podnosimy, że Instal Kraków S.A. posiada w zakresie bezpieczeństwa informacji:

- wdrożoną Politykę Bezpieczeństwa obejmującą Instrukcję Zarządzania systemami Informatycznymi oraz Instrukcję Użytkownika Systemów Informatycznych),
- posiada Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego Drugiego Stopnia wydane przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego,
- posiada Kancelarię Niejawną,
- ustanowiono Pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych,
- akredytację bezpieczeństwa teleinformatycznego dla systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych.

W załączeniu do niniejszego Uzasadnienia przedkładamy zanonimizowane dokumenty potwierdzające wdrożoną Politykę Bezpieczeństwa.

Wskazujemy, że informacje zawarte w „Plik 1 — Załącznik nr 10 — Tajemnica Przedsiębiorstwa”, „Plik 2 — JEDZ Wykonawcy — część niejawna” oraz dokumenty związane zawodowo z personelem (np. uprawnienia budowlane, zaświadczenia z izb branżowych) zawierają informacje, będące wynikiem długoletniego doświadczenia naszej Spółki oraz informacje dotyczące osób współpracujących z naszą Spółką i ich ujawnienie może doprowadzić do sytuacji, w której podmioty konkurencyjne będą mogły w przyszłości w sposób nieuprawniony skorzystać z naszego doświadczenia i wiedzy, a w konsekwencji uzyskać w sposób nieuprawniony bardziej konkurencyjną pozycję”

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 27.04.2020 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy zamawiający odtajnił ww. informacje zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przypadku odpowiedzi przeczącej, poproszono o wyjaśnienie, na jakiej podstawie zamawiający uznał za zasadne zastrzeżenie ww. informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 04.05.2020 r. zamawiający wyjaśnił, iż' (...) W ocenie Zamawiającego, przedstawione przez ww. Wykonawcę uzasadnienie dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych we wskazanych dokumentach, spełniało wszystkie wymagania przewidziane zarówno w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca wskazał i udowodnił należyte, że informacje zastrzegane spełniało przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności posiadają wartość gospodarczą - wyjaśniając w szczególności, w jaki sposób ewentualne ujawnienie tych informacji naruszałoby jego interesy oraz wpływałoby niekorzystnie na jego pozycję konkurencyjną w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Należy przy tym nadmienić, że ww. informacje zastrzeżone mają znaczenie nie tylko w niniejszym postępowaniu, lecz mogłyby być wykorzystywane w przyszłości. Pliki zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa obejmują zestawienia danych osobowych pracowników Wykonawcy, a także osób pozostających w jego dyspozycji oraz informacje dotyczące doświadczenia zawodowego i kwalifikacji tych osób, w szczególności dotyczące projektów, w których osoby te brały udział, stanowisk jakie zajmowały, a także opis wymaganych przez Zamawiającego uprawnień. Sprawia to, że ww. dane można traktować - z punktu widzenia ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji - jako szczególnie wrażliwie dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Przemawia za tym m.in. fakt, że w żaden sposób, w drodze zwykłego dostępu inne podmioty (w tym osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji) nie będą w stanie ustalić konfiguracji przedstawionych tam danych. Wskazać należy także, że zastrzeżone dane stanowią informację o potencjale kadrowym Wykonawcy, który to potencjał - biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i konieczność dysponowania przez Wykonawcę wykwalifikowaną kadrą - ma znaczenie i wartość gospodarczą. Wykonawca wskazał również w uzasadnieniu, iż informacje oznaczone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa nigdy nie zostały przez niego ujawnione do wiadomości publicznej. Ww. Wykonawca w żaden pośredni lub bezpośredni sposób nie upublicznił tych danych przez co nie są one znane ogółowi, nie są powszechnie dostępne, ani też nie stanowią przedmiotu domeny publicznej. Ponadto, informacje te nie są również powszechnie znane - jako całość - osobom zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są one łatwo dostępne dla takich osób. Tym samym, ewentualne ujawnienie lub odtajnienie przedmiotowych informacji szkodziłoby interesom Wykonawcy, naruszałoby normy uczciwej konkurencji, pogarszałoby jego pozycję biznesową w stosunku do innych podmiotów uczestniczącym w obrocie gospodarczym. Uzpełnieniem i potwierdzeniem powyższego były realne działania Wykonawcy zapobiegające ewentualnemu ujawnieniu przedmiotowych informacji.

Wykonawca podkreślił, że w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w tajemnicy podjął szereg kluczowych zabezpieczeń. Po pierwsze, wiedzę o tego typu informacjach i dokumentach posiada jedynie wyselekcjonowana grupa pracowników, tj. osoby biorące udział w przygotowaniu i opracowaniu ofert, osoby zarządzające spółką, osoby sprawujące bezpośredni nadzór na wykonawstwie oraz inni pracownicy Instal Kraków posiadający certyfikat „poświadczenia bezpieczeństwa” w zakresie dostępu do informacji niejawnych. Osoby nieuprawnione nie mają dostępu do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a krąg osób dopuszczonych jest bardzo wąski. Po drugie, Wykonawca podniósł, iż dostęp do zastrzeżonych informacji i dokumentów został przez niego znacznie ograniczony. W tym celu przechowuje on zastrzeżone informacje i dokumenty w pomieszczeniach, do których dostęp nie jest powszechny, a jego ograniczenie jest sprawowane m.in. poprzez: system kontroli dostępu do pomieszczeń monitoring, ochronę całodobową, kontrolę zainstalowanego oprogramowania, system alarmowy, przechowywanie wiadomości na serwerze z hasłem dostępu, pełną identyfikację i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań). Po trzecie, Wykonawca podkreślił, że posiada wdrożoną politykę bezpieczeństwa w zakresie bezpieczeństwa informacji. Do ww. uzasadnienia zostały załączone dowody.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający uznał, iż Wykonawca wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przynajmniej przede wszystkim wykazał zasadność zastrzeżenia określonych przez siebie informacji, a w szczególności przekonująco uzasadnił, że zastrzeżone przez niego treści objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie są i nie były ujawnione do wiadomości publicznej, a także wyczerpująco opisał jakie niezbędne działania podjął w celu zachowania ich poufności. Tym samym ww. Wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawił wywód zawierający racjonalne argumenty przekonujące Zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę, oraz że uzasadnione jest nie ujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. O prawidłowości postępowania Zamawiającego w ww. kwestii świadczy również fakt, że inny Wykonawca, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Inżynieria Rzeszów S.A., 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59 A po otrzymaniu w dniu 04.02.2020 r. jawnej części oferty Instal Kraków S.A. (zawierającej uzasadnienie zastrzeżenia) nie wystąpił do MPWiK Sp. z o.o. w Lublinie o odtajnienie pozostałej części oferty zawierającej informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, 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, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. W świetle 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. 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, że dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednoczesne wykazanie, że informacje te stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa i tym samym 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, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca wywiódł, iż informacje o kwalifikacjach, doświadczeniu i potencjale kadrowym osób wskazanych do pełnienia określonych funkcji mają znaczenie gospodarcze. Argumentował, iż ewentualne ujawnienie szczegółów dotyczących zatrudnionego personelu może prowadzić do działań zmierzających do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez wykonawcę.

W szczególności, w przypadku gdy doświadczenie stanowi poza cenowe kryterium oceny ofert, gdzie premiowana jest większa liczba realizacji określonych zadań. Pozyskane informacje o zakresie doświadczenia ekspertów mogą w przyszłości zostać wykorzystane przez podmioty konkurencyjne w innych postępowaniach przetargowych, w którym jednym z kryteriów oceny będzie kryterium doświadczenia danego specjalisty / eksperta i w konsekwencji zaowocować próbą przejęcia przez konkurencję eksperta posiadającego wysoce specjalistyczne doświadczenie.

Ponadto wykonawca oświadczył, iż tylko ograniczona grupa osób ma dostęp do informacji zastrzeżonych, a dokumentacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa przechowywana jest w pomieszczeniu spełniającym warunki określone w Ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. (Dz. U. 2010 nr 182 poz. 1228) o ochronie informacji niejawnych. Wykonawca wskazał, że posiada Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego Drugiego Stopnia wydane przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

W ocenie Prezesa Urzędu Wykonawca w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, iż zastrzegane informacje mają dla wykonawcy 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. W przypadku dwóch ekspertów, osób Zespołu Projektowego tj. Eksperta 2 i Eksperta 4 objętych kryterium oceny ofert zamawiający punktował ilość wykonanych zadań. Przy czym nie była to nieograniczona ilość zadań tj. dla Eksperta 2 Zamawiający dopuszczał wykazanie maksymalnie 3 dokumentacji projektowych, a dla Eksperta 4 tylko dwie dokumentacje projektowe. Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje wykonawca. Zakres ten był więc ograniczony. Argumentacja wykonawcy odnośnie wartości gospodarczej ww. informacji okazała się bardzo ogólna. Jak wynikało z powyższego, wykonawca powoływał się jedynie 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 podkupowania 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.

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.

W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r., sygn. akt KIO 55/18, w którym Izba wskazała, iż „(...) Izba zwraca ponadto uwagę, że informacje zawarte w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa wykazie dotyczą projektantów, kierowników robót i kierowników budów, osób które brały udział w realizacjach zamówień publicznych. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że informacje te są skutecznie chronione przed ujawnieniem. Chociażby ze względu na przepisy prawa budowlanego (jawność nazwisk autorów projektów budowlanych, wpisywanie do Dzienników Budowy nazwisk kierowników robót, ujawnianie na tablicach informacyjnych nazwisk kierowników budowy) nie byłoby możliwe realne zachowanie takich danych w tajemnicy. Podstawa dysponowania pracownikami również nie może zostać uznana za dane skutecznie chronione przed

wyjawieniem ze względu na fakt, że osoby zatrudnione przez Przystępującego na podstawie umów o pracę ujawnione są np. w rejestrach ZUS, do których dostęp mają m. in. organy kontrolne, na których działanie Przystępujący nie ma wpływu. Z tego względu Przystępujący z przyczyn od siebie niezależnych nie jest w stanie w pełni skutecznie zachować zastrzeżonych w ofercie informacji w tajemnicy. Niemożliwym jest zatem spełnienie warunku, że zastrzeżone informacje nie mogą być one ujawnione do wiadomości publicznej. Odnosząc się do podniesionego przez Przystępującego w toku rozprawy argumentu, że ujawnienie wykazu doświadczonych pracowników naraziłoby go na ich „podkupienie” przez konkurencję, a tym samym doprowadziłoby do wymiernych strat oraz trudności ze zrealizowaniem zawartych kontraktów, Izba za prawidłowe uznała stanowisko Odwołującego. W interesie Przystępującego jest zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników — choćby przez stworzenie im na tyle atrakcyjnych warunków pracy, by nie byli skłonni przejść do konkurencyjnych firm. "

Jednocześnie należy zauważyć, że Świadcstwo bezpieczeństwa przemysłowego to dokument potwierdzający określoną zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych. Definicja informacji niejawnej została zawarta w art. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych, zgodnie z nim informacją niejawną jest informacja, której nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne. Świadcstwo bezpieczeństwa przemysłowego mówi, w jakim stopniu przedsiębiorstwo jest przygotowane do ochrony informacji, które Państwo zamierza mu powierzyć w ramach wykonywanych umów. Tym samym powyższe świadectwo nie obejmuje swoim zakresem informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie odtajniając dokumentu pn.: Załącznik nr 10 — „Doświadczenie ekspertów” oraz JEDZ w części zawierającej dane osobowe Ekspertów nr 1 — 7, złożonego przez wykonawcę Instal Kraków S.A., 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.

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.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji.

ZASTRZEŻENIA DO WYNIKÓW KONTROLI UPRZEDNIEJ

Pismo z dnia 25.05.2020r. na podstawie art. 171a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w nawiązaniu do wyników kontroli uprzedniej zawartych w piśmie nr UZP/DKZP/WKZ5/420/137(5)20/JR z dnia 18.05.2020 r. (otrzymanym drogą elektroniczną w dniu 18.05.2020 r.), Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o. wnosi zastrzeżenia do ww. wyników i zwraca się z wnioskiem o ponowne szczegółowe rozpatrzenie sprawy z uwzględnieniem uzasadnionych interesów Zamawiającego.

W przekazanej Zamawiającemu z dnia 18.05.2020 r. „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” (dalej: Informacja), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 z późn. zm.) poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez Wykonawcę: Instal Kraków S.A., 30-732 Kraków, ul. Konstantego Brandla 1 jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentu pn. Załącznik nr 10 „Doświadczenie ekspertów” oraz JEDZ w części zawierającej dane osobowe Ekspertów 1-7 zaproponowanych do realizacji zamówienia.

Zamawiający w dalszym ciągu podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach z dnia 04.05.2020 r. (pismo nr OZ/241/70/W-UZP-1/19), iż przedstawione przez ww. Wykonawcę uzasadnienie dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych we wskazanych dokumentach, spełniało wszystkie wymagania przewidziane zarówno w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający jednoznacznie stwierdzał iż nie naruszył przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

przepis art. 11 ust. 2 ww. ustawy. Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określa przesłanki uznania za czyn nieuczciwej konkurencji wykorzystania lub ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Naruszenie tego przepisu przez Zamawiającego nie zostało w żaden sposób uzasadnione; uzasadnienie koncentruje się na ocenie spełnienia przesłanek uznania zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, które to przesłanki określa art. 11 ust. 2 ustawy. Powołanie się na ust. 4 zamiast na ust. 2 nie można uznać za omyłkę pisarską, gdyż informacja ta powtarza się w treści uzasadnienia.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do treści uzasadnienia „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej”, Zamawiający zwraca uwagę na fakt, iż przedmiotem rozbieżności między MPWiK Sp. z o.o. w Lublinie a Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych jest sposób oceny prawidłowości zastrzeżenia przez jednego z Wykonawców informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego ww. ocena została dokonana zgodnie z przepisami ustawy, z kolei — w świetle interpretacji organu kontrolnego — doszło do naruszenia Prawa Zamówień Publicznych.

Analiza uzasadnienia zawartego w „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” prowadzi do wniosku, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie przedstawił wyczerpujących argumentów na potwierdzenie tezy, że Wykonawca Instal Kraków S.A. nie zastrzegł w sposób prawidłowy informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji — zdaniem kontrolującego — doprowadziło do naruszenia ustawy przez Zamawiającego. Co więcej, krytykując w treści Informacji Wykonawcę za brak konkretów, sam przywołał argumentację charakteryzującą się bardzo dużym stopniem ogólności. Przede wszystkim, uzasadnienie Prezesa UZP zawiera lakoniczne, możliwe do sporządzenia z zasadzie w trakcie każdej kontroli uprzedniej zastrzeżenia dotyczące braku ujawnienia przez Zamawiającego wykazów osób. Kontrolujący a priori założył, że w każdej sytuacji wykaz osób powinien zostać odtajniony i nie zadał sobie większego trudu przeprowadzenia pogłębionej analizy uzasadnienia znajdującego się w ofercie Wykonawcy oraz przedłożonych wyjaśnień Zamawiającego. Ocena uzasadnienia Prezesa Urzędu pozwala stwierdzić, że skupił się on jedynie na kilku elementach. Po pierwsze zwrócił on uwagę na fakt, że w wykazie osób Wykonawca musiał ujawnić ograniczoną ilość informacji (imię i nazwisko, opis fragmentu doświadczenia zawodowego, podstawy dysponowania daną osobą, kwalifikacje i proponowane stanowisko na kontrakcie) w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wykaz dotyczył danych kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje Wykonawca, co zdaniem kontrolującego przesądza o tym, iż ww. dokument nie powinien stanowić informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, Zdaniem Prezesa UZP również argumentacja Wykonawcy odnośnie wartości gospodarczej informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa okazała się bardzo ogólna, gdyż powoływał się on jedynie na obawę „podkupienia” personelu o specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu nie dostarczając Zamawiającemu żadnych dowodów na potwierdzenie tej tezy. Nie zostało również — zdaniem Prezesa Urzędu — wykazane, aby wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, a w szczególności nie wiadomo, ile osób z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez Zamawiającego jest dostępnych na rynku. Na koniec powołano się również na argument, że informacje na temat nazwisk autorów projektów budowlanych, nazwisk kierowników robót oraz kierowników budowy

pozostają jawne ze względu na przepisy prawa budowlanego, przytaczając (jak w każdej tego typu sytuacji) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r. (sygn. akt KIO 55/18).

Odnosząc się do ustaleń zawartych w „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej”, w pierwszej kolejności należy jeszcze raz stwierdzić, że zastrzeżone dokumenty miały dla Instal Kraków S.A. wartość gospodarczą. Wbrew stanowisku zawartemu w Informacji nie należy skupiać się na ilości, lecz treści zastrzeżonych informacji. Imiona i nazwiska ekspertów wskazanych do ewentualnej realizacji zamówienia, ich doświadczenie zawodowe i szczególne kompetencje w zakresie wymagań Zamawiającego dotyczących tak specyficznego obiektu jak oczyszczalnia ścieków nie mogą być traktowane jako ograniczony zakres zasobów ludzkich Wykonawcy, który jest i powinien być łatwo dostępny w przestrzeni publicznej. Dla dużych podmiotów realizujących wielomilionowe kontrakty o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o ich zasobach kadrowych. Zdaniem Zamawiającego nie do obrony jest teza postawiona przez kontrolującego, że wymagania postawione wobec większości Ekspertów nie miały wyjątkowo specjalistycznego charakteru. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na terenie Oczyszczalni Ścieków zlokalizowanej na terenie dużego miasta wojewódzkiego. Obiekt ten ze względu na swoją specyfikę (praca w ruchu ciągłym, konieczność przestrzegania wysokich norm związanych z ochroną środowiska, utrudnione oraz ciągle zmieniające się uwarunkowania technologiczne, eksploatacji i utrzymania ruchu) generuje problemy dalece odbiegające od standardów występujących na innych placach budowy. Dlatego też w przypadku kluczowych Ekspertów, Zamawiający wymagał właśnie doświadczenia nabytego na obiektach Oczyszczalni Ścieków. O tym, iż zasób tego typu specjalistów jest ograniczony świadczy fakt, iż tylko dwa duże przedsiębiorstwa realizujące kontrakty budowlane na terenie całej Polski były w stanie skompletować zespół osób spełniających wymagania określone przez Zamawiającego w treści SIWZ. Tym bardziej zrozumiała jest decyzja jednego z Wykonawców o utajnieniu informacji o jego potencjale kadrowym, który to potencjał — biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i konieczność dysponowania przez Wykonawcę wykwalifikowaną kadrą — ma znaczenie i wartość gospodarczą. Fakt, że w przyszłości, na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego zamówienia może bądź musi stać się jawny, nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić Wykonawcy prawa do decydowania i przekonującego uzasadniania w jakim momencie będzie gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia.

Dyskusyjne jest również stwierdzenie, iż Wykonawca nie przedstawił dowodów na zjawisko „podkupowania” osób wskazanych w ofercie do realizacji zamówienia. Z treści uzasadnienia

załączonego do oferty przez Instal Kraków S.A. wynika, że właśnie dzięki działaniom podjętym w ww. zakresie przez spółkę udało się takich problemów uniknąć. Nie zmienia to jednak faktu, że do takich sytuacji dochodzi i mogłoby dochodzić, gdyby nie m.in. zastrzeżenie informacji dotyczących personelu Wykonawcy jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Prezes UZP oczekiwałby natomiast, by Wykonawca opisał całą swoją politykę personalną, poinformował o swoich ewentualnych ubytkach kadrowych na przestrzeni ostatnich lat, tworząc tym samym swoisty instruktaż dla innych podmiotów chcących korzystać z rezerwuaru kluczowych specjalistów Instal Kraków S.A. Nie bez znaczenia w podejściu Urzędu do wyjaśnień Wykonawcy jest również protekcyjna ocena kształtowania przez niego swoich zasobów ludzkich, jak np. „(...) 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, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 z późn. zm.) przez uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez Wykonawcę: Instal Kraków S.A., 30-732 Kraków, ul. Konstantego Brandla 1 jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentu pn. Załącznik nr 10 — „Doświadczenie ekspertów” oraz JEDZ w części zawierającej dane osobowe Ekspertów 1-7 zaproponowanych do realizacji zamówienia, Zamawiający zwraca także uwagę na fakt, iż jest to już czwarte postępowanie prowadzone przez MPWiK Sp. z o.o. w Lublinie podlegające kontroli uprzedniej Prezesa

UZP w okresie 2019-2020 r. W każdym przypadku stwierdzenia naruszeń, Zamawiający dokonywał korekt w dokumentacji przetargowej lub sposobie procedowania, tak aby nie powielać popełnionych błędów. Wśród postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przekazanych do celów kontroli uprzedniej znalazło się jedno dotyczące zaprojektowania i wykonania robót budowlanych objętych Kontraktem I/ la „Przebudowa OŚ Hajdów — system napowietrzania”, wchodzącym w zakres Projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie — Etap III” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej — Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, które było przedmiotem kontroli o sygnaturze KU/ 173/19/DKZP. W ww. postępowaniu oferty złożyli ci sami Wykonawcy, tj. Inżynieria Rzeszów S.A. oraz Instal Kraków S.A., a Wykonawca także zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Załącznik nr 10 — „Doświadczenie ekspertów” oraz JEDZ w części zawierającej dane osobowe Ekspertów zaproponowanych do realizacji zamówienia, dołączając do oferty obszerne i wyczerpujące uzasadnienie. Zamawiający (podobnie jak ma to miejsce obecnie) uznał, że informacje zastrzegane spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie

dokonał ich odtajnienia. W piśmie nr z dnia 02.12.2019 r. z „Informacją o wyniku kontroli uprzedniej o sygnaturze KU/ 173/19/DKZP stwierdzono brak naruszeń. W związku z faktem, iż między wynikami obu kontroli upłynęło zaledwie kilka miesięcy, a uregulowania prawne w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte ustawie Prawo Zamówień Publicznych i ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie uległy zmianie, zastanawiające jest, iż w dwóch identycznych sytuacjach Prezes UZP wydał dwa całkowicie różne rozstrzygnięcia. Zamawiający kierując się wynikiem kontroli otrzymanym w grudniu 2019 r. miał prawo przypuszczać, iż jego działanie związane z oceną ofert w niniejszym postępowaniu jest także zgodne z przepisami. Tymczasem, mimo należytej staranności w działaniu i przedstawieniu wyczerpujących wyjaśnień kontrola stwierdziła naruszenia. Tak subiektywne i uznaniowe podejście do oceny postępowania budzi poważne wątpliwości w kwestii dążenia Prezesa Urzędu do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach i rodzi obawy, iż proces kontroli jest całkowicie zależny od arbitralnej decyzji poszczególnego urzędnika.

Dnia 8 czerwca 2020r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

W odpowiedzi na pismo z dnia 25 maja 2020 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych objętych kontraktem 1/1b «Przebudowa Oś Hajdów — przebudowa osadników wtórnych i pozostałe działania poprawiające pracę oczyszczalni»”, uprzejmie informuję, że podtrzymuję stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 18.05.2020 r., przekazanej przy piśmie znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/137(5)/20/JR, odnośnie wskazanego w pkt 2 ww. Informacji naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią ww. postępowania, w wyniku której zostało stwierdzone naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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 (Dz.U. z 2019 r., poz. 1010), zwaną dalej ustawą „Znk”, przez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentu pn.: Załącznik nr 10 — „Doświadczenie ekspertów” oraz JEDZ w części zawierającej dane osobowe Ekspertów nr 1—7 zaproponowanych do realizacji zamówienia, złożonego przez Wykonawcę.

Wnosząc zastrzeżenia do ww. naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, zamawiający podniósł, iż „Na wstępie Zamawiający wskazuje, że treść informacji o stwierdzeniu naruszenia nie została należycie uzasadniona. Informacja o stwierdzeniu naruszenia odwołuje się do przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy uzasadnienie dotyczy kryteriów uznania informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa, które to kryteria określa przepis art. 11 ust. 2 ww. ustawy. Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określa przesłanki uznania za czyn nieuczciwej konkurencji wykorzystania lub ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Naruszenie tego przepisu przez Zamawiającego nie zostało w żaden sposób uzasadnione; uzasadnienie koncentruje się na ocenie spełnienia przesłanek uznania zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, które to przesłanki określa art. 11 ust. 2 ustawy. Powołanie się na ust. 4 zamiast na ust. 2 nie można uznać za omyłkę pisarską, gdyż informacja ta powtarza się w treści uzasadnienia.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do treści uzasadnienia „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej”, Zamawiający zwraca uwagę na fakt, iż przedmiotem rozbieżności między Zamawiającym a Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych jest sposób oceny prawidłowości zastrzeżenia przez jednego z Wykonawców informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego ww. ocena została dokonana zgodnie z przepisami ustawy, z kolei w świetle interpretacji organu kontrolnego - doszło do naruszenia Prawa Zamówień Publicznych. (...)

Odnosząc się do ustaleń zawartych w „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej”, w pierwszej kolejności należy jeszcze raz stwierdzić, że zastrzeżone dokumenty miały dla Instal Kraków S.A. wartość gospodarczą. Wbrew stanowisku zawartemu w Informacji nie należy skupiać się na ilości, lecz treści zastrzeżonych informacji. Imiona i nazwiska ekspertów wskazanych do ewentualnej realizacji zamówienia, ich doświadczenie zawodowe i szczególne kompetencje w zakresie wymagań Zamawiającego dotyczących tak specyficznego obiektu jak oczyszczalnia ścieków nie mogą być traktowane jako ograniczony zakres zasobów ludzkich Wykonawcy, który jest i powinien być łatwo dostępny w przestrzeni publicznej. Dla dużych podmiotów realizujących wielomilionowe kontrakty o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o ich zasobach kadrowych. Zdaniem Zamawiającego nie do obrony jest teza postawiona przez kontrolującego, że wymagania postawione wobec większości Ekspertów nie miały wyjątkowo specjalistycznego charakteru. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na terenie Oczyszczalni Ścieków zlokalizowanej na terenie dużego miasta wojewódzkiego. Obiekt ten ze względu na swoją specyfikę (praca w ruchu ciągłym, konieczność przestrzegania wysokich norm związanych z ochroną środowiska, utrudnione oraz ciągle zmieniające się uwarunkowania technologiczne, eksploatacji i utrzymania ruchu) generuje problemy dalece odbiegające od standardów występujących na innych placach budowy. Dlatego też w

przypadku kluczowych Ekspertów, Zamawiający wymagał właśnie doświadczenia nabytego na obiektach Oczyszczalni Ścieków. O tym, iż zasób tego typu specjalistów jest ograniczony świadczy fakt, iż tylko dwa duże przedsiębiorstwa realizujące kontrakty budowlane na terenie całej Polski były w stanie skompletować zespół osób spełniających wymagania określone przez Zamawiającego w treści SIWZ. Tym bardziej zrozumiała jest decyzja jednego z Wykonawców o utajnieniu informacji o jego potencjale kadrowym, który to potencjał — biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i konieczność dysponowania przez Wykonawcę wykwalifikowaną kadrą — ma znaczenie i wartość gospodarczą. Fakt, że w przyszłości, na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego zamówienia może bądź musi stać się jawny, nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić Wykonawcy prawa do decydowania i przekonującego uzasadniania w jakim momencie będzie gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia.

Dyskusyjne jest również stwierdzenie, iż Wykonawca nie przedstawił dowodów na zjawisko „podkupowania” osób wskazanych w ofercie do realizacji zamówienia. Z treści uzasadnienia załączonego do oferty przez Wykonawcę wynika, że właśnie dzięki działaniom podjętym w ww. zakresie przez spółkę udało się takich problemów uniknąć. Nie zmienia to jednak faktu, że do takich sytuacji dochodzi i mogłoby dochodzić, gdyby nie m.in. zastrzeżenie informacji dotyczących personelu Wykonawcy jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Prezes UZP oczekiwałby natomiast, by Wykonawca opisał całą swoją politykę personalną, poinformował o swoich ewentualnych ubytkach kadrowych na przestrzeni ostatnich lat, tworząc tym samym swoisty instruktaż dla innych podmiotów chcących korzystać z rezerwuaru kluczowych specjalistów Wykonawcy. Nie bez znaczenia w podejściu Urzędu do wyjaśnień Wykonawcy jest również protekcyjna ocena kształtowania przez niego swoich zasobów ludzkich, jak np. 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”.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informuje, co następuje.

Biorąc pod uwagę przedstawioną przez Zamawiającego argumentację, należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane w odniesieniu do naruszenia przepisu ustawy Pzp wykazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 18.05.2020 r. nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego w ślad za Informacją o wyniku kontroli uprzedniej należy ponownie wskazać, iż 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, począwszy od publicznego i jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami (tj. ofertami oraz wszystkimi dokumentami składanymi w toku postępowania), aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym, jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem funkcjonowania systemu zamówień publicznych, dlatego też orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych wskazuje, że 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. 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. Powinno ono być ograniczone jedynie 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. Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać, iż w odniesieniu do zastrzeganych informacji spełnione zostały łącznie trzy przesłanki, tj.:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- 2) 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,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Tym samym, aby skutecznie zastrzec treść określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzegane informacje spełniają ww. przesłanki.

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 powinno 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, że „(...) Informacje zawarte w Plik 1 i Plik 2 oraz związane z nimi dokumenty np. kserokopie uprawnień budowlanych, zaświadczeń z branżowych izb winny mieć charakter niejawnny, gdyż firmy konkurencyjne z uwagi na wysoko wyspecjalizowany rynek osób posiadających branżową wiedzę z zakresu zarządzania i realizacji, projektowania specjalistycznych zadań / inwestycji sektora gospodarki wodno-ściekowej, a w szczególności oczyszczalni ścieków w przypadku ujawnienia szczegółów dotyczących zatrudnionego personelu, mogą podjąć próbę przejęcia specjalistów zatrudnionych bądź współpracujących z naszą Spółką. Ponadto, podnosimy jeszcze jeden istotny aspekt mający znaczenie gospodarcze, jak również konkretną wartość pozwalającą na zwiększenie szansy pozyskania danego zamówienia z uwagi na fakt, iż doświadczenie dwóch osób Zespołu Projektowego tj. Eksperta 2 i Eksperta 4 stanowi poza cenowe kryterium oceny ofert. Takie kryterium premiuje dodatkowymi punktami i stanowi element przewagi nad konkurencją tych wykonawców, którzy zatrudniają bądź współpracują z osobami stanowiącymi tzw. „personel kluczowy” o dużej liczbie realizacji oczyszczalni ścieków o określonych przepustowościach i wartościach zrealizowanych kontraktów. Wiedza dot. posiadanego doświadczenia przez personel którym dysponuje Instal Kraków S.A. i możliwość ustalenia ilości realizacji danych zadań, może być w przyszłości wykorzystana przez konkurencję w innych postępowaniach przetargowych, w którym jednym z kryteriów oceny będzie kryterium doświadczenia danego specjalisty / eksperta i w konsekwencji zaowocować próbą przejęcia przez konkurencję eksperta posiadającego wysoce specjalistyczne doświadczenie. Utrata takiego pracownika lub współpracownika namówionego przez konkurencję do zmiany pracodawcy ma więc konkretne znaczenie gospodarcze, gdyż dzięki punktom uzyskanym w poza cenowym kryterium doświadczenia danego specjalisty, konkurencja może pozyskać zamówienie kosztem Wykonawcy i zbudować sobie w ten sposób przewagę konkurencyjną nad naszą Spółką. Informacje takie zatem są newralgiczne, mają znaczenie strategiczne dla

istnienia naszej Spółki na konkurencyjnym rynku i winny być chronione przez dostępem ze strony podmiotów z nami konkurujących".

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. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13.03.2018 r. (sygn. akt KIO 315/18) „(...) Izba stoi na stanowisku, że zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego Wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia /okoliczność takich ograniczeń przywołana/ co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu — np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa — w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Albo złożony w ograniczonym zakresie — fragmentu, wyciągu, pierwsza strona, bez podania danych osobowych, z klauzulą poufności. Izba podnosi za wyrokiem KIO z 10.03.2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16: „Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

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 Urzędu 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. Dlatego też w ocenie Prezesa Urzędu 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 odpowiedni inwestor lub sam ekspert. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 09.11.2015 r. (sygn. akt KIO 2237/15)

X...) wskazanie powyższych okoliczności oraz informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupowaniu personelu pomiędzy konkurencyjnymi spółkami nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej”. Z kolei w wyroku z dnia 24.05.2019 r. (sygn. akt KIO 860/19), Izba orzekła w zakresie zastrzeżenia informacji o posiadanych przez daną osobę uprawnieniach budowlanych: „Co do zasady informacje o posiadanych przez daną osobę uprawnieniach budowlanych są informacjami jawnymi, podobnie jak dokumenty potwierdzające te uprawnienia, trudno tutaj zatem w ogóle mówić o ich poufnym charakterze, Z kolei doświadczenie, jakim legitymują się wskazane osoby, to doświadczenie zdobyte w inwestycjach publicznych, w związku z czym wątpliwa jest poufność danych takich jak okres trwania danej roboty budowlanej czy zajmowane przez daną osobę stanowisko”. Jednocześnie w wyroku z dnia 27.06.2017 r. (sygn. akt KIO 1141/17, 1202/17) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „(...) Nadto okoliczność, iż na rynku występuje groźba przejęcia wykazywanych przez wykonawcę osób, jest jednakowa dla wszystkich wykonawców. Zwrócić należy uwagę, że to wykonawca współpracujący ze specjalistami jest odpowiedzialny za zasady wzajemnej współpracy i ma środki techniczno-finansowe, które mogą mu pomóc zagwarantować lojalność współpracy z tymi osobami. ” Tym samym podkreślić należy, iż 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.

Odnosząc się natomiast do omyłki dotyczącej błędnie wskazanej podstawy prawnej stwierdzonego naruszenia należy wyjaśnić, że w treści uzasadnienia naruszenia sformułowanego w informacji o wyniku kontroli znalazła się również właściwie przywołana podstawa prawna z ustawy Znk. Przytoczona w tym uzasadnieniu treść art. 11 ust. 2 tejże ustawy jednoznacznie koresponduje z opisem naruszenia stwierdzonego w ramach kontrolowanego postępowania. Jak wynika z treści zastrzeżeń również Zamawiający nie miał wątpliwości, że odpowiednie twierdzenia zawarte w informacji o wyniku kontroli oparte zostały na art. 11 ust. 2 ustawy Znk. W związku z tym, opisana omyłka pisarska była nieistotna i nie miała znaczenia dla stwierdzonego naruszenia. Dowodem na to jest fakt, iż Zamawiający w treści zastrzeżeń również przytacza prawidłową podstawę prawną naruszenia.

Reasumując, przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym, podtrzymuję stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 18.05.2020 r. i nie uwzględniam zastrzeżeń zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli, przekazane one zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej Prezesa UZP, dotyczą ustalenia braku skutecznego zastrzeżenia informacji w ofercie wykonawcy Instal Kraków S.A., jako tajemnicy przedsiębiorstwa następujących informacji:

- Załącznik nr 10 — „Doświadczenie ekspertów” zawierający dane osobowe Eksperta 2 - Kierownika Zespołu (Projektanta branży sanitarnej) oraz Eksperta 4 — Projektanta branży elektrycznej oraz nazwy oczyszczalni lub nazwy kontraktów, przepustowości oczyszczalni, wartości robót / kontraktów, okresy realizacji oraz nazwy podmiotów na rzecz których usługi były wykonywane;
- JEDZ w części zawierającej dane osobowe Ekspertów od nr 1 do nr 7 oraz nazwy oczyszczalni lub nazwy kontraktów, przepustowości oczyszczalni, wartości robót / kontraktów, okresy realizacji, numery uprawnień budowlanych oraz nazwy podmiotów na rzecz których usługi były wykonywane wraz dokumentami związanymi zawodowo z personelem (np. uprawnienia budowlane, zaświadczenia z izb branżowych).

Zamawiający w Informacji z kontroli uprzedniej przedstawił obszerne fragmenty uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i tak:

„(...) Informacje zawarte w Plik 1 i Plik 2 oraz związane z nimi dokumenty np. kserokopie uprawnień budowlanych, zaświadczeń z branżowych izb winny mieć charakter niejawnny, gdyż firmy konkurencyjne z uwagi na wysoko wyspecjalizowany rynek osób posiadających branżową wiedzę z zakresu zarządzania i realizacji, projektowania specjalistycznych zadań / inwestycji sektora gospodarki wodno-ściekowej, a w szczególności oczyszczalni ścieków w przypadku ujawnienia szczegółów dotyczących zatrudnionego personelu, mogą podjąć próbę przejęcia specjalistów zatrudnionych bądź współpracujących z naszą Spółką. (...) Ponadto,

podnosimy jeszcze jeden istotny aspekt mający znaczenie gospodarcze, jak również konkretną wartość pozwalającą na zwiększenie szansy pozyskania danego zamówienia z uwagi na fakt, iż doświadczenie dwóch osób Zespołu Projektowego tj. Eksperta 2 i Eksperta 4 stanowi poza cenowe kryterium oceny ofert. Takie kryterium premiuje dodatkowymi punktami i stanowi element przewagi nad konkurencją tych wykonawców, którzy zatrudniają bądź współpracują z osobami stanowiącymi tzw. „personel kluczowy” o dużej liczbie realizacji oczyszczalni ścieków o określonych przepustowościach i wartościach zrealizowanych kontraktów. Wiedza dot. posiadanego doświadczenia przez personel którym dysponuje Instal Kraków S.A. i możliwość ustalenia ilości realizacji danych zadań, może być w przyszłości wykorzystana przez konkurencję w innych postępowaniach przetargowych, w którym jednym z kryteriów oceny będzie kryterium doświadczenia danego specjalisty / eksperta i w konsekwencji zaowocować próbą przejęcia przez konkurencję eksperta posiadającego wysoce specjalistyczne doświadczenie. Utrata takiego pracownika lub współpracownika namówionego przez konkurencję do zmiany pracodawcy ma więc konkretne znaczenie gospodarcze, gdyż dzięki punktom uzyskanym w poza cenowym kryterium doświadczenia danego specjalisty, konkurencja może pozyskać zamówienie kosztem Instal Kraków S.A. i zbudować sobie w ten sposób przewagę konkurencyjną nad naszą Spółką. Informacje takie zatem są newralgiczne, mają znaczenie strategiczne dla istnienia naszej Spółki na konkurencyjnym rynku i winny być chronione przez dostępem ze strony podmiotów z nami konkurujących. (...). Informacje zawarte w „Plik 1 — Załącznik nr 10 — Tajemnica Przedsiębiorstwa”, „Plik 2 — JEDZ Wykonawcy — część niejawna” oraz dokumenty związane zawodowo z personelem (np. uprawnienia budowlane, zaświadczenia z izb branżowych) nie są powszechnie znane. Nie są one także łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się danym rodzajem informacji — osób branży, w której prowadzimy działalność. Naszą wolą jest, aby informacje te pozostały tajemnicą w szczególności dla kręgu podmiotów, które stanowią konkurencję dla Instal Kraków S.A., które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane ich posiadaniem. Równocześnie wskazujemy, że nie są to informacje, o których każdy przedsiębiorca może dowiedzieć się drogą zwykłą i legalną, oraz że nie zostaną ujawnione na późniejszym etapie udzielenia zamówienia. (...)

Oświadczamy także, że wobec informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa podjęto działania niezbędne do zachowania ich poufności.

Informacje zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, są znane jedynie ściśle określonej grupie osób, zobowiązanych do zachowania poufności w tej sprawie, tj. wybranemu i ograniczonemu gronu pracowników Instal Kraków S.A. biorących udział w przygotowaniu i opracowaniu Oferty, przygotowaniu umowy, osób zarządzających Spółką, osób sprawujących bezpośredni nadzór nad wykonawstwem oraz innych pracowników Spółki posiadających

certyfiikat „Poświadczenia bezpieczeństwa” w zakresie dostępu do informacji niejawnych. Osoby nieuprawnione nie mają dostępu do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a krąg osób dopuszczonych jest bardzo wąski. W załączeniu przedkładamy zanonimizowane „Poświadczenia bezpieczeństwa” wraz z „Zaświadczeniami stwierdzającymi odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych” osób zaangażowanych w przygotowanie oferty i niniejszych Wyjaśnień, przygotowanie umowy oraz innych osób zaangażowanych w nadzór i kontrolę nad realizacją przedmiotu umowy, czy też osób zarządzających Spółką.

Dokumentacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa przechowywana jest w pomieszczeniu spełniającym warunki określone w Ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. (Dz. U. 2010 nr 182 poz. 1228) o ochronie informacji niejawnych.

Wskazujemy również, że Spółka podjęła działania zmierzające do zachowania poufności w/w dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i zapewniła liczne środki techniczne oraz organizacyjne poprzez między innymi:

- Kontrolę dostępu:
- system kontroli dostępu do pomieszczeń,
- monitoring,
- ochrona całodobowa, - kontrolę zainstalowanego oprogramowania,
- system alarmowy,
- przechowywanie wiadomości na serwerze z hasłem dostępu,
- pełną identyfikację i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań).
- Ruch w sieci:
- zapory sieciowe, firewall,
- system antywirusowy,
- do zasobów informacyjnych i danych dostęp jest limitowany, w zależności od zajmowanego stanowiska.

Dodatkowo podnosimy, że Instal Kraków S.A. posiada w zakresie bezpieczeństwa informacji:

- wdrożoną Politykę Bezpieczeństwa obejmującą Instrukcję Zarządzania systemami Informatycznymi oraz Instrukcję Użytkownika Systemów Informatycznych),

- posiada Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego Drugiego Stopnia wydane przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego,
- posiada Kancelarię Niejawną,
- ustanowiono Pełnomocnika ds. Ochrony Informacji Niejawnych,
 - akredytację bezpieczeństwa teleinformatycznego dla systemu teleinformatycznego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych.

W załączeniu do niniejszego Uzasadnienia przedkładamy zanonimizowane dokumenty potwierdzające wdrożoną Politykę Bezpieczeństwa.

Wskazujemy, że informacje zawarte w „Plik 1 — Załącznik nr 10 — Tajemnica Przedsiębiorstwa”, „Plik 2 — JEDZ Wykonawcy — część niejawna” oraz dokumenty związane zawodowo z personelem (np. uprawnienia budowlane, zaświadczenia z izb branżowych) zawierają informacje, będące wynikiem długoletniego doświadczenia naszej Spółki oraz informacje dotyczące osób współpracujących z naszą Spółką i ich ujawnienie może doprowadzić do sytuacji, w której podmioty konkurencyjne będą mogły w przyszłości w sposób nieuprawniony skorzystać z naszego doświadczenia i wiedzy, a w konsekwencji uzyskać w sposób nieuprawniony bardziej konkurencyjną pozycję”.

Izba dokonując porównania Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy z fragmentami zacytowanymi w Informacji z kontroli uprzedniej Prezesa UZP ustaliła, że pominięto w szczególności takie fragmenty Uzasadnienia jak poniżej.

We wstępnej części Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dalej Uzasadnienia, wymieniono informacje jakie objęto tajemnicą przedsiębiorstwa to jest dane osobowe ekspertów jak i ich doświadczenie zawodowe wraz z posiadanymi wykształceniami, uprawnieniami budowlanymi.

Zacytowano treść art.8 ust.3 ustawy Pzp. o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz art.11 ust.2 ustawy ZnK definiującą tajemnicę przedsiębiorstwa, z przywołaniem komentarza do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 2019 pod redakcją prof. dr hab. Janusza Szwaji, gdzie zwrot „informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, należy interpretować szeroko”. Również przywołano trzy łączne przesłanki, które wymagane są do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa:

- 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wykonawca przywołuje wysoce wyspecjalizowany rynek ekspertów sektora gospodarki wodno-ściekowej, a w szczególności oczyszczalni ścieków i związane z tym ryzyko, w przypadku ujawnienia szczegółów zatrudnionego personelu, podjęcia próby przejścia specjalistów zatrudnionych bądź współpracujących z Wykonawcą. Na tę okoliczność przywołuje, w ocenie wykonawcy ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej z lat 2010 -2014 oraz Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 2007 – Sygn. akt V Ca 421/07.

Powyższą argumentację formalną i prawną w protokole z wyniku kontroli pominięto. Również pominięto zagadnienie wiążące się z obowiązkiem wykonawcy w związku z art.8 ust.3 ustawy Pzp. stwierdzającym obowiązek wykazania, że zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie jej udowodnienia.

Także pominięto argumentację wskazującą na okoliczność, że sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą („tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające „wartość handlową” dlatego, że są objęte tajemnicą” – przypis jak powyżej komentarza do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 2019 pod redakcją prof. dr hab. Janusza Szwejli). Należy zwrócić uwagę, na integralną część uzasadnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jakimi są świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, zaświadczenia o odbytych szkoleniach w/z ochrony informacji niejawnych w tym w systemach teleinformatycznych, upoważnienia do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” i tym podobne. Owszem należy mieć na uwadze stanowisko Kontrolującego, że są to dokumenty i potwierdzenia nie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa i nie odnoszą się bezpośrednio do art.11 ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niemniej świadczą one o staranności Wykonawcy i przygotowaniu również do ochrony informacji niejawnych, a nie tylko informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, gdzie wymagania są wprost określone w ustawie o ochronie informacji niejawnych.

Izba pomimo powyższych pominięć treści uzasadnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, potwierdza, że Kontrolujący w sposób rzetelny i wyczerpujący przedstawił sytuację, włącznie z przywołanymi powyżej wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 4 maja 2020

roku. Niemniej Izba odmiennie, niż to czyni Kontrolujący, ocenia skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do wyniku kontroli, w którym stwierdza się brak skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę, Izba ocenia badany przedmiot jak poniżej.

Wykonawca składając ofertę Zamawiającemu, dokonał w przepisany terminie zastrzeżenia informacji, których domaga się ochrony prawnej przewidzianej art.8 ust.3 ustawy Pzp., przez nie udostępnianie osobom postronnym poza zamawiającym wyspecyfikowanych w niej informacji dotyczących ekspertów do realizacji zamówienia.

Zamawiający przyjął zastrzeżenie Wykonawcy co do nie udostępniania wyszczególnionych informacji zawartych w ofercie. Również konkurent wykonawcy nie oprotestował czynności Zamawiającego, który pozytywnie ocenił i przyjął zastrzeżenie co do nie udostępniania wyspecyfikowanych informacji. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego złożyło oferty Zamawiającemu tylko dwóch wykonawców. Liczba złożonych ofert w tym postępowaniu znacznie odbiega od ostatnio składanych ofert w zamówieniach na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, sięgających często około dziesięciu ofert.

Pominąwszy te okoliczności należy zgodzić się ze stanowiskiem wyniku kontroli co do obowiązku w każdej sytuacji rzetelnego sprawdzenia przez Zamawiającego, czy uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa odpowiada wymogom art.11 ust.2 uznk i nie stanowi naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art.8 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niemniej obok zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, obowiązuje zasada ochrony informacji wykonawcy, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pod warunkiem spełnienia wymagań zarówno art.8 ust.3 ustawy Pzp., jak również art.11 ust.2 uznk co do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Należy również mieć na uwadze, że czynność zamawiającego polegająca na przyjęciu zastrzeżeń złożonych przez wykonawcę podlega kontroli tak jak w niniejszym przypadku przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak również przez Krajową Izbę Odwoławczą, wskutek zaskarżenia czynności zamawiającego co do ochrony informacji wskazanych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym nie jest to prawo bezwzględnie obowiązujące, ponieważ podlega kontroli powyżej wymienionych organów, a co nie ma miejsca przy zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia w myśl art. 8 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przechodząc do wyniku Kontroli wynika z niej przede wszystkim, że zastrzeżenie ma charakter ogólnikowy, sztamkowy a Wykonawca nie przedstawił dowodów na zasadność zastrzeżenia wskazanych informacji osobowych w złożonym uzasadnieniu a w szczególności, że informacje te są publicznie dostępne, więc ich utrzymanie w tajemnicy jest bezprzedmiotowe i nie podlega ochronie prawnej.

W ocenie Izby tak dokonane badanie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy nie koresponduje z obowiązującymi w tym zakresie przepisami zarówno ustawy Pzp jak i ustawy Znk, które określają ramy przysługującej ochrony dla informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przed wszystkim co jest bezsporne w prowadzonej kontroli, Wykonawca we właściwym czasie to jest wraz ze złożoną ofertą zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, składając Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czym wypełnił dyspozycję art.8 ust.3 ustawy Pzp (nie później niż w terminie składania ofert).

W złożonym Uzasadnieniu, Wykonawca precyzyjnie określił zakres informacji chronionych, określając je w Załączniku nr 10 – „Doświadczenie ekspertów” co do danych osobowych Eksperta 2 Kierownika Zespołu (projektanta branży sanitarnej) i Eksperta 4 branży elektrycznej, których doświadczenie zawodowe oceniano również w ramach kryterium oceny ofert, łącznie do 40 % (60 % cena ofertowa). Poza tym tajemnicą przedsiębiorstwa określono dane osobowe Ekspertów od 1 do 7, również co do ich wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, jak i doświadczenia zawodowego.

Kolejno co wynika z powyżej obszernie cytowanego, również w ustaleniach Wyniku kontroli, Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykonawca opisał wymagania z art.11 ust.2 ustawy Znk dla skutecznego uznania informacji chronionych jako tajemnica przedsiębiorstwa, które powinny być spełnione łącznie.

Wyniki Kontroli negują przed wszystkim dwie pierwsze przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa to jest co do wartości gospodarczej informacji, której nie określono wprost w Uzasadnieniu, jak i dostępu osób z branży do danych osobowych ekspertów i ich wykształcenia, kwalifikacji i doświadczenia zawodowego, jak i nie zawyżonych wymagań przy punktacji ich doświadczenia w ramach kryterium oceny ofert.

Izba w tym miejscu nie przytacza argumentacji Informacji o Wyniku Kontroli, ponieważ szczegółowo argumentacja została przytoczona powyżej przy prezentacji Informacji jak i stanowisku Prezesa UZP na złożone zastrzeżenia do wyniku kontroli przez zamawiającego.

Izba wydając przedmiotową opinię nie podziela argumentacji z Informacji o wyniku kontroli o tym, że dane osobowe i związane z nimi kwalifikacje są powszechnie znane osobom zwykle

zajmującym się tym rodzajem informacji czy osobom z tzw. branży sektora gospodarki wodno-ściekowej. Przede wszystkim chroniona informacja nie dotyczy w ogóle posiadanego stanu osobowego ekspertów, co też nie jest informacją powszechnie znaną czy upubliczniąną przez Wykonawcę, nawet dla podmiotu z branży, ale dotyczy ochrony zestawienia, doboru ekspertów do wykonania przedmiotowego zamówienia. Powszechnie wiadomym jest, że jednym z elementów przygotowania oferty, w sposób najbardziej efektywny dla jego realizacji również pod względem finansowym jest właściwe zestawienie zespołu osób zarówno pod kątem współpracy, efektywności działania, doświadczenia wzajemnie się uzupełniającego jak również kosztu finansowego utrzymania personelu. Tego rodzaju dobór ekspertów nie jest elementem niezmiennym i zależy nie tylko od aktualnego stanu zatrudnienia czy też osób współpracujących, ale również od rodzaju przedsięwzięcia inwestycyjnego w różnych jego aspektach, czynnikach mających wpływ na realizację zamówienia. Właśnie o tym jest mowa w art. 11 ust.2 ustawy Znk to jest „jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji”, takie informacje według wytycznych ustawodawcy mogą być chronione. Dla ochrony tych informacji nie ma znaczenia, że osoby postronne mogą znać aktualnie, czy nawet po rozstrzygnięciu przetargu personalia osób zatrudnionych czy też współpracujących z przedsiębiorcą, ponieważ tajemnicy podlega zestawienie ekspertów do danego zamówienia do wygrania przetargu. Należy mieć też na uwadze, że jak w tym przypadku Wykonawca, chroniący informacje o ekspertach nie wygrał przetargu, jego oferta nie była najkorzystniejsza. Odtajnienie informacji dawałoby szansę na nieuprawnione korzystanie z pomysłu Wykonawcy na zestawienie i dobór kadry ekspertów do jej realizacji.

Rozstrzygając z kolei kwestię wartości gospodarczej informacji o składzie osobowym ekspertów, to w ocenie Izby jest bezprzedmiotowym posługiwanie się na te okoliczność przez Wykonawcę kalkulacjami, rachunkami, ponieważ samo przez się rozumie, że dysponowanie czynnikiem ludzkim jest elementem kosztotwórczym a w efekcie cenotwórczym. Należy tutaj przywołać także cytowany pogląd doktryny w Uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, że sam fakt ochrony informacji jest dowodem na jej wartość gospodarcza dla przedsiębiorcy i nie wymaga dowodu.

Co do samej ochrony personaliów osób, ich wykształcenia, kwalifikacji i doświadczenia zawodowego jako poszukiwanych osób na rynku, którzy nie są osobami o unikatowych kwalifikacjach, czego nie wykazał wykonawca, jak twierdzi Kontrolujący a stanowiłoby to ewentualną podstawę do zastrzeżenia informacji o nich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sam fakt, że zamawiający nazywa te grupę osób ekspertami świadczy o unikatowym charakterze ich kwalifikacji, jako wybranych z grona specjalistów z uprawnieniami budowlanymi. Również lekceważenie ich charakteru z racji, że zamawiający czy to do

kwalifikacji spełnienia warunku, czy też kryterium oceny ofert posługuje się tylko dwoma, czy trzema doświadczeniami, nie ma znaczenia przy kwalifikacji do ochrony ich nazwisk. Bowiem należy zwrócić uwagę na kryteria oceny ofert, gdzie przewiduje się do 40 % w ocenie za doświadczenie ekspertów. Sam fakt, że w postępowaniu złożono 2 oferty a nie około dziesięciu świadczy również o charakterze inwestycji, jej złożoności czy skomplikowaniu technicznym, dla realizacji której wymagane są kwalifikacje ekspertów, jak to nazywa zamawiający.

Reasumując obydwie przesłanki wymagane do skutecznego zastrzeżenia informacji o kadrze ekspertów, to jest o charakterze informacji posiadającej wartość gospodarczą, jak i braku powszechnej znajomości zestawienia i zbioru osób do realizacji przedmiotowej inwestycji w systemie projektuj i buduj, nie jest powszechnie znane osobom z branży, a co zostało wykazane przez Wykonawcę.

Należy odnieść się do zagadnienia „podkupywania” ekspertów i argumentacji Kontroli, że to problem wykonawcy zapewnić odpowiednie wynagrodzenie, aby personel nie był podkupowany i brak dowodów na mające miejsce podkupywanie personelu. Ma częściowo rację Kontrolujący ale nie dostrzega obok problemu zachęt dla personelu grę rynkową pomiędzy wykonawcami i również zainteresowanie Zamawiającego do efektywnej gospodarki środkami publicznymi, nawet przy uwzględnieniu, że kryterium ceny ofertowej znajduje się na poziomie 60 procent. Natomiast źle by świadczyło o staranności Wykonawcy, gdyby musiałby mieć najpierw negatywne doświadczenia w podkupowaniu personelu, aby zająć się dopiero wtedy tym powszechnie znanym na rynku gospodarczym zjawiskiem.

Najmniej krytykowany jest w Informacji o wyniku kontroli system podjęcia działań w celu utrzymania informacji w tajemnicy przedsiębiorstwa. Krytyka dotyczy przywoływania na tę okoliczność systemu wprowadzonego dla ochrony informacji niejawnych. Niemniej funkcjonowanie systemu ochrony informacji niejawnych u Wykonawcy może tylko pozytywnie świadczyć do przygotowania ochrony danych. Niemniej jak cytuje Kontrolujący wykonawca posiada zorganizowany system zabezpieczający dostęp do informacji chronionych również w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Rodzaje zabezpieczeń zostają przywołane w Uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również powyżej zostały zacytowane przy prezentacji Informacji o wyniku kontroli.

W związku z powyższym Izba na mocy art.171a w związku z art.167ust.2-6 ustawy Pzp. wydała opinię jak w sentencji uchwały.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....