Sygn. akt: KIO 1692/19

WYROK

z dnia 13 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2019 roku przez Odwołującego - CONTROL PROCESS Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawcy INSTAL Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - CONTROL PROCESS Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - CONTROL PROCESS Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt 1692/19

UZASADNIENIE

Dnia 30 sierpnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Ustawą" lub „Pzp"), odwołanie złożył Wykonawca: CONTROL PROCESS Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej „Odwołującym").

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn.: „Modernizacja węzła przeróbki osadu nadmiernego i biogazu dla zwiększenia produkcji biogazu na oczyszczalni ścieków Kujawy".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 121-297320 w dniu 26.06.2019r.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego, polegającej na zaniechaniu ujawnienia bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa części Oferty INSTAL Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, w szczególności w zakresie:

- Opisu przedmiotu oferty
- Wykazu głównych urządzeń

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy: art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp, jak również art. 96 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (Dz. U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie ujawnienia części oferty tj. informacji zastrzeżonych przez INSTAL jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie Zamawiającemu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu i opisu urządzeń,

- nakazanie Zamawiającemu ujawnienia bezskutecznie zastrzeżonych części ofert konkurencji i przekazania ich Odwołującemu,

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, co uprawnia go do korzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący ubiega się o przedmiotowe zamówienie, a objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu uzyskania zamówienia. Odwołujący ma zatem interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z Ustawą czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na interes Odwołującego w postępowaniu.

Wskazane w odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy ma istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Ustawy. Efektem naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy, jest uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie utajnionych części ofert. W odpowiedzi na skierowany wniosek (pismo z dnia 20.08.2019), Odwołujący otrzymał negatywną odpowiedź Zamawiającego (pismo z dnia 27.08.2019). Zamawiający utrzymał uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez INSTAL za skuteczne, zatem Odwołujący uznaje, że wniesienie odwołania na tą czynność jest zasadne i odwołanie złożone jest w terminie.

Ponadto, wskazać należy, że zgodnie z pismem Zamawiającego skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z postępowaniem KIO o sygnaturze KIO 1253/19 przedmiot postępowania przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, co potwierdza postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2019r. sygn. akt: KIO 1253/19. W związku z tym, Odwołującemu przysługuje możliwość odwołania na wszelkie czynności Zmawiającego podjęte w postępowaniu.

Odwołujący po otwarciu ofert w postępowaniu, na piśmie w dniu 20.08.2019 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie skanów wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. W odpowiedzi na złożony wniosek, Zamawiający przekazał e-mailowo archiwa części jawnej ofert. Na tej postawie w dniu 20. 08. 2019 r. pisemnie Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie w całości oferty złożonej w postępowaniu przez: INSTAL KRAKÓW S.A. z siedzibą w Krakowie, w szczególności

w zakresie :

- Opisu przedmiotu oferty
- Wykazu głównych urządzeń

W dniu 27.08.2019 r. Zamawiający przekazał pisemnie informacje, że wniosek dotyczy odtajnienia informacji, które zostały skutecznie zastrzeżone przez INSTAL, ponieważ przygotowane wykaz i opis urządzeń ma charakter indywidualny, oparty na wiedzy i doświadczeniu Wykonawcy, dotyczy informacji technicznych, które mają wymiar gospodarczy.

Wskazać należy, że zasadą postępowań publicznych jest ich jawność (art. 8 ust. 1 Pzp) zaś możliwość zastrzeżenia części oferty jest wyjątkiem (art. 8 ust. 3 Pzp) obwarowanym szczegółowymi wymaganiami, tj. informacja musi:
- posiadać przymiot informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- zostać zastrzeżona nie później niż w terminie składania ofert,

- Wykonawca musi wykazać (nie później niż w terminie składania ofert), że

zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności".

Zdaniem Odwołującego INSTAL nie sprostał wymaganiom wynikającym ze wskazanych przepisów. INSTAL załączył do oferty jedynie zaledwie nieco ponad trzy trzystronicowe uzasadnienie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, którego integralną część stanowi: Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego i inne, Poświadczenia Bezpieczeństwa, Zaświadczenia stwierdzające odbycie szkolenia w/z ochrony informacji niejawnych, Upoważnienie do przetwarzanie danych osobowych, Zaświadczenia stwierdzające odbycie specjalistycznego szkolenia w/z ochrony informacji niejawnych w systemach teleinformatycznych, Upoważnienia do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „Zastrzeżone". Przedmiotowe postępowanie natomiast w żadnym stopniu nie obejmuje zakresu regulowanego ustawą o ochronie informacji niejawnych, zatem brak jest jakiegokolwiek związku pomiędzy tym postępowaniem a przedstawionymi upoważnieniami, zaświadczeniami i innymi dokumentami. Związku takiego nie wskazał (ani tym bardziej nie wykazał) także INSTAL w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie zastrzeżenia Wykazu głównych urządzeń oraz Opisu Urządzeń, INSTAL w żaden sposób nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ani nie wskazał w tym zakresie żadnych dowodów. Do uzasadnienia nie dołączono np. umów poufności zawartych z partnerami czy dostawcami urządzeń. Jak wskazuje Izba w swoim orzecznictwie - wyrok KIO 1618/18 z dnia 31.08.2019:

<<Obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa i jakkolwiek z obowiązku „ wykazania" nie można wywodzić bezwzględnego obowiązku potwierdzenia dowodami zaistnienia każdej z przesłanek z art. 11 ust. 4 wskazanej ustawy, to jednak poprzestanie wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy niejednokrotnie nie będzie mogło być uznane za wystarczające. Istnieją trudności związane z wykazaniem okoliczności nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji, jako że dowody w tym przypadku musiałyby potwierdzać okoliczność negatywną i w tym zakresie co do zasady wystarczające może być złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego.

Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania danych informacji w poufności, które przybierają najczęściej materialną postać, np. poprzez zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy>>.

W zakresie podstaw żądania udostępnienia skanów ofert konkurencji, Odwołujący podkreślił, że wykaz i opis urządzeń stanowi podstawę oceny zgodności oferty co do spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zgodności ofertowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego. Tym samym bezprawne zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia informacji zawartych w ofercie powoduje, że niemożliwa jest pełna weryfikacja prawidłowości ofert, a zatem zaniechanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy w zakresie jawności postępowania. Naruszenie to wpływa na interes Odwołującego -

uniemożliwia mu weryfikację ofert i wykazanie ich niezgodności z wymaganiami dokumentacji przetargowej. Zgodnie z aktualną linią orzeczniczą Izby wyrażoną m.in. w wyroku z dnia 13.02.2019 KIO 185/19:

„Zgodnie z zasadą jawności obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie. w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające. Nie jest dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji, które zostaną ujawnione na późniejszym etapie udzielenia zamówienia np. po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej czy w chwili podpisania umowy. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do jej wyboru czy podpisania umowy."

Wykaz urządzeń, jaki Wykonawcy byli zobowiązani do dołączenia do ofert zawiera nazwy i modele standardowych urządzeń powszechnie stosowanych na oczyszczalniach ścieków. Zamawiający wprost wymagał, aby oferowane urządzenia były urządzeniami, które zostały wcześniej zastosowane w oczyszczalniach ścieków i na nich pracują - zatem wykluczone są urządzenia nowe, prototypowe, czy będące dopiero w fazie projektowania. Wskazać też należy, że oczyszczalnie ścieków są zwykle obiektami pozostającymi w sferze majątku publicznego, zatem informacja o tym jakie są tam eksploatowane urządzenia jest dostępna jako informacja publiczna. Informacja wymagana do zawarcia w ofercie nie zawiera danych szczegółowych dotyczących technologii, wymagających ujawnienia know-how Wykonawcy, czy jego powiązań z partnerami biznesowymi. Tym samym wykaz taki nie może być traktowany jako tajemnica przedsiębiorstwa, co potwierdza orzecznictwo KIO - wyrok z dnia 3.03.2015 r., sygn. akt KIO 270/15:

„Doboru dostępnego na rynku sprzętu i oprogramowania do wymagań zamawiającego przedstawianych w specyfikacji warunków zamówienia nie można uznać za „unikalną wiedzę inżynierską" czy wyjątkowe „know-how", lecz zwykłą wiedzę profesjonalną, którą posiadają wykonawcy w danej branży ".

Natomiast opis urządzeń został opracowany tylko na rzecz tego postępowania, prowadzi to do wniosku, ze informacje te nie posiadają wartości gospodarczej poza tym postępowaniem - zatem przez ich ujawnienie INSTAL nie jest w stanie ponieść szkody, gdyż, nie będzie miało ono zastosowania w innej działalności biznesowej, a jego zastrzeżenie ma wyłącznie na celu uniemożliwienie zapoznania się z ofertą przez podmioty konkurencyjne.

Odwołujący wskazał, że przedsiębiorcy działający na rynku publicznym winni mieć pełną świadomość co do obowiązującej zasady jawności, tak wyrok KIO 140/16, KIO 148/16 z dnia 22.06.2016 r.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że INSTAL:

- nie wykazał w żaden sposób istnienia ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa dla zastrzeżonych informacji, w szczególności nie wykazał, że objęte zastrzeżeniem informacje posiadają szczególną wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji ani że w stosunku do tych informacji podjęto działania w celu utrzymania ich w poufności.

W istocie INSTAL wykazał jedynie, że zatrudnia osoby posiadające uprawnienia do przetwarzania informacji niejawnych o różnym stopniu tajności. Wobec powyższego, dokonane przez INSTAL zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uznać należy za nieskuteczne, wobec niespełnienia przesłanek ustawowych.

W tym stanie rzeczy Odwołujący uważa, że wniesienie odwołania jest konieczne i zasadne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert. Odwołujący kwestionuje czynność badania i oceny ofert, w tym nieuzasadnione zastrzeżenie informacji w ofercie innego Wykonawcy jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ewentualne ustalenie, że Zamawiający niezasadnie dokonał oceny oferty w przedmiocie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, prowadziłoby do konieczności nakazania unieważnienia tych czynności, czego efektem może być uzyskanie przez Odwołującego dostępu do nieznanych na obecnym etapie elementów przedmiotowo i podmiotowo istotnych w ofercie innego Wykonawcy. Natomiast szkoda jaką może on ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Zamawiający podkreślił, że postepowanie prowadzone jest w trybie zaprojektuj i wybuduj. Podane w Opisie przedmiotu zamówienia PFU wymogi dla urządzeń znajdują doprecyzowanie na etapie projektowania. Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że mają one charakter standardowych urządzeń powszechnie stosowanych na oczyszczalniach ścieków. Nawet wielkość oczyszczalni ścieków, na której realizowane ma być zadnie nie jest typowa. Każda oczyszczalnia charakteryzuje się inną charakterystyką ścieków, ciągów technologicznych, technologii, układu budynków. Wykonany projekt i zamontowane urządzenia nie pozwalają na przeniesienie 1 do 1 rozwiązania z jednej oczyszczalni na drugą.

Nadto Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 lipca 2019 r. uwzględniając odwołanie dopuścił m.in. zastosowanie zamiast jednego agregatu kogeneracyjnego, 2 agregaty kogeneracyjne, o łącznej mocy takiej jak 1 agregat. Wprowadził także szereg zmian do SIWZ, wymagających wiedzy technologicznej i inżynierskiej o charakterze specjalistycznym.

Wbrew opinii Odwołującego informacja o tym, jakie urządzenia są eksploatowane na oczyszczalni nie jest publicznie dostępna i nie jest informacją publiczną. Oczyszczalnie ścieków są w większości przypadków obiektami wchodzącymi w skład infrastruktury krytycznej dla funkcjonowania Państwa i wykaz ich urządzeń ani zasady funkcjonowania nie są objęte informacją publiczną ze względu na bezpieczeństwo Państwa. Również obiekt, na którym ma być realizowane zamówienie jest obiektem podlegającym obowiązkowej ochronie, na którym ruch towarowy i osobowy jest ściśle dozorowany i ograniczony.

To te argumenty w ocenie Zamawiającego stanowią o charakterze twórczym, technologicznym i organizacyjnym dokumentów składającego ofertę oraz mają wartość gospodarczą, tym samym spełniają kumulatywnie przesłanki zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r., sygn. akt ICKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59). Zastrzegający podjął również, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odnośnie typowych urządzeń, które nie są prototypami zgodnie z wymogami SIWZ, Zamawiający poinformował, że zawarty w opisie przedmiotu oferty w części zastrzeżonej przez Przystępującego zestaw informacji opis techniczny i wykaz kluczowych urządzeń w ocenie Zamawiającego stanowi zestaw i zbiór elementów, o którym mowa w art. 2 pkt 1 DYREKTYWY PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, pomimo, że poszczególne karty katalogowe urządzeń są powszechnie dostępne i urządzenia stosowane.

Zestaw/ zbiór informacji oznacza pewien zespół informacji tworzących nierozerwalny związek w kontekście ich szczególnego zestawienia czy zbioru. W orzecznictwie sądów

okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawic z 31 sierpnia 2012 r., sygn. akt Ca 3061/1 1) oraz Sądu Najwyższego (np. wyrok z 22 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/2006) potwierdza się, że nawet w sytuacji, gdy informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje to o odebraniu przymiotu poufności całemu zespołowi wiadomości o produkcie. Ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru są podane do wiadomości publicznej. W jednym z wyroków Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła podobnie, że „jakkolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę" (wyrok KIO z 13 grudnia 2017 r., sygn. akt. KIO 2421/17).

W opinii Zamawiającego wykaz urządzeń kluczowych wraz z opisem technicznym przedstawia autorską, unikalną koncepcję realizacji zamówienia (nie ma możliwości wykorzystania tej koncepcji w innym projekcie ze względu na jej specyficzny charakter, powielenia rozwiązania na innej oczyszczalni ścieków), czy wymagające ochrony know-how wykonawcy.

Zgodnie z orzeczeniem KIO z 13 grudnia 2017 r., w odniesieniu do wykazów technicznych wyposażenia lub części Izba stwierdziła, iż „ujawnienie wykazu wyposażenia i części może doprowadzić do uzyskania informacji dotyczących zastosowanej technologii i określonego rozwiązania, jakiego rodzaju urządzenia będą używane przy wykonywaniu zamówienia. Są to niewątpliwie informacje posiadające określoną wartość gospodarczą, o charakterze technologicznym, a więc stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa. Także zdaniem Izby tylko indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące know-how wykonawcy mogą być przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. Tym samym tylko te elementy opisu części oferty, które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom". Podobnie wyroku KIO z dnia 16 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 289/16. Zamawiający, co prawda określił podstawowe wymagania urządzeń, ale jednocześnie wymagał zindywidualizowanego Opisu technicznego oferowanych urządzeń z podaniem marki, modelu oraz producenta na formularzu według załącznika nr 61). Izba w zakresie tego zarzutu zgodziła się z Zamawiającym, że w przypadku przedmiotu zamówienia, który jest wynikiem połączenia, w sposób przemyślany indywidualnie, kilku elementów, można przyjąć, że zastrzeżone elementy techniczne oraz licencje połączone w takiej, a nie innej konfiguracji stanowią szczególne „know how", a co za tym idzie może być to uznane, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Na marginesie Zamawiający podkreślił, że sam Odwołujący również w swojej ofercie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do opisu przedmiotu oferty i wykazu głównych urządzeń. Tym samym skoro sam uważa je za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i spełniające wszelkie wymogi formalne, to co najmniej dziwnym jest stawianie zarzutu bezzasadności zastrzeżenia tajemnicy w odniesieniu do oferty konkurencji dotyczących tych samych elementów oferty. Przy czym Odwołujący zastrzegł jako tajemnice przedsiębiorstwa nawet informację z publicznych rejestrów.

Odnośnie działań podjętych w celu zapewnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający wskazał na treść wyroku w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 528/10), w którym Izba stwierdziła, że „wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi iż powyższa (zastrzeżona - przyp. wł.) informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona." W ofercie Przystępującego wskazano na środki techniczne i osobowe zastosowano do zachowania tajemnicy przekazanych informacji.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. Popierał stanowisko i argumentację przedstawioną przez Zamawiającego.

Na rozprawie Strony i Uczestnik postępowania podtrzymali argumentację przedstawioną pisemnie.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w szczególności dokumentu pt. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczonego w ofercie Przystępującego, Izba ustaliła, że Przystępujący podał, iż zastrzeżone informacje zawarte w „Opisie przedmiotu oferty" oraz w „Wykazie głównych urządzeń" są wynikiem wieloletniego doświadczenia kadry, technologów Instal Kraków S.A. w zakresie projektowania, budowy, rozbudowy etc. oczyszczalni ścieków oraz zrealizowanych zadań dla energetyki, jak również są wynikiem powiązań biznesowych

z dostawcami/producentami/podwykonawcami. Informacje zawierają szczegóły dotyczące metodologii i charakterystykę realizacji przedmiotu zamówienia, rozwiązań technologicznych dla zapewnienia prawidłowego jego wykonania między innymi wypracowany przez lata doświadczeń sposób podłączenia, zabudowy, uruchomienia we współpracy z innymi systemami/modułami/urządzeniami. Informacje te stanowią o przewadze nad konkurencją, wobec czego mają również wymierną i znaczną wartość gospodarczą. Wiedza ta oraz doświadczenie ma umożliwić optymalizację kosztów pod kątem ich obniżenia. Dane te są informacjami nieujawnionymi do wiadomości publicznej, tj. nie są powszechnie znane. Nie są także łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się danym rodzajem informacji - osób branży. Wobec informacji w zastrzeżonej części oferty podjęto działania niezbędne do zachowania ich poufności. Informacje te są znane jedynie ściśle określonej grupie osób, zobowiązanych do zachowania poufności, tj. wybranemu i ograniczonemu gronu pracowników Instal Kraków S.A. biorących udział w przygotowaniu i opracowaniu oferty i posiadających odpowiednie certyfikaty. Osoby nieuprawnione nie mają dostępu do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a krąg osób dopuszczonych jest bardzo wąski. Przystępujący przedłożył zanonimizowane „Poświadczenia bezpieczeństwa" wraz z „Zaświadczeniami" stwierdzającymi odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych. Dokumentacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa przechowywana jest w specjalnie zabezpieczonych pomieszczeniach. Spółka podjęła działania zmierzające do zachowania poufności dokumentów 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. Końcowo Przystępujący podkreślił, że zastrzeżone dokumenty zawierają informacje, będące wynikiem długoletniego doświadczenia Spółki oraz informacje dotyczące osób współpracujących ze Spółką i ich ujawnienie może doprowadzić do sytuacji, że podmioty konkurencyjne będą mogły w przyszłości w sposób nieuprawniony skorzystać z doświadczenia i wiedzy, a w konsekwencji uzyskać w sposób nieuprawniony bardziej konkurencyjną pozycję.

Biorąc pod uwagę przedstawione przez Strony i Uczestnika postępowania stanowiska oraz ustalony przez Izbę stan faktyczny, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i musiało zostać oddalone w całości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1, ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 i 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w powiązaniu z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie znalazła podstaw do uznania argumentacji Odwołującego za zasługującą na uwzględnienie.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa" wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,

ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza

możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód

są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji przedstawionych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca wykazał ziszczenie się wszystkich wymaganych przesłanek, by daną treść uznać za mogącą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Opisano charakter zastrzeżonych informacji, zaznaczono, że są one znane tylko ograniczonemu kręgowi osób i jakie czynności podjęto, by nie były one powszechnie znane, wskazano, jaką wartość gospodarczą posiadają te informacje dla Wykonawcy i jaką szkodę poniesie Wykonawca, w sytuacji ich ujawnienia.

Przystępujący złożył w ofercie stosowne uzasadnienie, dlaczego określoną materię dotyczącą Opisu przedmiotu oferty i Wykazu głównych narzędzi traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawił też w tym zakresie argumentację i załączył dowody uzasadniające zastrzeżenie. Wyjaśnienia te nie były ogólne. Złożone uzasadnienie zastrzeżenia szczegółowo wskazywało na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez Wykonawcę środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania. Odniesiono się do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy, wyjaśniono, że informacje zawarte w ofercie odnoszą się do metodologii projektowania ciągu technologicznego dla oczyszczalni Zamawiającego, która opiera się na wieloletnim doświadczeniu i wiedzy podmiotu w danej branży. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Wykaz głównych narzędzi nie jest dokumentem, w którym w prosty sposób wymieniono podstawowe urządzenia wymagane przez Zamawiającego z nazwy producenta i typu urządzenia. Wykaz ten, czytany łącznie z Opisem przedmiotu oferty daje pogłębioną analizę technologii, którą chce zastosować dany Wykonawca, obrazuje sposób przeprowadzenia modernizacji oczyszczalni co do jej podstawowych elementów. Pokazuje także w jaki sposób dany wykonawca, przez zastosowanie konkretnych rozwiązań technologicznych, czyli ułożenie pewnego ciągu technologicznego z urządzeń, chce osiągną zakładany efekt, to jest maksymalne wykorzystanie potencjału zakładu oczyszczalni do produkcji biogazu. Nie jest więc bez znaczenia w jaki sposób Wykonawca zaprojektuje i wykorzysta poszczególne urządzenia, by zamierzenie końcowe postępowania osiągnąć, nawet jeżeli Zamawiający wymagał zastosowania urządzeń wcześniej zastosowanych w oczyszczalniach ścieków i na nich pracujących.

Już samo ujawnienie typów i typoszeregów maszyn pozwoliłoby konkurencji na zdobycie wiedzy, którą można w przyszłości wykorzystać. Nawet jeżeli, jak twierdził Odwołujący, dane rozwiązanie nie może być poza tym postępowaniem wykorzystane (co jednocześnie przeczy tezie, że rozwiązanie nie ma charakteru unikatowego), to w innych postępowaniach, na innych obiektach wiedza taka może być wykorzystana, by zwiększyć własną konkurencyjność, podnieść efektywność własnych rozwiązań, zmienić pewne elementy we własnej metodologii. Tym samym ujawnienie informacji może stanowić wymierną korzyść niematerialną dla pozostałych wykonawców na przyszłość.

Dalej podkreślić należy, iż Przystępujący wskazywał na wewnętrzne regulacje

przyjęte w firmie stosownymi regulaminami, przywołał postanowienia umowne obowiązujące pracowników, którzy przestrzegać muszą zasady poufności. Załączony także został dokument - Polityka Bezpieczeństwa, która ustanawia odpowiednie środki techniczne ochrony danych. Przystępujący opisał w jaki sposób dane informacje są w jego jednostce chronione, przy użyciu jakich systemów, kto i na jakich zasadach ma dostęp do tych elementów. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach powołał się także na zasady poufności wynikające z umów z kontrahentami oraz wskazał własne procedury wdrożone w celu zachowania poufności tych danych.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje ujęte w ofercie Przystępującego stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące zastosowanej technologii, czyli wiedzy specjalistycznej dla obiektu danego Zamawiającego.

Wykonawca określił także wartość gospodarczą informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14). Niewątpliwie z taką informacją mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia. Analiza ofert złożonych w postępowaniu pokazuje, że choć wykonawcy posiadają bogate doświadczenie w danej branży, realizowali wiele kontraktów w danej dziedzinie, to jeden z nich - być może z uwagi na wynegocjowane warunki szczególne - złożył korzystniejszą ofertę. Tym samym więc informacja o danym rynku dostawców i zasadach współpracy z tymi dostawcami na zasadzie indywidualnych negocjacji wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności danego wykonawcy.

Zauważyć dalej należy, iż Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że informacje ujęte w ofercie Przystępującego mają charakter publiczny, dostęp do nich nie jest utrudniony. Izba dokonując analizy złożonych z ofertą dokumentów, uznała, iż dokumenty te będące zbiorem informacji o sposobie realizacji zamówienia mogą mieć wartość gospodarczą. O ile niektóre informacje, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne, o tyle cały zbiór informacji zawartych w Opisach i Wykazie obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny, stanowi także pracę koncepcyjną, twórczą, przeprowadzoną na potrzeby konkretnego Zamawiającego.

Odwołujący złożył na rozprawie materiał dowodowy, który odnosił się do wybranych elementów urządzeń funkcjonujących u Zamawiającego, nie był jednak w stanie udowodnić, wykazać, że znany jest całokształt infrastruktury użytkowanej w danej oczyszczalni. O ile z materiału zdjęciowego wywnioskować można pewne niuanse co do nazwy producenta, to już szczegółowe rozwiązania techniczne, poszczególne typu urządzeń, ich wzajemne powiązania, nie są możliwe do zidentyfikowania, nawet z wykorzystaniem informacji dostępnych na stronie internetowej Zamawiającego. Poza tym materiał ten odnosił się do urządzeń obecnie zainstalowanych u Zamawiającego, mógłby więc stanowić dowód w sprawie nieprawidłowego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Zamawiającego działającego jako spółka handlowa. Tymczasem odwołanie odnosi się do informacji zastrzeżonych przez Przystępującego Instal. W tym zakresie Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że możliwe jest pozyskanie z powszechnie dostępnych źródeł, informacji na temat współpracy tego podmiotu z określonymi dostawcami, powiązaniach biznesowych z określonymi podmiotami, stosowaniu określonych technologii, czy metodyki pracy technologów.

Reasumując Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: