Sygn. akt: KIO 2044/21

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2021 r. przez wykonawcę **Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu Sp. z o.o., ul. 6 Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Eggersmann Anlagenbau GmbH** (lider) oraz **G.F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „Eurobud" G.F.** z siedzibą dla lidera: **Max-Planc Strasse 15, 33428 Marienfeld, Niemcy** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania udostępnienia odwołującemu karty charakterystyki technologicznej urządzeń złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. (lider) oraz Sigma S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz udostępnienie odwołującemu:

2.1. złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Eggersmann Anlagenbau GmbH (lider) oraz G.F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „Eurobud" G.F. z siedzibą dla lidera: Max-Planc Strasse 15, 33428 Marienfeld, Niemcy:
- karty urządzeń wraz z ich parametrami,
- schemat koncepcyjny zamaszynowienia z uwzględnieniem gabarytów hali objętej obowiązującym pozwoleniem na budowę,
- obliczenia technologiczne przepływu masowego przez wszystkie urządzenia,
- dane dotyczące zapotrzebowania instalacji na media,
- oświadczenie producenta i dostawcy kompletu przenośników,

2.2. złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Mikobud Sp. z o.o. Sp. k. (lider) oraz Segi-Eko Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Lidzbarska 49A, 87-300 Brodnica:
- szczegółowe opisy, rysunki, schematy, karty katalogowe urządzeń wraz z ich parametrami zgodnie z załącznikiem nr 12 do Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- schemat koncepcyjny zamaszynowania z uwzględnieniem gabarytów hali objętej obowiązującym pozwoleniem na budowę,
- obliczenia technologiczne przepływu masowego przez wszystkie kluczowe urządzenia do przetwarzania odpadów, oszacowanego na podstawie podanych orientacyjnych informacji składu morfologicznego odpadów dostarczanych do Zakładu, bazując na aktualnych opracowaniach dotyczących składu morfologicznego odpadów zbieranych selektywnie w rejonach Polski charakteryzujących się podobnym składem morfologicznym odpadów oraz sezonowością w rocznym rozkładzie strumienia odpadów komunalnych,
- dane dotyczące zapotrzebowania instalacji na media, co najmniej dla zakresów: energii elektrycznej, powietrza technologicznego i wody,
- oświadczenie producenta i dostawcy kompletu przenośników o gotowości do realizacji produkcji i dostawy przenośników w ramach niniejszego zamówienia,
- rodzaj użytych zbieraków oraz miejsca ich zastosowania zgodnie z zapisem na str. 42 Opisu Przedmiotu Zamówienia część 2,
- pokazanie możliwości zastosowania sortowania zarówno pozytywnego, jak i negatywnego na separatorach optycznych NIR 1 oraz NIR 2,
- szczegóły rozwiązań dotyczących regulacji separatorów optycznych zgodnie z zapisem na str. 54 Opisu Przedmiotu Zamówienia część 2,

2.3. złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. (lider) oraz Sigma S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica:
- rysunków, schematów, obliczeń, opisów, kart technicznych,

3. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu Sp. z o.o., ul. 6 Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** tytułem wpisu od odwołania, .

3.2. zasądza od **Miejskiego Zakładu Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiskaw Kołobrzegu Sp. z o.o., ul. 6 Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg** na rzecz wykonawcy **Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** kwotę **18 840 zł 09 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset czterdzieści złotych dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

U z a s a d n i e n i e

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę (modernizację) RIPOK (SPOK) Korzyścienko o instalację linii sortowania odpadów wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną" przez Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu Sp. z o.o., ul. 6 Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg (dalej „zamawiający") wykonawca Control Process S.A. ul. Obrońców Modlina 16 30-733 Kraków (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec:

1. zaniechania udostępnienia dokumentów z ofert:
   1.1. konsorcjum firm: Eggersmann Anlagenbau GmbH i G.F. Firma Budowlana „EUROBUD" (dalej „konsorcjum Eggersmann"):
   - karty urządzeń wraz z ich parametrami,
   - schemat koncepcyjny zamaszynowienia z uwzględnieniem gabarytów hali objętej obowiązującym pozwoleniem na budowę,
   - obliczenia technologiczne przepływu masowego przez wszystkie kluczowe urządzenia,
   - dane dotyczące zapotrzebowania instalacji na media,
   - oświadczenie producenta i dostawcy kompletu przenośników.

   1.2. konsorcjum firm: Mikobud Sp. z o.o. Sp.k. i Segi-Eko Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Mikobud"):
   - szczegółowe opisy, rysunki, schematy, karty katalogowe urządzeń wraz z ich parametrami zgodnie z załącznikiem nr 12 do SWZ,
   - schemat koncepcyjny zamaszynowania z uwzględnieniem gabarytów hali objętej obowiązującym pozwoleniem na budowę,
   - obliczenia technologiczne przepływu masowego przez wszystkie kluczowe urządzenia do przetwarzania odpadów, oszacowanego na podstawie podanych orientacyjnych informacji składu morfologicznego odpadów dostarczanych do Zakładu, bazując na aktualnych opracowaniach dotyczących składu morfologicznego odpadów zbieranych selektywnie w rejonach Polski charakteryzujących się podobnym składem morfologicznym odpadów oraz sezonowością w rocznym rozkładzie strumienia odpadów komunalnych,
   - schemat koncepcyjny zamaszynowania z uwzględnieniem gabarytów hali objętej obowiązującym pozwoleniem na budowę,
   - dane dotyczące zapotrzebowania instalacji na media, co najmniej dla zakresów: energii elektrycznej, powietrza technologicznego i wody,
   - oświadczenie producenta i dostawcy kompletu przenośników o gotowości do realizacji produkcji i dostawy przenośników w ramach niniejszego zamówienia, które to przenośniki będą spełniały wszystkie określone w dokumentacji przetargowej wymagania zamawiającego,
   - rodzaj użytych zbieraków oraz miejsca ich zastosowania zgodnie z zapisem na str. 42 OPZ część 2,
   - pokazanie możliwości zastosowania sortowania zarówno pozytywnego, jak i negatywnego na separatorach optycznych NIR 1 oraz NIR 2,
   - szczegóły rozwiązań dotyczących regulacji separatorów optycznych zgodnie z zapisem na str. 54 OPZ część 2.

   1.3. konsorcjum firm: Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. i Sigma S.A. (dalej „konsorcjum Foleko"):
   - rysunki, schematy, obliczenia, opisy, karty techniczne, karty charakterystyki technologicznej urządzeń.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 18 ust. 1 i 3, poprzez odmowę udostępnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, co do których wskazani wykonawcy nie wykazali, że stanową tajemnicę przedsiębiorstwa,
2. art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 204 oraz art. 226, poprzez dokonanie wyboru oferty, której weryfikacja pod kątem spełniania wymagań jest niemożliwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. uchylenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. udostępnienia wskazanych dokumentów.

Odwołujący stwierdził, że analiza złożonych przez konkurencyjnych wykonawców uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, że nie spełniają one wymogów ustawowych, wskazując że przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślił, że przez „wykazanie" należy uznać, że obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa – choć nie musi jednocześnie oznaczać udowodnienia (trudno byłoby udowodnić przesłankę negatywną braku podania danych informacji do wiadomości publicznej).

Ocenił, że już wskazana okoliczność winna zostać uznana za wystarczającą dla uznania zastrzeżeń konkurencyjnych wykonawców za bezskuteczne, wobec braku spełnienia ustawowych wymagań dla takiego zastrzeżenia.

Zdaniem odwołującego zastrzeżone informacje nie mogą zostać objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa ze względu na niespełnianie pozostałych przesłanek ustawowych; aby takie informacje mogły zostać zastrzeżone muszą spełniać wymagania z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślił, że zastrzeżone informacje służą wyłącznie potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie posiadają wartości gospodarczej poza tym postępowaniem wobec czego ujawnienie tych informacji w żaden sposób nie może prowadzić do szkody po stronie wykonawcy. Uzupełnił, że w przypadku wykonawcy wybranego (konsorcjum Eggersmann) jeśli dokumenty zostały sporządzone prawidłowo, pozyska on zamówienie, w przypadku innych wykonawców, którzy nie pozyskają zamówienia, dokumenty przygotowane na potrzeby tego zamówienia nie mają wartości obiektywnej.

W ocenie odwołującego prawdziwą przyczyną dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niechęć poddania weryfikacji w tym zakresie i uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania przetargowego dostępu do zastrzeżonych dokumentów, a to ze względu na złe doświadczenia z poprzedniego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia – zamawiający prowadził w 2020 roku (ogłoszenie nr 2020/S 193-4660066 z dnia 5.10.2020 r.) postępowanie w przedmiocie tego samego zamówienia, w którym uczestniczyło zarówno konsorcjum Eggersmann jak i konsorcjum Foleko oraz jeden z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Mikobud, w którym oferty konsorcjum Eggersmann i Foleko zostały odrzucone, gdyż ich treść nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie technicznym. Podał, że w postępowaniu z roku 2020 konsorcjum Eggersmann i konsorcjum Foleko nie zastrzegły części technicznej oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co – wedle odwołującego – dowodzi, że nie przywiązywały wagi do tej czynności i nie oceniały tak tego zakresu, zaś jedynym powodem dokonania zastrzeżenia jest chęć uniknięcia weryfikacji dokumentów przez podmioty konkurencyjne.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (USB, DVD) przy piśmie z dnia 20 lipca 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „*Pisma przystępującego*" z dnia 21 lipca 2021 r., „*Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie*" – pismo z dnia 10 sierpnia 2021 r., złożonych przez odwołującego na rozprawie wydruków ze stron internetowych Eggersmann oraz Sutco Polska LM Group, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym odwołujący wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania we wskazanym zakresie, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu odwołujący oświadczył, że cofa zarzut odmowy (zaniechania) udostępnienia mu niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w części dotyczącej karty charakterystyki technologicznej urządzeń konsorcjum Foleko toteż w tym zakresie postępowanie odwoławcze zostało umorzone, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji wyroku.

Zarzut odmowy (zaniechania) udostępnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, co do których konsorcja: Eggersmann, Foleko i Mikobud nie wykazały, że stanową tajemnicę przedsiębiorstwa (wskazanych w żądaniach odwołującego, z wyjątkiem karty charakterystyki technologicznej urządzeń konsorcjum Foleko), czym zamawiający naruszył przepis art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Oferta odwołującego, zgodnie z informacją zamawiającego z dnia 30 czerwca 2021 r. została sklasyfikowana na miejscu czwartym (ostatnim).

Zamawiający nie udostępnił odwołującemu zastrzeżonych przez konkurencyjnych wykonawców informacji, uniemożliwiając tym samym odwołującemu weryfikację zgodności treści ofert tych wykonawców z treścią SIWZ.

Konkurencyjni wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowani wyżej niż oferta odwołującego, tj.

1.konsorcjum Eggersmann,
2.konsorcjum Foleko,
3.konsorcjum Mikobud

w następujący sposób uzasadniali zastrzeżenie informacji:

konsorcjum Eggersman

w pkt. 8 Formularza ofertowego oświadczyło: „*Oświadczamy, że następujące dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) i nie mogą być udostępniane**:*

− Karty urządzeń wraz z ich parametrami
− Schemat koncepcyjny zamaszynowienia z uwzględnieniem gabarytów hali objętej obowiązującym pozwoleniem na budowę
− Obliczenia technologiczne przepływu masowego przez wszystkie kluczowe urządzenia
− Dane dotyczące zapotrzebowania instalacji na media
− Oświadczenie producenta i dostawcy kompletu przenośników",

następująco to uzasadniając:

„Profil działalności i historia Wykonawcy:
Spółka Eggersmann Anlagenbau GmbH należy do koncernu Eggersmann, którego historia rozpoczęła się w roku 1951 w mieście Marienfeld, we wschodniej Westfalii. Na początku firma działała w branży budowlanej i realizowała prywatne, rolnicze i przemysłowe inwestycje budowlane. Od samego początku firma swoją pozycję w branży opierała na opracowywaniu i wdrażaniu innowacyjnych technologii. Przykładowo w celu uniezależnienia się od warunków atmosferycznych zastosowano na placach budowy namioty umożliwiające bezprzerwową pracę.
W roku 1970 na ustach wszystkich osób w branży pojawiło się pojęcie „budownictwo pod klucz". Miało to miejsce po tym jak przedsiębiorstwo Eggersmann po raz pierwszy przejęło wszystkie zadania z zakresu architektury, planowania i wykonawstwa całych projektów budowlanych wraz z ich uruchomieniem. Zasada ta jest jednym ze standardów, któremu cała grupa firm pozostała aż do dzisiaj wierna we wszystkich dziedzinach swojej działalności. Od połowy lat 70-tych XX wieku firma Eggersmann skupiała coraz większą uwagę także na projektach w sektorze rolniczym, jednym z najważniejszych obszarów gospodarki.
Koniec lat 80-tych związany był z ponownym rozszerzeniem zaangażowania. Nowym motto tamtych czasów były technologie środowiskowe, w obrębie których firma Eggersmann aktywnie współdziała. Budowa oczyszczalni ścieków i efektywny rozwój nowych procesów w zakresie techniki środowiska stanowiły ważny krok w stronę nowych czasów, które w późniejszym okresie odegrają olbrzymią rolę dla przedsiębiorstwa. Kolejny ważny krok w historii koncernu Eggersmann został podjęty w roku 1992. Wówczas to miało miejsce utworzenie KOMPOTEC Kompostierungsanlagen GmbH jako spółki-córki przedsiębiorstwa budowlanego Fechtelkord & Eggersmann. Pod szyldem tego nowego, samodzielnego przedsiębiorstwa powstawały we współpracy z miastami i gminami instalacje do kompostowania, które z biologicznych odpadów produkowały pełnowartościowy kompost. Międzypowiatowe instytucje ds. recyklingu, punkty przyjmowania i sprzedaży są do chwili obecnej pod nazwą KOMPOPARK znane w całej wschodniej Westfalii. Ponadto, wspólnie z firmą Bioterra, grupa Eggersmann uzyskała także pewne i wydajne struktury dla wykorzystania kompostu w rolnictwie.
W kolejnych dekadach firma Eggersmann także stawiała na postęp. Zdobywanie odnawialnych energii i ochrona zasobów naturalnych stanowią główne wyzwanie dla całego pokolenia. Aby sprostać temu wymaganiu, w roku 2006 założona zostaje, działająca na całym świecie, spółka Eggersmann Anlagenbau Concept GmbH. Po raz pierwszy biogaz został wyprodukowany za pomocą suchej fermentacji - KOMPOFERM będącym nowym procesem produkcji gazu, szczególnie efektywnym i stałym. W chwili obecnej firma Eggersmann Anlagenbau dysponuje filiami w Bad Oeynhausen, Lipsku, Wągrowcu (Polska), Gladbeck, Stambule i Birmingham.
Rok 2009 był ponownie rokiem innowacji. Poprzez przygotowanie dwóch nowych koncepcji instalacji firma Eggersmann Anlagenbau pokazuje, jak powinny wyglądać nowe technologie przyszłości. KOMPOFERM®plus stanowi rozwinięcie znanego już procesu KOMPOFERM® - poprzez integrację zbiornika perkolatu z komorami fermentacji. Natomiast wprowadzenie procesu hybrydowego KOMPOFERM® rewolucjonizuje wykorzystanie odpadów poprzez połączenie dwóch procesów fermentacji – suchej i mokrej. W niedługim odstępie czasu pojawia się nowy pomysł dla suchej fermentacji odpadów zielonych. Cechami wyróżniającymi tę nową kompaktową instalację jest nieduże zapotrzebowanie na teren oraz krótki czas budowy. Otrzymywane referencje potwierdzają prawo firmy Eggersmann do świadczenia zarówno wewnątrzkrajowych, jak i międzynarodowych usług.
Utworzenie w roku 2010 firmy PantaTec GmbH pokazuje nowe oblicze firmy Eggersmann. Tym razem znowu poznajemy

kreatywny charakter koncernu. W celu usprawnienia działania instalacji strumieniowej wynaleziony zostaje dodatek modyfikujący, który oddziela zakłócające oleje i tłuszcze od powierzchni metalowych, wiąże je i następnie usuwa z procesu. Dzięki temu możliwe jest również łatwe spryskiwanie tłustych powierzchni metalowych i ich bezpośrednie powlekanie. W chwili obecnej wspomniany dodatek modyfikujący i odpowiednie urządzenia dozujące są już rozprowadzane w całej Europie.
Podejmując kolejne kroki firma Eggersmann coraz bardziej zbliża się do swojego założonego celu – optymalizacji portfolio usług jako oferent kompleksowych rozwiązań w zakresie budowy instalacji przemysłowych. Wraz z kupnem spółki BACKHUS GmbH z dolnosaksońskiego miasta Edewecht powstaje w czerwcu 2012 roku firma Eggersmann Anlagenbau BACKHUS GmbH. Zintegrowanie profesjonalnych rozwiązań w zakresie kompostowania, rewitalizacji podłoża i obróbki odpadów tworzy podstawę do tego, aby w przyszłości oprócz fermentacji i statycznego kompostowania możliwa była również opcja kompostowania dynamicznego w instalacjach obróbki odpadów Eggersmann Anlagenbau. Rok później grupa Eggersmann ponownie rozrasta się. Do grupy Eggersmann włączona zostaje firma BRT Recycling Technologie GmbH z siedzibą w Ibbenbüren. Ten specjalista w zakresie budowy maszyn dla sektora techniki sortowania i recyklingu, którego udział eksportu wynosi 85%, idealnie pasuje do międzynarodowego ukierunkowania Eggersmann Anlagenbau.
Najnowszym członkiem grupy Eggersmann jest firma Hartner Maschinenbau GmbH, która dołączyła do grupy w 2015 roku. Również firma Hartner jest specjalistą w zakresie budowy maszyn dla techniki środowiskowej i przemysłu recyklingowego. Swoją przyszłość firma ta jednakże widzi w innych obszarach niż BRT. Specjalizuje się ona w ogólnoświatowej dystrybucji rozrywarek do worków, stacji dozowania, separatorów powietrznych i sit bębnowych. Swoich kompetencji Hartner upatruje jednak w rozwoju i produkcji separatorów balistycznych oraz sit gwiaździstych i płytkowych. Stanowi to optymalną kombinację dla całej grupy, ale zarazem stanowi zaletę dla dystrybucji obydwu firm.
Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa:
Zważywszy na fakt, iż działalność firmy Eggersmann oparta jest na tworzeniu i wdrażaniu innowacyjnych rozwiązań technicznych, firma przykłada szczególną wagę do zachowania w tajemnicy całości danych dotyczących produkowanych przez nią technologii. W tym zakresie tajemnica przedsiębiorstwa obejmuje w szczególności wszelkie projekty i rysunki techniczne, schematy działania poszczególnych technologii, maszyn, urządzeń i instalacji, opisy rozwiązań technicznych, technologicznych, konstrukcyjnych i materiałowych, harmonogramy prac, schematy technologiczne procesów gospodarowania odpadami i przetwarzania odpadów, wszelkie obliczenia projektowe, parametry urządzeń i instalacji i inne dane liczbowe, wszelkie dane dotyczące stosowanych materiałów, urządzeń i technologii oraz organizacji pracy w zakresie produkcji dostarczanych urządzeń i obiektów, etc.
Niezależnie od powyższego, tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są także dane o charakterze ekonomicznym i finansowym, obejmujące w szczególności:
a)*źródła zaopatrzenia w surowce i materiały oraz usługi zewnętrzne , koszty ponoszone na zakup surowców, materiałów i usług zewnętrznych, w tym usług poddostawców i podwykonawców,*
b)*sposób i zasady kosztorysowania dostaw realizowanych przez firmę, w tym wartości poszczególnych składników tych dostaw,*
c)*harmonogramy realizacji robót.*
Środki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa:
Firma Eggersmann podejmuje szereg działań mających na celu zapewnienia najwyższego możliwego bezpieczeństwa wszelkich informacji stanowiących tajemnicę jej przedsiębiorstwa:
wszystkie informacje przechowywane są tylko i wyłącznie na serwerze, który chroniony jest instrumentami IT:
1)*wszyscy pracownicy mają ograniczony dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa; każdy pracownik zna tylko ten wycinek informacji, który jest mu potrzebny do wykonywania jego zadań; podstawowym obowiązkiem każdego pracownika jest ochrona powierzonych mu informacji i zakaz przekazywania ich jakimkolwiek osobom trzecim, w tym także innym pracownikom, którzy nie są do tego upoważnieni; odpowiednie klauzule poufności zawarte są w umowach o pracę;*
2)*informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie są wynoszone poza teren zakładu pracy w żadnej formie, tj. ani papierowej, ani elektronicznej;*
3)*w umowach dotyczących świadczenia usług i realizowania dostaw przez firmę stosowane są – wówczas, gdy jest to możliwe – klauzule poufności zobowiązujące drugą stronę do ochrony informacji niejawnych;*
4)*obiekty firmy, w których przetwarzane są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podlegają szczególnej ochronie, w tym poprzez monitoring i systemy alarmowe;*
dostęp do pomieszczeń, w których przetwarzane są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa posiadają tylko i wyłącznie osoby upoważnione."

konsorcjum Foleko

w pkt. 8 Formularza ofertowego oświadczyło: „*Oświadczamy, że następujące dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) i nie mogą być udostępniane**: rysunki, schematy, obliczenia, opisy, karty techniczne, karty charakterystyki technologicznej urządzeń"*

następująco to uzasadniając:

„Zgodnie z art. 18 ust 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.
Na podstawie powyższego przepisu Wykonawca zastrzega, że informacje zawarte w kartach katalogowych, opisach technicznych, schematach, kartach charakterystyki, obliczeniach załączonych do oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępnione. 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.
Zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, bowiem konkurencyjność na rynku, w tym konkurencyjność ofert w niniejszym postępowaniu, w znacznym stopniu zależy od zastosowanych rozwiązań technologicznych, które wpływają na cenę. Przygotowanie oferty technicznej wg dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego jest dedykowane pod to konkretne postępowanie i na jego potrzeby, przyjęte rozwiązania, wyniki obliczeń, schematy, parametry techniczne składające się jako całość na ofertę mają niewątpliwie wartość handlową i gospodarczą dla

wykonawcy.
Wykonawca jest w stanie konkurować na rynku z innymi wykonawcami ponieważ od wielu lat działa w branży budowlanej obiektów i instalacji ochrony środowiska, co pozwoliło mu na wypracowanie zasobu podmiotów, z którymi nawiązał stałe relacje handlowe. Dzięki temu Wykonawca jest w stanie oferować rozwiązania technologiczne dedykowane do wymagań rynku, na którym funkcjonuje i posiada korzystne warunki sprzedaży. Zwiększenie podaży na rozwiązania technologiczne kontrahentów Wykonawcy, w wyniku ich ujawnienia pozostałym podmiotom konkurującym na rynku, mogłoby niekorzystnie wpłynąć na warunki współpracy między Wykonawcą a tymi kontrahentami. Oczywistym jest, że im większe zainteresowanie ofertą kontrahentów Wykonawcy, tym mają oni większą swobodę w kształtowaniu: cen, terminów zapłaty i dostaw, warunków odbioru, zasad i terminu gwarancji oraz rękojmi, itp. Wykonawca nie ujawnia do publicznej wiadomości zastrzeżonych informacji, a kontrahenci Wykonawcy nie są podmiotami prawa publicznego, a zatem zastrzeżone informacje nie są jawne, czy też dostępne w trybie przewidzianych dla udostępniania informacji publicznych. Ponadto, Wykonawca zabezpiecza wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji przez odpowiednie postanowienia umów z kontrahentami, działając tym samym w celu zachowania poufności. Wykonawca podejmuje niezbędne działania w celu zachowania w poufności przedmiotowych informacji i w tym celu ogranicza ich znajomość tylko do określonego grona pracowników. Ponadto tacy pracownicy są zobowiązani do zachowania informacji handlowych w tajemnicy, co zmierza do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń."
konsorcjum Mikobud
w pkt. 8 Formularza ofertowego oświadczyło: „*Oświadczamy, że następujące dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) i nie mogą być udostępniane**:*
Oferta techniczna – całość (plik: 13 – 3--ZP—2021 – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Oferta techniczna).
Uzasadnienie znajduje się w Oświadczeniu o poufności (plik: 12 - 3--ZP—2021 – Oświadczenie o poufności). Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią:

- *Szczegółowe opisy, rysunki, schematy, karty katalogowe urządzeń wraz z ich parametrami zgodnie z załącznikiem nr 12 do SWZ. Schemat koncepcyjny zamaszynowania z uwzględnieniem gabarytów hali objętej obowiązującym pozwoleniem na budowę.*
- *Obliczenia technologiczne przepływu masowego przez wszystkie kluczowe urządzenia do przetwarzania odpadów, oszacowanego na podstawie podanych orientacyjnych informacji składu morfologicznego odpadów dostarczanych do Zakładu, bazując na aktualnych opracowaniach dotyczących składu morfologicznego odpadów zbieranych selektywnie w rejonach Polski charakteryzujących się podobnym składem morfologicznym odpadów oraz sezonowością w rocznym rozkładzie strumienia odpadów komunalnych*
- *Schemat koncepcyjny zamaszynowania z uwzględnieniem gabarytów hali objętej obowiązującym pozwoleniem na budowę. Dane dotyczące zapotrzebowania instalacji na media, co najmniej dla zakresów: energii elektrycznej, powietrza technologicznego i wody.*
- *Oświadczenie producenta i dostawcy kompletu przenośników o gotowości do realizacji produkcji i dostawy przenośników w ramach niniejszego zamówienia, które to przenośniki będą spełniały wszystkie określone w dokumentacji przetargowej wymagania Zamawiającego.*
- *Inne wymagane dokumenty:*
  - *Rodzaj użytych zbieraków oraz miejsca ich zastosowania zgodnie z zapisem na str. 42 OPZ część 2; o Pokazanie możliwości zastosowania sortowania zarówno pozytywnego, jak i negatywnego na separatorach optycznych NIR 1 oraz NIR 2;*
  - *Szczegóły rozwiązań dotyczących regulacji separatorów optycznych zgodnie z zapisem na str. 54 OPZ część 2."*

Formularz ofertowy został podpisany przez Ł.F..

Konsorcjum Mikobud złożyło także zobowiązanie podmiotu – Sutco-Polska Sp. z o.o., ul. Hutnicza 10, 40-241 Katowice do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówień, podpisane przez A.J., a nadto dokument „*Oświadczenie wykonawcy dotyczące zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa*" (oznaczone logo podmiotu udostępniającego zasoby, podpisane przez A.J.).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.
Tytułem wstępu skład orzekający Izby zauważa, że w „*Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie*" zamawiający odniósł się w istocie wyłącznie do odmowy udostępnienia informacji zastrzeżonych przez konsorcjum Eggersmann, tj. wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą pomimo, że zarzut odnosi się także do informacji zastrzeżonych przez dwa inne konsorcja.
Nie można także pominąć, że porównanie, na które powołał się na rozprawie zamawiający, tj. sporządzone w toku tego postępowania o udzielenie zamówienia „*Porównanie dokonanych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa w poszczególnych ofertach*" nie ma żadnego waloru dla oceny zasadności zastrzeżeń informacji przez poszczególne konsorcja, ponieważ stanowi jedynie zestawienie, jakie dokumenty zostały zastrzeżone, a zasadność zastrzeżenia informacji nie wynika wszak z faktu, czy inni wykonawcy także dokonali zastrzeżeń informacji o tym samym charakterze, ale wymaga wraz z zastrzeżeniem informacji wykazania przez wykonawcę, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913).
Przesądza o tym brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym „*Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.*"
Staranności zamawiającego przy badaniu zasadności zastrzeżenia informacji wymaga podstawowa zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym „*Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*" (ust. 1).

Przypomnienia także wymaga, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ww. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – 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.

W odniesieniu do uzasadnienia zastrzeżenia konsorcjum Eggersman stwierdzić należy, że składa się ono z trzech z części:

- „*Profil działalności i historia Wykonawcy*" – część najbardziej rozbudowana (około dwie strony),
- „*Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa*" (około pół strony),
- „*Środki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa"* (około pół strony).

Pomijając fakt, że część „*Profil działalności i historia Wykonawcy,* wbrew tytułowi tej części, nie prezentuje profilu działalności wykonawcy, który złożył ofertę, ale jednego z członków konsorcjum (Eggersmann Anlagenbau GmbH), które ofertę złożyło, to tytuł ten oddaje zawartość tego fragmentu uzasadnienia.

Uwzględniając akcentowaną powyżej okoliczność, że ustawa Pzp dopuszcza możliwość nieujawniania informacji oraz w pewnych sytuacjach ich zestawienia czy zbioru, uznać należy, że prezentowanie profilu i historii firmy jest dla celu wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa całkowicie nieprzydatne.

W części uzasadnienia „*Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa*", która – zważywszy na tytuł – winna informacje te identyfikować, konsorcjum Eggersmann, kontynuując wątek innowacyjności rozwiązań technicznych stwierdza zbiorczo, że „*firma przykłada szczególną wagę do zachowania w tajemnicy całości danych dotyczących produkowanych przez nią technologii. W tym zakresie tajemnica przedsiębiorstwa obejmuje w szczególności wszelkie projekty i rysunki techniczne, schematy działania poszczególnych technologii, maszyn, urządzeń i instalacji, opisy rozwiązań technicznych, technologicznych, konstrukcyjnych i materiałowych, harmonogramy prac, schematy technologiczne procesów gospodarowania odpadami i przetwarzania odpadów, wszelkie dane dotyczące stosowanych materiałów, urządzeń i technologii oraz organizacji pracy w zakresie produkcji dostarczanych urządzeń i obiektów, etc."*

Powyższy fragment (wyczerpujący niemalże tą część uzasadnienia) nie tylko nie pozwala ustalić, jakie informacje w poszczególnych dokumentach wymagają ochrony, ale także wzbudzają wątpliwości co do adekwatności tej części do zastrzeganych w dokumentach informacji, ponieważ w uzasadnieniu mowa np. o potrzebie ochrony harmonogramów prac czy organizacji pracy w zakresie produkcji urządzeń i obiektów.

To obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zamawiającemu nie wolno zastępować wykonawcy w tym zakresie. W tym przypadku wydaje się, że samodzielne ustalenie przez zamawiającego (niezależnie od niedopuszczalności takich działań), które informacje w zastrzeganych przez konsorcjum Eggersmann dokumentach zawierają informacje o organizacji pracy czy harmonogramach prac przekracza skazane jest na niepowodzenie.

W pozostałej części uzasadnienia „*Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa*" konsorcjum Eggersmann stwierdza także, że „*tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są także dane o charakterze ekonomicznym i finansowym, obejmujące w szczególności (…)"*, co jest o tyle zaskakujące, że nie wydaje się, aby którekolwiek z dokumentów wskazanych przez konsorcjum jako zawierający informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa (karty urządzeń, schematy, obliczenia technologiczne, dane zapotrzebowania instalacji, oświadczenia producenta i dostawy kompletu przenośników) informacje o takim charakterze zawierały. Z pewnością nic takiego nie wynika z uzasadnienia konsorcjum Eggersmann, ponieważ żadnego nawiązania do treści tych dokumentów w nim nie ujęto.

W części „*Środki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa"*ujęto informacje odnoszące się wyłącznie do jednego z członków konsorcjum – Eggersmann Anlagenbau GmbH co już przesądza o uznaniu, że konsorcjum nie wykazało przesłanki podjęcia działania w celu utrzymania informacji w poufności. Podkreślić przy tym należy, że brak podstaw (nie ma w tym zakresie także o tym mowy w uzasadnieniu), aby przyjąć, aby drugi członek konsorcjum, tj. G.F. nie jest uprawniony choćby do korzystania z tych informacji, o rozporządzania nie wspominając.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że konsorcjum nie przedstawiło żadnych dokumentów źródłowych, wskazujących, że rzeczywiście działania podjęto i potwierdzających ocenę, że działania te są wystarczające. W tym ostatnim kontekście uwagę zwraca oświadczenie z pkt 3) części „*Środki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa",* tj. „*informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie są wynoszone poza teren zakładu w żadnej formie, tj. ani papierowej, ani elektronicznej*", które nie uwzględnia specyfiki możliwości pozyskiwania informacji „*w formie elektronicznej*".

W odniesieniu do zastrzeżenia konsorcjum Mikobud dostrzec należy, że zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 7 pkt 30) ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć „*osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego*", przy czym na etapie – po terminie składania ofert (ze względu na dynamiczny charakter definicji wykonawcy) jako wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która złożyła ofertę.

Uwzględniając fakt, że uzasadnienie zastrzeżenia w przypadku informacji zawartych w dokumentach zastrzeganych przez konsorcjum Mikobud pochodzi nie od wykonawcy, ale podmiotu trzeciego, który (w świetle definicji wykonawcy) niewątpliwie wykonawcą nie jest oraz uwzględniając wymóg z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp jednoczesnego z zastrzeżeniem wykazania – przez wykonawcę – że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, stwierdzić należy, że o ile konsorcjum Mikobud jako wykonawca (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Mokobud Sp. z o.o. Sp. k. oraz Segi-Eko Sp. z o.o.) w pkt 8 Formularza oferty zastrzegło informacje zawarte we wskazanych dokumentach, o tyle nie można uznać, że konsorcjum wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (że w ogóle złożyło jakiekolwiek uzasadnienie) skoro, wbrew obowiązkowi z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, to nie wykonawca (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia), ale podmiot trzeci przedstawił uzasadnienie.

„*Oświadczenie wykonawcy dotyczące zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa*" nie zostało podpisane przez osobę działającą w imieniu składającego ofertę konsorcjum (Formularz ofertowy podpisał Ł.F. – prokurent lidera konsorcjum, dla którego w ofercie znalazło się pełnomocnictwo z 1 czerwca 2021 r.), ale przez inną osobę (A.J., dla którego w ofercie znalazło się pełnomocnictwo z dnia 30 kwietnia 2021 r. do działania w imieniu Sutco-Polska Sp. z o.o. z Katowic).

Uzupełniająco skład orzekający Izby zauważa, że obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być poczytywany jako li tylko formalny, ponieważ dla ochrony tych informacji niezbędne jest także, aby wykonawca jako podmiot uprawniony do korzystania i rozporządzania

wymagających ochrony informacji innego podmiotu podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe oznacza, że konsorcjum Mikobud nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ nie złożyło żadnego uzasadnienia, a tym samym, że zamawiający wadliwie ocenił skuteczność zastrzeżenia konsorcjum Mikobud i niezasadnie odmówił udostępnienia tych informacji odwołującemu.

Czyni to także złożone przez odwołującego na rozprawie dowody – wydruki ze stron Sutco-Polska z Katowic (oznaczone jako 3-6) zbędnymi.

W odniesieniu do uzasadnienia zastrzeżenia konsorcjum Foleko stwierdzić należy, że uzasadnienie to zawarto na jednej stronie.

Konsorcjum przywołało brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, wskazało dokumenty, w których znajdują się zastrzegane informacje, przedstawiło sposób rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśniło na czym opiera się możliwość konkurowania na rynku z innymi wykonawcami (akapit od „*Wykonawca jest w stanie konkurować na rynku z innymi wykonawcami*" do „*Oczywistym jest, że im większe zainteresowanie ofertą kontrahentów Wykonawcy, tym mają oni większą swobodę w kształtowaniu: cen, terminów zapłaty i dostaw, warunków odbioru, zasad i terminu gwarancji oraz rękojmi, itp.*"), które nie mają żadnego waloru dla oceny zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji. Niezrozumiałym przy tym jest eksponowanie „*korzystnych warunków sprzedaży*" w przypadku, gdy zastrzegane informacje wydają się mieć inny charakter niż handlowy.

Odnosząc się do części uzasadnienia, zaczynającej się od „*Zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą*", skład orzekający Izby wskazuje, że mowa w niej jedynie o tym, że informacje zastrzegane złożyły się na dedykowaną temu postępowaniu ofertę techniczną. W ocenie składu orzekającego sam ten fakt nie uzasadnia twierdzenia, że informacje te mają wartość gospodarczą. Gdyby przyjąć, że tak właśnie jest, fundamentalna zasada zamówień publicznych – jawności postępowania straciłaby taki charakter, ponieważ gros postępowań wymaga przygotowania oferty „dedykowanej" wymaganiom zamawiającego.

Odnosząc się do tej części uzasadnienia, która dotyczy działań podjętych w celu utrzymania informacji w poufności, skład orzekający Izby wskazuje, że ocena własna konsorcjum, że „*zabezpiecza wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji przez odpowiednie postanowienia umów z kontrahentami*" oraz „*podejmuje niezbędne działania w celu zachowania w poufności przedmiotowych informacji*" jest dalece niewystarczająca dla uznania, że konsorcjum wykazało, że rzeczywiście podjęło działania w celu utrzymania informacji w poufności.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że konsorcjum nie przedstawiło żadnych dokumentów źródłowych, wskazujących, że rzeczywiście działania podjęto i potwierdzających ocenę, że działania te są wystarczające.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że ani konsorcjum Eggersmann, ani konsorcjum Mikobud, ani konsorcjum Foleko nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ złożone uzasadnienia są ogólne, nie identyfikują zastrzeganych informacji, nie referują do wartości gospodarczej konkretnych informacji, nie wykazują podjęcia działań w celu zachowania ich w poufności. Tym samym oznacza to, że zamawiający wadliwie ocenił skuteczność zastrzeżenia konsorcjów i niezasadnie odmówił udostępnienia tych informacji odwołującemu.

Zarzut dokonania wyboru oferty, której weryfikacja pod kątem spełniania wymagań jest niemożliwa, czym zamawiający naruszył przepis art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 204 ustawy Pzp potwierdził się.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu pierwszego i nakazania zamawiającemu udostępnienia informacji we wskazanych przez odwołującego dokumentach, których znajomość ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy treść oferty konsorcjum Eggersmann jest zgodna z treścią SWZ, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że na obecnym etapie nie jest możliwe ostateczne uznanie, że oferta konsorcjum Eggersmann jest zgodna z SWZ, a w dalszej kolejności, że może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Nie można natomiast przypisać zamawiającemu naruszenie art. 226 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Eggersmann, ponieważ zarzutu takiego odwołujący nie postawił (nie postawił zarzutu, nie znając treści oferty).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrówz dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: ……