

WYROK
z dnia 9 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Elemont Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole oraz Econstruction Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Energetyka Ciepła Opolszczyzny S.A., ul. Harcerska 15, 45-118 Opole,**

przy udziale wykonawcy „**INSTAL-FILTER Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza**” S.A., ul. Północna 1A, 64-000 **Kościan**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu ujawnienie złożonej przez przystępującego „**INSTAL-FILTER Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza**” S.A., Koncepcji wykonania robót budowlanych wraz z załącznikami.
2. **kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Energetykę Ciepłą Opolszczyzny S.A., ul. Harcerska 15, 45-118 Opole, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Elemont Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole oraz Econstruction Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. **zasądza od zamawiającego Energetyki Ciepłej Opolszczyzny S.A., ul. Harcerska 15, 45-118 Opole na rzecz odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Elemont Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole oraz Econstruction Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole kwotę 24 429 zł 67 gr** (dwadzieścia cztery tysiące czterysta dwadzieścia dziewięć złotych, sześćdziesiąt siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczzonego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę i noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 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 Opolu.

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

Zamawiający - Energetyka Ciepła Opolszczyzny S.A., ul. Harcerska 15, 45-118 Opole, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa / Przystosowanie Instalacji

Odpylania i budowa Instalacji Odsiarczania Spalin dla kotłów węglowych WR-25 nr 3 i OR-50N zainstalowanych w elektrociepłowni w Opolu przy ul. Harcerskiej”, numer referencyjny: 3/PZP/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 stycznia 2020 r., nr 2020/S 017-037859.

Pismem z dnia 14 maja 2020 r. zamawiający odmówił udostępnienia złożonych przez wykonawcę Instal Filter: Koncepcji wykonania Robót budowlanych oraz załączników do Koncepcji, w szczególności w postaci schematów i map.

W dniu 25 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Element Sp. z o.o, ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole oraz Econstruction Sp. z o.o, ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole (dalej: „odwołujący”), w którym zarzucili oni zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na przyjęciu, iż informacje zawarte w załączonych do oferty Instal Filter Koncepcji wykonania Robót budowlanych (sporządzonej na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do IDW) oraz w załącznikach do Koncepcji wykonania Robot budowlanych (sporządzonej na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do IDW), w szczególności w postaci schematów i map, stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, a poprzez to mają zdolność do bycia tajemnicą przedsiębiorstwa,
- 2)art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uzkn poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na przyjęciu, że w stosunku do informacji zawartych w załączonych do oferty Instal Filter Koncepcji wykonania Robót budowlanych (sporządzonej na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do IDW) oraz w załącznikach do Koncepcji wykonania Robót budowlanych (sporządzonej na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do IDW), w szczególności w postaci schematów i map, Instal Filter podjęła działania w celu utrzymania ich w poufności,
- 3)art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na zaniechaniu udostępnienia odwołującemu informacji zawartych w załączonych w załącznikach do protokołu z postępowania w postaci dołączonych do oferty Instal Filter Koncepcji wykonania Robót budowlanych (sporządzonej na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do IDW) oraz w załącznikach do Koncepcji wykonania Robót budowlanych (sporządzonej na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do IDW), w szczególności w postaci schematów i map.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Jak wynika z treści oferty Instal Filter, wykonawca ten dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do Koncepcji wykonania robót budowlanych (przedstawianej za wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do IDW). Konsorcjum Element nie neguje, iż w dokumencie tym mogą potencjalnie znajdować się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak w świetle wymagań SIWZ dotyczących treści oraz stopnia szczegółowości tego dokumentu, nie jest możliwe, aby dokument ten w całości mógł być utajniony.

Po pierwsze, zgodnie z pkt 5 Załącznika nr 9 do IDW (stanowiącego wzór Koncepcji wykonania robót budowlanych) wykonawca powinien w Koncepcji wykonania robót budowlanych opisać zwięźle, jakie podstawowe rozwiązania zamierza zastosować w ramach realizacji Przedsięwzięcia wraz z podaniem ich podstawowych danych technicznych, a w określonych przypadkach przedstawi wymagane załączniki. (...)

Wypełnienie powyższego wymagania powoduje, iż informacje zawarte w Koncepcji wykonania robót budowlanych, chociażby miały pewną wartość techniczną, technologiczną, czy też organizacyjną lub jakąkolwiek inną gospodarczą, to i tak pozostają na tak dużym stopniu ogólności, iż trudno przypisać im walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Poszczególne elementy składowe instalacji odsiarczania spalin czy też instalacji odpylania spalin są znane zamawiającym sektorowym prowadzącym działalność w sektorze wytwarzania ciepła lub energii elektrycznej oraz wykonawcom oferującym tego rodzaju urządzenia techniczne. Nie oznacza to oczywiście powszechnej wiedzy na temat szczegółów technologicznych instalacji poszczególnych producentów, ale Zamawiający wymagał jedynie zwięzłego opisu tego, jakie podstawowe rozwiązania zamierza zastosować w ramach realizacji Przedsięwzięcia.

Po wtóre, wymagania niemal wszystkie rozwiązania technologiczne i jakościowe zostały przesądzone przez Zamawiającego w Programie Funkcjonalno - Użytkowym („PFU”) stanowiącym opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie określił w PFU jedynie wymagań funkcjonalnych dotyczących poziomu redukcji tlenków siarki (SOx),

lecz w sposób wiążący narzucił metodę odsiarczania spalin. Zgodnie z pkt 2 PFU (Ogólny opis przedmiotu zamówienia) wykonawcy muszą do odsiarczania spalin zastosować wyłącznie metodę półsuchą, gwarantującą osiągnięcie redukcji związków siarki w spalinach do poziomów wymaganych (Parametrów Gwarantowanych), podanych w pkt 6 PFU. (...)

Co więcej nawet w ramach narzuconej metody półsuchej Zamawiający doprecyzował, że jako reagent stosować wyłącznie powszechnie dostępne w handlu reagenty wapniowe. Tym samym inne reagenty nie mogą być dobierane przez wykonawców na etapie projektowania instalacji odsiarczania spalin. W odniesieniu do instalacji odsiarczania Zamawiający narzucił też szereg wymagań technologicznych lub strukturalnych dotyczących elementów tej instalacji, np. rozładunek reagentów sypkich możliwy jest wyłącznie za pomocą układu transportu pneumatycznego z zastosowaniem sprężonego powietrza (vide- pkt 3.1.1 PFU). Z kolei w stosunku do magazynowania reagenta Zamawiający szczegółowo opisuje wyposażenie zbiorników magazynowych, m.in. czujniki poziomu wypełnienia, systemy aeracji, urządzenia do ciągłego pomiaru ilości zużywanego reagenta itd. (vide pkt 8.1.2 PFU). Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą zatem zastosować bardzo zbliżone rozwiązania technologiczne, które w aspekcie technicznym, strukturalnym i wreszcie kosztowym różnią się pomiędzy sobą w stopniu nieznacznym.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że Zamawiający wymaga aby Wykonawcy w swojej ofercie podali konkretne wartości oraz opisy oferowanych rozwiązań w celu oceny merytorycznej zgodności ofert. (...) Nie ma zatem wątpliwości, iż wszelkie powyższe informacją nie obejmują tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz opisują (na bardzo dużym poziomie ogólności) sposób wypełnienia wymagań opisanych w SIWZ.

Analogicznie rzecz się ma z drugim elementem przedmiotu zamówienia, tj. instalacją odpylania spalin. Także i w tym przypadku zamawiający w sposób wiążący dla wykonawców określił konieczność wykorzystania worków filtracyjnych w celu osiągnięcia redukcji pyłu w spalinach do poziomów wymaganych (Parametrów Gwarantowanych) podanych w pkt 6 PFU). Inne technologie niż oparte na filtrach workowych zostały wykluczone. Zamawiający szczegółowo określił nawet rodzaj materiału do użycia dla worków filtracyjnych. W pkt. 9 PFU Zamawiający wskazał: „Zamawiający wymaga aby przy doborze poszczególnych urządzeń do instalacji oczyszczania spalin stosować się do poniższych wymagań: (...) materiał worków filtracyjnych: materiał filtracyjny: PTFE; materiał koszy do worków filtracyjnych - stal nierdzewna”.

Zamawiający określił też precyzyjnie dalsze wymagania dla instalacji odpylania spalin (...) co wskazuje, że pole do własnej interpretacji podejścia do wykonania oferowanej instalacji jest bardzo ograniczone, a jawność dokumentów przetargowych wymagana jest w celu rzetelnej oceny kompletności składanej oferty, a nie poznania know-how innego oferty wykonawcy. (...)

O tym, iż w Koncepcji wykonania robót budowlanych (i załącznikach do niej) zawarto tajemnicę przedsiębiorstwa nie przesądza też fakt, iż w dokumencie tym wykonawcy mieli podawać podstawowe dane techniczne. Zauważyć należy, iż Zamawiający wymagał jedynie podania samych danych technicznych (i to wyłącznie podstawowych), a nie zaprezentowania mu sposobu (technologii) uzyskania przez wykonawców tych parametrów technicznych. Wobec wymogu podania w ofercie jedynie zwięzłego opisu zastosowanych rozwiązań podanie podstawowych danych technicznych nie oznacza jeszcze ujawnienia jakiegokolwiek tajemnicy przedsiębiorstwa. (...)

Zauważyć również należy, że wartości danych technicznych, których podania oczekuje Zamawiający to jedynie wyniki końcowe obliczeń wykonanych przez Wykonawców, a nie sposób dojścia do tych wyników. Z uwagi na powyższe nie można podania samej wartości danych technicznych uważać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei utajnienie wartości w/w parametrów technicznych i opisów uniemożliwia weryfikację zgodności oferty konkurencyjnej z wymaganiami PFU. (...)

Z kolei do takich elementów Koncepcji wykonania robót budowlanych jak (i) Plan sytuacyjny rozmieszczenia głównych urządzeń Instalacji Oczyszczania Spalin oraz (ii) Układ komunikacyjny (w tym drogi i place manewrowe i pozostałe zagospodarowanie przestrzenne terenu) trudno w ogóle wskazać co nawet potencjalnie mogłoby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet jeżeli, w oparciu o plan sytuacyjny rozmieszczenia urządzeń IOS można by wywnioskować wzajemne relacje przestrzenne pomiędzy elementami instalacji, to przecież nie jest to informacja o szczególnej doniosłości gospodarczej. Jest oczywistym dla każdego wykonawcy, iż rozmieszczenie elementów IOS jest zależne od wielkości urządzeń, sposobu ich podłączenia, czy też dopuszczalnych wielkości emisji takich czynników jak

hałas, ale nie jest to wiedza, której nie posiadają inni wykonawcy czy też zamawiający. Trudno też sobie wyobrazić jaką tajemnicę kryć może sposób zagospodarowania terenu przyjmowany przez któregośkolwiek wykonawcę, skoro jest zdeterminowany przez PFU. W niniejszym Postępowaniu wykonawcy muszą zaprojektować IOS dla istniejących jednostek wytwórczych oraz dla istniejącego komina. (...)

W przypadku Instal Filter w żaden sposób nie udowodnił Zamawiającemu podjęcia działań zmierzających do ochrony informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Instal Filter nie przedstawił jednakże żadnego dowodu na podjęcie, któregośkolwiek z ww. działań. Mając na uwadze fakt, iż opisany powyżej „kompleksowy program ochrony poufnych informacji” to przejawy rzekomej aktywności samego wykonawcy, to nie było żadnych przeszkód prawnych, jak i faktycznych, aby przedstawić Zamawiającemu dowody tak na istnienie ww. „kompleksowego programu”, jak i na jego faktyczne wdrożenie przez Instal Filter. (...)

W konsekwencji wadliwie dokonanej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Instal Filter, Zamawiający bezpodstawnie odmówił przekazania Konsorcjum Piemont wszystkich dokumentów tworzących ofertę Instal Filter. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu załączników do protokołu z postępowania w postaci dołączonych do oferty Instal Filter: Koncepcji wykonania Robót budowlanych (sporządzonej na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do IDW) oraz załączników do Koncepcji wykonania Robót budowlanych (sporządzonej na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do IDW), w szczególności w postaci schematów i map.

Pismem z dnia 29 maja 2020 r. wykonawca „INSTAL-FILTER Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza” S.A. ul. Północna 1A, 64-000 Kościan (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 2 lipca 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w części. Zamawiający udostępnił odwołującemu egzemplarz Koncepcji złożonej przez przystępującego z zakreślonymi na czarno informacjami, odtajniasjąc w ten sposób pozostałą treść Koncepcji.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiot niniejszego zamówienia stanowi zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn.: „Budowa / Przystosowanie Instalacji Odpylania i budowa Instalacji Odsiarczania Spalin dla kotłów węglowych WR-25 nr 3 i OR-50N zainstalowanych w elektrociepłowni w Opolu przy ul. Harcerskiej”, umożliwiającej spełnienie nowych poziomów emisji zanieczyszczeń ze spalania węgla kamiennego w Elektrociepłowni w Opolu. Głównym celem przedsięwzięcia jest ograniczenie emisji związanych ze spalaniem paliwa (węgla kamiennego) w kotłach WR — 25 nr 3 i OR — 50N zlokalizowanych w Elektrociepłowni w Opolu do poziomów zapewniających zgodność z wymaganiami sformułowanymi w Dyrektywie IED i Konkluzjach BAT — zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi Programie Funkcjonalno-Użytkowym wraz z załącznikami (PFU).

W pkt 8.3. siwz pn. Spełnianie przez roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, wskazano: „Wykonawca musi wykazać, że Roboty budowlane będą spełniały wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, składając Zamawiającemu koncepcję wykonania Robót budowlanych, na wzorze stanowiącym Załącznik nr 9 do niniejszej DW. UWAGA! Mając na uwadze fakt, że zapoznanie się przez Zamawiającego z koncepcją wykonania robót budowlanych jest niezbędne dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, w tym weryfikacji zgodności zaproponowanych rozwiązań z OPZ, Zamawiający wymaga, na podstawie art. 26 ust. 2f Pzp, przedłożenia przez Wykonawcę ww. Koncepcji wykonania Robót budowlanych wraz z ofertą. Z przedłożonej Koncepcji musi wprost wynikać sposób wykonania przez Wykonawcę Robót budowlanych, w tym dotyczący właściwości przedmiotu zamówienia, jego cech technicznych i jakościowych, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego we wzorze Koncepcji (Załącznik nr 9 do IDW), potwierdzającym zgodność z PFU (Część III siwz).”

Załącznik nr 9 zawiera tabelę, w której zamawiający wymienił elementy zamówienia:

Lp.	Wyszczególnienie
1	Ogólny opis założeń dla Instalacji Oczyszczania Spalin
2	Instalacja odsiarczania (w tym opis dozowania reagenta - dysze)
3	Instalacja odpylania
4	Kanały spalin
5	Izolacja termiczna urządzeń / instalacji
6	Wentylatory wyciągowe
7	Instalacja magazynowania i przesyłu reagenta
8	Instalacja magazynowania i przesyłu odpadów z instalacji odpylania końcowego (sposób utylizacji odpadu)
9	Konstrukcje inżynierskie
10	Układ zasilania elektroenergetycznego
11	Układ automatyki i sterowania
12	Stacja sprężarkowa i zbiorniki sprężonego powietrza
13	Instalacje pomocnicze (w tym: przyłącza, odprowadzanie ścieków / wód opadowych)
14	Plan sytuacyjny rozmieszczenia głównych urządzeń Instalacji Oczyszczania Spalin
15	Układ komunikacyjny (w tym drogi i place manewrowe) i pozostałe zagospodarowanie przestrzenne terenu

Dla ww. elementów trzeba było zamieścić opis proponowanych rozwiązań wraz z parametrami technicznymi oraz załączniki, przy czym dla pkt 1, 14 i 15 zamawiający wskazał, że załącznikami mają być odpowiednio: schemat i mapy.

Przystępujący złożył ww. Koncepcję wraz z załącznikami i zastrzegł jej treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący wskazał m.in., że: „Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, są informacjami nieznanymi ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód lub prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Sam opis techniczny instalacji, a także rysunki i schematy oferowanych technologii odsiarczania i odpylania zamieszczone w opisie techniczno-technologicznym instalacji są przygotowywane na potrzeby niniejszego postępowania i są indywidualnymi projektami dedykowanymi pod konkretnego klienta. Rysunki i schematy wraz z ich opisem nie są ujawniane na stronach internetowych Wykonawcy, w prospektach, reklamach, pismach fachowych dotyczących oferowanych przez Wykonawcę urządzeń. Wykonawca w odniesieniu do informacji, których zastrzegł tajność, podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności, tym samym zapewniając kontrolę nad przedmiotowymi informacjami. Przedsiębiorca nie ograniczył się w swoich działaniach do pojedynczych działań, lecz wdrożył kompleksowy program ochrony poufnych informacji polegający m.in. na:

- klasyfikacji i znakowaniu poufnych informacji,
- ograniczeniu dostępu oraz fizycznej ochrony miejsc przechowywania informacji,
- zabezpieczeniu nośników, szyfrowaniu danych zapisanych w postaci elektronicznej,
- zastosowaniu zabezpieczeń systemów informatycznych,
- zobowiązaniu pracowników i osób współpracujących do zachowania poufności udostępnionych informacji,
- wprowadzeniu klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami,
- zawieraniu umów o zachowaniu poufności informacji udostępnianych w toku negocjacji,
- oznakowaniu dokumentów, poczty elektronicznej (klauzule o zachowaniu poufności informacji).”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących

odrzućeniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Zgodnie z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk 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.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Ww. przepis przewiduje następujące przesłanki:

- informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób, a uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba poddała analizie treść uzasadnienia z dnia 22.04.2020 r. dotyczącego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Koncepcji wykonania robót budowlanych wraz z załącznikami i stwierdziła, że przede wszystkim przystępujący nie wykazał, że podjął wymienione w ww. piśmie działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. W tym zakresie przystępujący złożył jedynie oświadczenia i deklaracje wymieniając w ośmiu punktach stosowane przez siebie sposoby ograniczenia dostępu do zastrzeżonych informacji. Każdy wykonawca może takie oświadczenia i deklaracje składać w celu uzasadnienia spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Tymczasem, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, przesłanka ta, jak i pozostałe, musi być wykazana. Aby ją wykazać, należy np. przedstawić dokumenty istniejące już wcześniej, z których wynika, że konkretne informacje (takie same, jak te, które zostały zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla konkretnego kręgu osób. Z dokumentacji postępowania wynika, że odwołujący składając pismo z dnia 22.04.2020 r. takiego wykazania nie przeprowadził.

W szczególności przystępujący nie dołączył do oferty kopii dokumentów potwierdzających, że faktycznie podjął działania polegające na:

- 1.klasyfikacji i znakowaniu poufnych informacji,
- 2.ograniczeniu dostępu oraz fizycznej ochrony miejsc przechowywania informacji,
- 3.zabezpieczeniu nośników, szyfrowaniu danych zapisanych w postaci elektronicznej,
- 4.zastosowaniu zabezpieczeń systemów informatycznych,
- 5.zobowiązaniu pracowników i osób współpracujących do zachowania poufności udostępnionych informacji,
- 6.wprowadzeniu klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami,
- 7.zawieraniu umów o zachowaniu poufności informacji udostępnianych w toku negocjacji,
- 8.oznakowaniu dokumentów, poczty elektronicznej (klauzule o zachowaniu poufności informacji).

Wobec niedołączenia takich dokumentów, nie sposób było zweryfikować, czy w ogóle one istnieją, a jeśli tak - to czy rzeczywiście dotyczą zastrzeżonych w tym konkretnym postępowaniu informacji oraz czy i w jakim zakresie skutkują zachowaniem tych informacji w poufności. Deklaracja przystępującego, że podejmuje wskazane w treści pisma działania, nie jest wystarczająca w świetle ustawowego wymogu „wykazania” zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym przystępujący nie udowodnił, że zastrzeżenie przez niego informacji zawartych w Koncepcji wykonania robot budowlanych, zostało dokonane zgodnie z zawartą w art. 11 ust. 2 uznk przesłanką dotyczącą zapewnienia poufności. W konsekwencji należy uznać, że informacje zawarte w Koncepcji i załącznikach do niej nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W tym miejscu należy także podkreślić, że wykazanie zasadności zastrzeżenia informacji przedstawianych wraz z ofertą, musi mieć miejsce w chwili złożenia tej oferty. Zatem jednocześnie ze złożeniem oferty, wykonawca musi wykazać zamawiającemu, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jest zasadne w świetle art. 11 ust. 2 uznk. Jak wskazano powyżej, w ocenie Izby, przystępujący nie wykazał tej zasadności. Natomiast przedstawienie dowodów w tym zakresie dopiero na rozprawie należy uznać za działanie spóźnione, które w tym stanie rzeczy nie wpływa na ocenę zasadności zastrzeżenia.

Na marginesie jedynie należy stwierdzić, że złożone przez przystępującego na rozprawie dowody nie zawierają treści potwierdzających np. klasyfikację i znakowanie poufnych informacji (żaden dokument się do tego nie odnosi), wprowadzenie klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami (brak takich postanowień w złożonych umowach), stosowanie zabezpieczeń systemów informatycznych i danych zapisanych w postaci elektronicznej (brak takich postanowień w Instrukcji zarządzania systemem informatycznym, która jest dokumentem stworzonym w celu ochrony danych osobowych, tymczasem przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie dane osobowe, tylko dane techniczne). Przede wszystkim jednak należy podkreślić raz jeszcze, że dokumenty potwierdzające zachowanie poufności zastrzeżonych informacji, powinny być złożone w tej sprawie wraz z ofertą, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym, dlatego też obecnie nie mogą być uwzględnione do oceny zasadności zastrzeżenia.

Odnosząc się ponadto do argumentacji zamawiającego, zgodnie z którą sprawdził on na stronie internetowej przystępującego, w jego prospektach i ulotkach, czy zastrzeżone informacje są ujawniane, należy wyraźnie podkreślić, że takie działania zamawiającego są nieuprawnione. Pomijając już nawet kwestię wiarygodności informacji zamieszczanych w ww. miejscach (przede wszystkim pod kątem ich aktualności i kompletności), przede wszystkim należy stwierdzić, że nie jest rolą zamawiającego wyręczanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma zamawiającemu tę zasadność wykazać, a nie zamawiający ma za wykonawcę sam poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia.

Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez odwołującego na rozprawie, tj. kopii ofert przystępującego złożonych w innych postępowaniach na roboty realizowane w Żorach, Raciborzu i Pabianicach, należy zauważyć, że z dowodów tych wynika, iż część informacji zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa była przez przystępującego ujawniona w ww. trzech innych postępowaniach. Z dokonanego porównania wynika, że przykładowo:

- część informacji zastrzeżona w pkt 2 Koncepcji złożonej w niniejszym postępowaniu, została ujawniona w pkt 4 koncepcji złożonej przez przystępującego w postępowaniach na roboty w Żorach i Raciborzu,
- część informacji zastrzeżona w pkt 3 Koncepcji złożonej w niniejszym postępowaniu, została ujawniona w pkt 6 koncepcji złożonej przez przystępującego w postępowaniach na roboty w Żorach i Raciborzu,

-część informacji zastrzeżona w pkt 7 Konceptji złożonej w niniejszym postępowaniu, została ujawniona w pkt 11 koncepcji złożonej przez przystępującego w postępowaniu na roboty w Pabianicach.

Mimo że ww. roboty nie mogą być oczywiście identyczne z robotą będącą przedmiotem niniejszego postępowania, to podobieństwo tych robót i podobieństwo elementów, które trzeba było opisać w wymaganych koncepcjach, powoduje, że część informacji w tych koncepcjach pokrywa się i jak wskazano wyżej, zostały one zastrzeżone w niniejszym postępowaniu, a nie zostały w ww. trzech, w których przystępujący także składał oferty. Postępowanie przystępującego w tym zakresie jest więc niekonsekwentne i przeczy argumentacji, jakoby przystępujący rzeczywiście utrzymywał zastrzeżone informacje w poufności. Dodatkowo ich ujawnienie w innych postępowaniach stawia pod znakiem zapytania, czy w ogóle mają one dla przystępującego wartość gospodarczą, o której również mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Tym samym dowody złożone na rozprawie przez odwołującego tym bardziej potwierdzają, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wobec treści Konceptji wykonania robót budowlanych wraz z załącznikami, nie było zasadne i zamawiający zobowiązany był ujawnić treść tych dokumentów w całości.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów poprzez zaniechanie ujawnienia złożonej przez przystępującego Konceptji wykonania robót budowlanych wraz z załącznikami. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o nieobarczanie go kosztami postępowania odwoławczego nawet w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołującego. Po pierwsze, zauważyć należy, że w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nie obciążać zamawiającego kosztami jedynie w przypadku, gdy uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania (§ 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania; t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, zatem przepis ten nie ma zastosowania. Ponadto, nawet gdyby przystępujący wniósł sprzeciw, to on, nie zaś odwołujący ponosiłby koszty. Po drugie, orzecznictwo sądów okręgowych i KIO, w którym dokonywano podziału kosztów pomiędzy strony, dotyczy spraw, w których to Izba częściowo uwzględniła, a częściowo oddaliła zarzuty odwołania. Tym samym sprawy te nie dotyczą sytuacji, gdy to zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie. Abstrahując już nawet od faktu, że zakres odtajnionych przez zamawiającego informacji w niniejszej sprawie nie miał znaczenia dla istoty postawionych zarzutów, a zatem częściowe ich uwzględnienie przez zamawiającego miało wymiar jedynie formalny, to nawet takie formalne uwzględnienie części zarzutów przez zamawiającego, w świetle istniejącego orzecznictwa nie daje podstaw do podziału kosztów postępowania odwoławczego pomiędzy strony. Tym bardziej, ani obowiązujące przepisy, ani orzecznictwo nie dają podstaw do całkowitego zwolnienia zamawiającego z obowiązku ponoszenia kosztów w przypadku uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono zatem stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 ww. 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).