Sygn. akt: KIO 101/22

WYROK

z dnia 11 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2022 r. przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Energetyka sp. z o.o. oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz TM.E. S.p.A. - Termomeccanica Ecologia z siedzibą w La Spezia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wycofanego przez odwołującego, a dotyczącego braku wartości gospodarczej informacji o minimalnej mocy elektrycznej czynnej brutto przy pracy ciągłej w kondensacji.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Energetyka sp. z o.o. oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie i

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Energetyka sp. z o.o. oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Energetyka sp. z o.o. oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3.3. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Energetyka sp. z o.o. oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wnoszących sprzeciw wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PORR S.A. z

siedzibą w Warszawie oraz TM.E. S.p.A. - Termomeccanica Ecologia z siedzibą w La Spezia kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) 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:.....

Sygn. akt KIO 101/22

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. „Zabudowa II linii

technologicznej w Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii w Rzeszowie", nr postępowania: POST/PEC/PEC/UZI/00513/2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 czerwca 2021 r., za numerem 2021/S 122-324464.

W dniu 14 stycznia 2022 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Energetyka sp. z o.o. oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec: odmowy, a w efekcie zaniechania udostępnienia Odwołującemu, na jego wniosek złożony na podstawie art. 74 ustawy pzp, dokumentów składanych w postępowaniu przez innych wykonawców w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp oraz nieprawidłowej oceny informacji zawartych w dokumentach stanowiących część oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz TM.E. S.p.A. - Termomeccanica Ecologia z siedzibą w La Spezia - dalej „Konsorcjum PORR" lub „Przystępujący PORR", tj. w załączniku nr 11 — opis wymaganego rozwiązania technicznego (Załącznik nr 11 do SWZ) - a zastrzeżonych przez Konsorcjum PORR jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo tego, że:

- zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Konsorcjum PORR ma charakter ogólny i nie potwierdza spełnienia wszystkich przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020 r. poz. 1913 ze zm., dalej „UZNK") wymaganych do uznania tych informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności, zastrzeżenie to nie potwierdza, że poszczególne informacje zawarte w ww. załączniku nr 11 do SWZ posiadają wartość gospodarczą oraz, że informacje te nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne, a część informacji zawartych w załączniku nr 11 — opis wymaganego rozwiązania technicznego jest całkowicie pozbawiona wartości gospodarczej lub powszechnie znana z uwagi na to, że są to informacje, które jedynie powielają treść SWZ, a w efekcie:
- zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w ww. załączniku nr 11 do SWZ — opis wymaganego rozwiązania technicznego zastrzeżonych przez Konsorcjum PORR jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo tego, że Konsorcjum PORR nie wykazało, że zastrzeżone przez nie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum PORR w rozumieniu UZNK, w tym że posiadają one wartość gospodarczą lub nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 74 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 oraz art. 16 ustawy pzp, poprzez błędne przyjęcie, że dokumenty składane przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp (podmiotowe środki dowodowe), nie stanowią części oferty w rozumieniu art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, lecz „jedynie" inne załączniki do protokołu postępowania, a co za tym, idzie, że nie podlegają one udostępnieniu do momentu dokonania przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnienia postępowania, mimo, że dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp bez wątpienia stanowią ofertę sensu largo, a co za tym idzie per analogiam podlegają udostępnieniu na zasadach opisanych w art. art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp z uwagi na naczelną zasadę jawności postępowania o udzielnie zamówienia publicznego,

2. art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Konsorcjum PORR w sposób prawidłowy i wystarczający uzasadniło i wykazało w momencie składania oferty, że zastrzeżone przez to konsorcjum informacje zawarte w załączniku nr 11 — opis wymaganego rozwiązania technicznego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, mimo, że zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum PORR ma charakter ogólny i nie potwierdza spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 11. ust. 2 UZNK, wymaganych do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa,

ewentualnie na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Konsorcjum PORR wraz z ofertą było prawidłowe, naruszenie:

art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, poprzez

bezpodstawne przyjęcie, że wszystkie informacje zawarte w załączniku nr 11 — opis wymaganego rozwiązania technicznego dokumencie zastrzeżonym przez Konsorcjum PORR jako zawierającym tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią w całości tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum PORR, podczas gdy poszczególne informacje zawarte w tym dokumencie, wskazane w uzasadnieniu odwołania, nie posiadają wartości gospodarczej lub odpowiednio - są powszechnie znane lub są łatwo dostępne,

3. art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania, z uwagi na uniemożliwienie Odwołującemu dokonania weryfikacji poprawności i kompletności informacji zawartych w załączniku nr 11 — opis wymaganego rozwiązania technicznego — dołączonym do oferty Konsorcjum PORR w związku z błędną oceną, że zastrzeżenia tych informacji przez Konsorcjum PORR, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa było prawidłowe i zasadne,

4. art. 18 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania, z uwagi na odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp, co utrudniania oraz opóźnia weryfikację przez Odwołującego poprawności i adekwatności tych dokumentów, w tym dokumentów mających potwierdzać zdolność pozostałych wykonawców do realizacji zamówienia,

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu dokumentów przedłożonych Zamawiającemu na wezwanie w oparciu o art. 126 ust. 1 ustawy pzp, przez pozostałych wykonawców w toku postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu odtajnienia całego załącznika nr 11 do SWZ pn. „Opis wymaganego rozwiązania technicznego" z oferty Konsorcjum PORR z uwagi na wadliwe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa,

ewentualnie

2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia poszczególnych informacji zawartych w załączniku nr 11 do SWZ pn. „Opis wymaganego rozwiązania technicznego" a wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania według norm

przepisanych wraz z kosztami zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą, która zostanie przedstawiona na rozprawie.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zostały złożone 3 oferty: oferta Konsorcjum PORR, oferta Odwołującego oraz oferta spółki Trakcja

S.A. W dniu 30 grudnia 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wszystkich ofert złożonych przez Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu wraz z kompletem znaczników oraz o sukcesywne udostępnianie dokumentów składanych na żądanie Zamawiającego przez Wykonawców: podmiotowych środków dowodowych w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z pkt 17.6 — 17.7 SWZ). Odwołujący przytoczył treść pisma Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2022 r., z którego wynikało m.in. że Zamawiający zakończył ocenę zasadności utajnienia przez Konsorcjum PORR poszczególnych informacji jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i błędnie ocenił, że zastrzeżenie było uzasadnione i prawidłowe oraz, że wprost odmówił Wykonawcy udostępnienia dokumentów złożonych przez pozostałych wykonawców (na tym etapie postępowania Konsorcjum PORR) na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy pzp, z uwagi na bezpodstawne przyjęcie, że nie stanowią one oferty ani załączników do oferty.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania dotyczący bezpodstawnej odmowy Zamawiającego udostępnienia dokumentów składanych na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy pzp Odwołujący podniósł, że w ocenie Zamawiającego przepisem, który uniemożliwia mu udostępnienie Odwołującemu, zgodnie z jego wnioskiem, dokumentów składanych na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy pzp jest art. 74 ust. 2 ustawy pzp. Odpowiedź Zamawiającego jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający powołując się na literalne brzmienie art. 74 ust. 2 ustawy pzp postanowił wyłożyć go zawężająco, naruszając bez wątpienia zasadę jawności oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał dalej, że zasada jawności postępowania stanowi jedną z naczelnych zasad prawa zamówień publicznych. Jest ona realizowana poprzez udostępnianie dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności protokołu postępowania wraz z załącznikami oraz dokumentów samego zamówienia. To właśnie zasada jawności zapewnia uczestnikom rynku zamówień publicznych, w szczególności wykonawcom dostęp do różnorakich dokumentów, umożliwiając kontrolę prawidłowości i legalności tych postępowań. W konsekwencji, wszelkie wyjątki od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winny być interpretowane ściśle. Dotyczy to również wykładni art. 74 ust. 2 ustawy pzp. Faktem jest, że przepis ten zakreśla zamawiającym maksymalny termin na udostępnienie oferty wraz z załącznikami odnosząc się do terminu składania ofert („TSO") - przepis wskazuje bowiem, że udostępnienie oferty wraz z załącznikami następuje niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od terminu otwarcia ofert. Całkowicie nie do pogodzenia z celem tego przepisu jest jednak przyjmowanie na tej podstawie, że obowiązek niezwłocznego udostępnienia dokumentów wyrażony w art. 74 ust. 2 ustawy pzp należy ograniczać li tylko do dokumentów złożonych w dacie TSO. Jest bowiem jasne, co szczególnie zauważalne jest w warunkach procedury odwróconej, że zakres dokumentów składanych w dacie TSO nie obejmuje całej oferty wykonawców. To właśnie dokumenty składane na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp jak również udzielane przez wykonawcę wyjaśnienia czy uzupełnienia oferty (przedkładane zamawiającym na podstawie art. 128 ustawy pzp) stanowią dopiero właściwą ofertę wykonawcy (ofertę sensu largo). Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny i orzecznictwo (wyrok KIO z dnia 27 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 257/15, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 14 października 2016 r., sygn. akt: II SAB/Łd 190/16). Odwołujący podniósł, że skoro ofertą sensu largo są dokumenty stanowiące wyjaśnienia, zgody na poprawienie omyłki czy uzupełnienia wykonawców, to tym bardziej za element oferty należy uznać podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawcę w postepowaniu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp. Dokumenty te służą bowiem potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Jak tymczasem wiadomo to właśnie kontrola/weryfikacja tych dokumentów tj. podmiotowych zdolności wykonawców jest najistotniejsza dla zapewnienie transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W słowniczku pojęć zawartym w art. 7 ustawy pzp brak jest definicji oferty. Zgodnie z treścią art. 66 par. 1 KC oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W pzp zauważalna jest jednak swoista odrębność instytucji oferty od pojęcia oferty unormowanego w przepisach KC. Odrębność ta determinowana jest przede wszystkim funkcją postępowania o udzielenie zamówienia, który sprowadza się do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia z wybranym wykonawcą umowy w celu realizacji interesu publicznego. Na gruncie pzp oferta to nie tylko formularz ofertowy, ale również załączone do niej dokumenty oraz dokumenty przedkładane przez Wykonawcę na dalszym etapie postępowania w celu doprowadzenia do wyłonienia jego oferty jako najkorzystniejszej (w tym podmiotowe środki dowodowe składane na wezwanie zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp). W ocenie Odwołującego, nie powinno budzić wątpliwości, że dopiero wszystkie

ww. dokumenty tj. dokumenty złożone w dacie TSO, a następnie podmiotowe środki dowodowe oraz dokumenty oraz wyjaśnienia składane w trybie art. 128 ustawy pzp łącznie kształtują treść ofert wykonawcy. Przenosząc ww. rozważania na grunt niniejszej sprawy i analizując obowiązki Zamawiającego dotyczące zapewnienia jawności postępowania, należy dojść do wniosku, że Zamawiający zobowiązany jest udostępniać wykonawcom zarówno dokumenty stanowiące ofertę w ścisłym znaczeniu, tj. składane w dacie TSO, jak również pozostałe dokumenty przekazywane mu przez wykonawcę w toku postępowania w celu doprowadzenia do wyłonienia jego oferty jako najkorzystniejszej, jak dokumenty składane na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp czy dokumenty stanowiące wyjaśnienia lub uzupełnienia składane w trybie art. 128 ustawy pzp. Jedynie na marginesie, Odwołujący wskazał również, że powszechną praktyką zamawiających publicznych jest udostępnianie, jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej, całej korespondencji prowadzonej między zamawiającym a wykonawcą.

Uzasadniając zarzut 2 odwołania dotyczący wadliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum PORR Odwołujący wskazał, stosownie do pkt 20.3.3. SWZ oferta każdego z wykonawców uczestniczących w postępowaniu miała zawierać „Opis wymaganego rozwiązania technicznego" sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ (dalej jako: „Załącznik nr 11" lub „Opis rozwiązania technicznego"). Analizowany Opis rozwiązania technicznego został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum PORR. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Konsorcjum PORR nie spełnia jednak wymagań określonych w art. 18 ust. 3 ustawy pzp z uwagi na brak wykazania wszystkich przesłanek pozwalających na zakwalifikowanie zawartych w tym opisie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum PORR. W konsekwencji zastrzeżenie to było nieskuteczne, a omawiane informacje powinny zostać udostępnione Odwołującemu. Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO: wyrok z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18. Odwołujący podkreślił, że niezasadne utajnienie danych informacji w postępowaniu (lub bezpodstawne „utrzymanie" zastrzeżenia przez zamawiającego — z czym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu) narusza nie tylko zasadę jawności, lecz także uniemożliwia innym wykonawcom dokonanie weryfikacji tych informacji co zgodnie z orzecznictwem KIO jest niedopuszczalne (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1936/13, KIO 1943/13, KIO 1954/13). Zatem możliwość wyłączenia jawności postępowania przewidziana jest tylko w sytuacjach wyjątkowych, w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie pzp i nie może być nadużywana ani interpretowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest elementem „gry konkurencyjnej" wykonawców, lecz zmierza do zapewnienia ochrony rzeczywistej tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał dalej, że aby dokonać skutecznego zastrzeżenia poszczególnych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca przekazując takie informacje zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winien dokonać zastrzeżenia tych informacji oraz wykazać. że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu definicji zawartej w art. 11 ust. 2 UZNK. tzn.: że stanowią one informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, że informacje te 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 oraz, że podjął działania w celu utrzymania tych informacji w poufności. Zamawiający zobowiązany jest z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty i oświadczeń składanych przez wykonawców w toku postępowania. Jednocześnie to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone w ofercie stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Aby ten obowiązek wypełnić wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że podjął działania niezbędne w celu zachowania informacji w poufności, a zatem spełnił wymogi określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Zaniechanie wykonania tych obowiązków, uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów. W efekcie zatem zaniechanie wykazania przez wykonawcę w momencie wskazanym w art. 8 ust. 3 ustawy pzp. że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (tzn. zaniechanie wykazania wszystkich opisanych wyżej przesłanek), powoduje nieskuteczność takiego zastrzeżenia. W takim przypadku Zamawiający jest zobowiązany do nieuznania poufności zastrzeżonych w ofercie informacji. Powołał się na wyrok KIO z dnia 27 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 1233/16, wyrok KIO z dnia 13 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 90/17; KIO 112/17. Jedynym elementem przytoczonej powyżej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, który można by uznać za wykazany przez Konsorcjum PORR, w omawianym zastrzeżeniu jest element trzeci tzn. podjęcie działań zmierzających do zachowania informacji w poufności. Jednak nawet ewentualne udowodnienie tego elementu jest całkowicie niewystarczające w sytuacji, w której Konsorcjum PORR nie wykazało w ogóle wartości gospodarczej poszczególnych informacji zawartych w załączniku 11, jak również nie wykazało, że informacje te nie są ogólnie dostępne.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez Konsorcjum PORR ma 9 stron (bez załączników) i na pierwszy rzut oka może wydawać się prawidłowym.

Uważniejsza jego lektura musi jednak prowadzić do wniosku, że Konsorcjum PORR w żadnym razie nie wykazało w treści tego zastrzeżenia wartości gospodarczej poszczególnych informacji. Pierwsze dwie strony zastrzeżenia sprowadzają się do przytoczenia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w UZNK. Z kolei opis charakteru zastrzeżonych informacji oraz ich wartości gospodarczej (zawarty na stronach od 3 do 5 zastrzeżenia) zawiera wielokrotne powtórzenie stwierdzenia, że wartość gospodarcza informacji ujętych w załączniku nr 11 przejawia się w tym, że są to informacje nt. stosowanej przez wykonawcę technologii. Stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu w żadnym razie nie mogą zostać uznane za wystarczające dla wykazania wartości gospodarczej informacji zawartych w załączniku nr 11. Powołał się na wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2019 roku, sygn. akt: KIO 963/19. Poza położeniem nacisku na fakt, że informacje zawarte w załączniku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ponieważ „zawierają szczegóły technologii Wykonawcy", w celu wykazania ich rzekomej wartości gospodarczej Konsorcjum PORR wskazało również, że załącznik nr 11 zawiera szczegółowe dane dotyczące jego partnerów handlowych, producentów, autoryzowanych serwisantów. W tym kontekście, podkreślenia wymaga, że wskazanie nazw producentów (turbiny i kotła) stanowiło wymóg Zamawiającego (por. tabele w punkcie 2.1. oraz 2.2 wzoru załącznika nr 11 do SWZ). Powołał się na wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 1239/13. W konsekwencji, skoro wskazanie nazw producentów (turbiny i kotła) stanowiło wymóg Zamawiającego, to nazwy te nie mogą zostać w ogóle objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co oznacza, że uzasadnienie rzekomej wartości gospodarczej informacji zawartych w załączniku nr 11 poprzez odniesienie się do tych informacji jest całkowicie chybione. Uważna lektura zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum PORR prowadzi do wniosku, że jego treść sprowadza się zasadniczo do sparafrazowania oraz omówienia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 UZNK oraz przytoczenia (choć rzeczywiście wielokrotnego) ogólnych sformułowań zmierzających do wykazania rzekomej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Powołał się na wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1618/18. Złożone przez Konsorcjum PORR uzasadnienie nie pozwala na uznanie, że została spełniona przesłanka przewidziana w art. 18 ust. 3 ustawy pzp, a mianowicie wykazanie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak należytego wykazania wartości gospodarczej poszczególnych informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa jest jaskrawo widoczny w przypadku porównania treści zastrzeżenia dokonanego przez Konsorcjum PORR oraz przez Wykonawcę. Odwołujący w swoim zastrzeżeniu opisał bowiem dokładnie w czym przejawia się dla niego wartość gospodarcza poszczególnych informacji ujętych w załączniku nr 11. Uzasadnienie złożone wraz z ofertą przez Konsorcjum PORR nie wskazuje okoliczności pozwalających uznać, iż informacje zastrzeżone przez tego wykonawcę posiadają wartość gospodarczą.

Jak bowiem wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza lapidarne i niekonkretne sformułowania nie są wystarczające. Tymczasem, niezależnie od tego czy w konkretnym przypadku dana informacja posiada rzeczywiście wartość gospodarczą czy też nie, brak wykazania tej okoliczności przez wykonawcę w momencie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje, że zastrzeżenie jest nieprawidłowe i jako takie nieskuteczne. W świetle powyższych rozważań w ocenie Odwołującego należy uznać, iż Konsorcjum PORR nie wykazało, iż informacje zastrzeżone przez nie w ofercie rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsekwentnie, zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum PORR jest nieskuteczne w związku z czym brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania ich za stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa, a w efekcie brak jest podstaw do odmowy przez Zamawiającego ujawnienia w całości oferty złożonej przez Konsorcjum PORR — która to oferta powinna ona zostać udostępniona Odwołującemu w całości.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom zawartym w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonym przez Konsorcjum PORR, art. 18 ust. 3 ustawy pzp stanowi jednoznacznie, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, powinny być zastrzeżone (a zastrzeżenie powinno być uzasadnione) nie później niż w dniu składania oferty. Brak jest przy tym podstaw prawnych, do wzywania wykonawcy do składania oświadczenia, co do przyczyn objęcia poszczególnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 592/15). Zamawiający nie ma zatem prawnej możliwości wezwania wykonawcy do wyjaśnienia lub uzupełnienia przedmiotowego zastrzeżenia/uzasadnienia zastrzeżenia. Przytoczony przez Konsorcjum PORR art. 223 ust. 1 ustawy pzp nie służy wyjaśnianiu przez Zamawiającego prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i nie może być wykorzystany do sanowania wadliwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzasadniając zarzut ewentualny odwołania Odwołujący wskazał, że niezależnie od faktu, że Odwołujący kwestionuje prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum PORR i w tej okoliczności upatruje samoistnej podstawy do nakazania Zamawiającemu odtajnienia załącznika nr 11 i udostępnienia go Odwołującemu, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, prezentuje również argumentację na poparcie zarzutu

braku wartości gospodarczej określonych informacji zawartych w ww. dokumencie oraz powszechnej dostępności niektórych z tych informacji. Przedstawione uzasadnienie potwierdza, że analizowane informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, a co za tym idzie muszą podlegać udostępnieniu Odwołującemu.

a) jawność części informacji ujętych w Załączniku nr 11.

Odwołujący podniósł, że stosownie do pkt 20.3.3. SWZ oferta w postępowaniu miała zawierać „Opis wymaganego rozwiązania technicznego", zgodnie z Załącznikiem 11 do SWZ. Przedmiotowy opis był więc sporządzany przez każdego z wykonawców w oparciu o załącznik „narzucony" przez Zamawiającego (por. str. 43 - 49 SWZ w brzmieniu nadanym mu modyfikacją nr 7 SWZ). W tym kontekście Odwołujący wskazał, że

- część informacji zawartych w przedmiotowym załączniku nr 11 została „z góry" uzupełniona/„narzucona" przez Zamawiającego we wzorze tego załącznika i w ogóle nie była wypełniana przez wykonawców (zaznaczenia na szaro w załączniku do odwołania);

- część informacji została uzupełniona przez Konsorcjum PORR poprzez przeniesienie do tego załącznika danych z Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU") - zaznaczenia na zielono w załączniku do odwołania;

- część informacji została wprawdzie uzupełniona „samodzielnie" przez Konsorcjum PORR, jednak jest jednocześnie ujęta w formularzu ofertowym, który nie został utajniony przez Konsorcjum PORR w załączonym do odwołania wzorze Załącznika nr 11 (zaznaczenia na różowo w załączniku do odwołania);

co samo przez się powoduje, że informacje te nie mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum PORR, ponieważ są de facto znane wszystkim uczestnikom postępowania, a dostęp do tych informacji z łatwością uzyskać mogą również inni zainteresowani.

Odwołujący załączył do odwołania wyciąg z SWZ w Postępowaniu w części zawierającej wzór Załącznika nr 11 opracowanego przez Zamawiającego. W tabelach ujętych w punktach 2.2.4, 2.6 oraz 2.7 tego załącznika z użyciem wskazanych powyżej kolorów: szarego, zielonego i różowego Odwołujący zaznaczył, które informacje zostały:

- „z góry" uzupełnione/„narzucone" przez Zamawiającego (zaznaczenia na szaro) i w ogóle nie była wypełniana przez Konsorcjum PORR/TME samodzielnie,

- uzupełnione przez Konsorcjum PORR, poprzez przeniesienie danych z PFU (zaznaczenia na zielono),
- uzupełnione „samodzielnie" przez Konsorcjum PORR, jednak były jednocześnie ujęte w formularzu ofertowym, który nie został utajniony przez Konsorcjum PORR, a nadto zostały wskazane w informacji z otwarcia ofert (zaznaczenia na różowo).

Odwołujący podniósł, że żadne z informacji zaznaczonych w załączonym wzorze Załącznika nr 11 na szaro, zielono oraz fioletowo nie podlegają ochronie jako tajemnica

przedsiębiorstwa Konsorcjum PORR. Informacje te są bowiem ogólnodostępne.
W konsekwencji Odwołujący wniósł o udostępnienie ww. zakresu informacji ujętych w ofercie konsorcjum PORR.

b) brak wartości gospodarczej oznaczenia producenta oraz typu turbiny i rusztu w związku z wymogiem Zamawiającego wskazania tych informacji w załączniku 11 w tabelach w punktach 2.1 (tabela dotycząca turbiny) i 2.2 (tabela dotycząca rusztu i kotła).

Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie jest dopuszczalne by ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegały dane dotyczące producentów czy typów urządzeń, jeśli dany zamawiający żądał ich wskazania w dokumentach składających się na ofertę wykonawcy. W omawianym Załączniku nr 11 w punktach 2.1 (tabela dotycząca turbiny) i 2.2 (tabela dotycząca rusztu i kotła) Zamawiający sformułował wymóg wskazania producenta oraz typu turbiny i rusztu, który wykonawca zamierza zastosować w związku z realizacją inwestycji (por. tabele w punktach 2.1. oraz 2.2. wzoru Załącznika nr 11). Odwołujący wniósł więc o udostępnienie ww. informacji ujętych w ofercie Konsorcjum PORR.

c) brak wartości gospodarczej informacji na temat wybranego wariantu zastosowanej technologii odazotowania spalin.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z udostępnionym przez Zamawiającego wzorem treści Załącznika nr 11 do SWZ jednym z niezbędnych jego elementów było wskazanie rodzaju instalacji odazotowania spalin (por. pkt 2.2. ppkt ii) przygotowanego przez Zamawiającego wzoru załącznika nr 11 do SWZ). Z uwagi na niejednoznaczność zapisów SWZ w zakresie dopuszczonych przez Zamawiającego rodzajów technologii oczyszczania spalin, wykonawcy formułowali wnioski o wyjaśnienie treści SWZ przez Zamawiającego. Chodziło mianowicie o wyjaśnienie czy zastosowana technologia: może obejmować alternatywnie metodę katalitycznej (tj. metodę SCR) lub niekatalitycznej (tj. SNCR) redukcji tlenków azotu, czy też: musi obejmować co najmniej katalityczną (SCR) metodę redukcji tlenków azotu [tzn. albo wyłącznie katalityczną redukcję (SCR) lub jednocześnie katalityczną (SCR) i niekatalityczną redukcję azotów (SNCR)]. Zamawiający jednoznacznie rozstrzygnął te wątpliwości wskazując, że zastosowana metoda redukcji tlenków azotu musi opierać się co najmniej na metodzie SCR (katalitycznej redukcji) i nie może ograniczać się wyłącznie do SNCR (niekatalitycznej metody). Wynika to z wyjaśnień treści SWZ nr 3 sformułowanych przez Zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2021 r. Odwołujący przywołał treść załącznika nr 1.3 do PFU (Technologia). O ile Odwołujący przyjmuje do wiadomości, że informacje dotyczące opisu konkretnej technologii oczyszczania spalin, jej parametrów, elementów, układu itp. mogą posiadać dla każdego wykonawcy wartość gospodarczą (choć jak zostało szczegółowo uzasadnione powyżej informacje zawarte w załączniku nr 11 sporządzonym przez Konsorcjum PORR/TME nie podlegają ochronie z uwagi na wadliwość dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), o tyle nie może być mowy o wartości gospodarczej informacji nt. tego czy przewidywana do zastosowania technologia będzie miała charakter katalityczny, niekatalityczny czy mieszany. W tym miejscu Odwołujący oświadczył, że przewidywana przez niego do zastosowania technologia oczyszczania spalin będzie oparta na metodzie katalitycznej (SCR) i podkreśla, że sama informacja o wyborze rodzaju technologii jest pozbawiona jakiejkolwiek wartości gospodarczej. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o odtajnienie informacji ujętej w pkt 2.2. Załącznika nr 11 w zakresie dotyczącym określenia jaka metoda została wybrana do zastosowania w instalacji ITPOE2 przez Konsorcjum PORR.

d) brak wartości gospodarczej informacji o minimalnej mocy elektrycznej czynnej brutto przy pracy ciągłej w kondensacji.

Odwołujący podniósł, że zgodnie ze wzorem załącznika nr 11 sporządzonym przez Zamawiającego każdy z wykonawców zobowiązany był do wypełnienia tabeli w punkcie 2.1. tego załącznika (Turbina). W ocenie Odwołującego informacja zawarta w pkt 3 tabeli (w zakresie wskazanej przez Konsorcjum PORR wartości — czyli w kolumnie 4), tj. „minimalna moc elektryczna czynna brutto — praca ciągła w kondensacji" wyrażona konkretną wartością w megawatach jest pozbawiona wartości gospodarczej, gdyż wartość ta powinna zostać wyliczona w oparciu o wartość odpowiadającą dolnemu przedziałowi wartości stabilnej pracy kotła określonej przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 ITPOE2_RZ_PFU zał. 1.3_Technologia punkt: 3.1 Kocioł 3.1.1 Parametry techniczne kotła, gdzie wskazano przedział stabilnej pracy kotła w granicach 60-110%. Innymi słowy wykonawca w celu obliczenia minimalnej mocy elektrycznej czynnej brutto — praca ciągła w kondensacji, powinien był przy obliczeniach odnieść się do wartości 60% wydajności kotła, zaś efekt przeprowadzonego działania matematycznego powinien zostać odzwierciedlony właśnie w postaci ww. wartości. Z uwagi na tę okoliczność Odwołujący wniósł o odtajnienie tej informacji w ofercie Konsorcjum PORR.

e) brak wartości gospodarczej informacji o tonażu odpadów termicznie przekształcanych w ciągu godziny pracy ITPOE2 w warunkach 100% wydajności instalacji (zamieszczonej na wykresie spalania).

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie ze wzorem załącznika nr 11 sporządzonym przez Zamawiającego każdy z wykonawców zobowiązany był do opracowania - w punkcie 2.2.1. tego załącznika — wykresu spalania odpadów. O ile Odwołujący ocenia, że cały wykres spalania może odzwierciedlać know-how danego wykonawcy (choć w tym miejscu ponownie wskazuje, że z uwagi na wadliwe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum PORR informacje te nie mogą już podlegać skutecznej ochronie w odniesieniu do jego oferty), o tyle pozbawiona wartości gospodarczej jest konkretna informacja z tego wykresu, a mianowicie informacja nt. ilości spalanego paliwa (określanego w t/h odpadów) w warunkach pracy instalacji ze 100% wydajnością. Wartość ta wynika bowiem z dokumentacji postępowania, a konkretnie z postanowienia punktu I postanowienia Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie z dnia 4 kwietnia 2014 roku w sprawie uzgodnienia warunków realizacji przedsięwzięcia pod nazwą „Instalacja termicznego przetwarzania z odzyskiem energii w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrociepłownia Rzeszów na dz. 498/4,

498/5, 331, 497 Obr. 217 położonych w Rzeszowie przy ul. Ciepłowniczej." („Postanowienie RDOŚ"). Wytyczne postanowienia RDOŚ są wiążące dla wykonawców zaś zastosowane przez nich rozwiązanie musi być z nimi zgodne. W efekcie wartość, o której tu mowa ujęta w wykresach spalania poszczególnych wykonawców, wynosząca nie więcej niż 11,5 Mg/h (tony na godzinę) powinna zostać de facto przepisana do wykresu spalania przez każdego z wykonawców. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o odtajnienie informacji w postaci parametru wynikającego z wykresu spalania Konsorcjum PORR na którym zaznaczono pracę instalacji (ITPOE2) dla 100% wydajności tej instalacji.

f) brak wartości gospodarczej informacji odnośnie tego czy w zakresie branży AKPiA Konsorcjum PORR/TME przewiduje modernizację istniejącego systemu DCS czy też zastosowanie całkowicie nowego rozwiązania.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z opisem zawartym w dokumentacji postępowania w odniesieniu do branży AKPiA, tj. w Załączniku nr 1 ITPOE2 RZ_PFU_Zał.

1.4._Automatyka, w pkt 3.2. dotyczącym Rozbudowy istniejącego systemu DCS oraz w pkt 3.3. dotyczącym rozwiązania równoważnego (tj. wdrożenia nowego systemu DCS z zachowaniem funkcjonalności istniejącego sytemu) Zamawiający dopuścił zarówno przeprowadzenie modernizacji istniejącego systemu jak również zastosowanie całkowicie nowego rozwiązania. Decyzja w tym zakresie należała do wykonawców. Nie sposób jednak twierdzić, że sama informacja odnośnie tego czy dany wykonawca (w tym przypadku Konsorcjum PORR) będzie „jedynie" modernizować czy też tworzyć nowy system AKPiA posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą. Jednocześnie w przypadku, w którym dany wykonawca zdecydowałby się modernizować istniejący system zobowiązany będzie spełnić szczegółowe wymagania Zamawiającego w tym zakresie, w szczególności zawarte w SWZ w Załączniku nr 1 ITPOE2_RZ_PFU Zał 1.4._Automatyka, pkt 3.2. Na tym tle należy wskazał, iż w toku postępowania Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w zakresie Załącznika nr 1 ITPOE2 RZ PFU Zał 1.4._Automatyka, pkt 3.2. ppkt m), w wyniku której wyjaśnił zakres prac wymaganych do wykonania w przypadku dokonania wyboru wariantu modernizacji. W konsekwencji Wykonawca wniósł o odtajnienie informacji w punkcie 2.3.1, z której wynika czy Konsorcjum PORR zamierza stworzyć system AKPiA od nowa, czy też zamierza przeprowadzić modernizację istniejącego sytemu i w konsekwencji, w przypadku wyboru przez Konsorcjum PORR opcji modernizacji, czy Wykonawca ten zapewnia m.in. wymianę serwerów, stacji roboczych i monitorów w związku z migracją systemu do najnowszej wersji.

g) brak wartości gospodarczej informacji zawartych w pkt 2.4 załącznika nr 11 — opis branży elektrycznej.

Odwołujący wskazał, że cały opis branży elektrycznej ujęty w Załączniku nr 11 pozbawiony jest wartości gospodarczej, bowiem powinien stanowić potwierdzenie wymagań sformułowanych przez Zamawiającego w PFU (załącznik nr 1 ITPOE2 RZ_PFU_zał. 1.7_Instalacje_elektryczne). Stosowane w branży elektrycznej rozwiązania są powtarzalne, standardowe, powszechnie używane w przemyśle bez względu na zastosowaną technologię termicznego przetwarzania odpadów z odzyskiem energii i nie stanowią emanacji jakiegokolwiek know-how Odwołującego. W szczególności zgodnie z narzuconym przez Zamawiającego wzorem Załącznika nr 11, PGE wymagało wskazania w tym Załączniku informacji o typie silnika i przemiennika częstotliwości dla wentylatora ciągu głównego. Informacje dotyczące typu silnika i przemiennika jako wymagane do wskazania przez PGE w dokumentach oferty nie mogły być skutecznie objęte przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o odtajnienie całego punktu 2.4, ewentualnie co najmniej punktu 2.4.7 tego załącznika w ofercie Konsorcjum PORR.

Uzasadniając pozostałe zarzuty odwołania dotyczące naruszenia zasad przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, że ww. okoliczności wskazują, że Zamawiający naruszył w postępowaniu zarówno zasadę przejrzystości jak również zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Wykonawca Konsorcjum PORR złożył lakoniczne i pozbawione konkretnych informacji uzasadnienie zastrzeżenia i nie wykazał jego zasadności. Nadto, część zastrzeżonych informacji nie spełnia przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, bowiem są one publicznie dostępne lub nie mają żadnej wartości gospodarczej. Utajnienie dokumentów, które nie znajduje oparcia w przepisach prawa narusza nie tylko zasadę jawności, lecz także uniemożliwia innym wykonawcom dokonanie weryfikacji zawartych w nich danych. Analogicznie należy ocenić odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów składanych w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp. Z uwagi na powyższe,

Zamawiający nie ma podstaw do odmowy udostępnienia jakichkolwiek dokumentów złożonych wraz z ofertą przez Konsorcjum PORR, a zastrzeżonych przez tego wykonawcę, jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ani do odmowy udostępnienia dokumentów składanych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający tymczasem dokonał błędnej, zawężającej wykładni art. 74 ust. 2 ustawy pzp, a nadto dokonał nieprawidłowej oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum PORR i niesłusznie uznał je za prawidłowe i należycie uzasadnione. W konsekwencji Zamawiający bezzasadnie odmówił Odwołującemu ujawnienia dokumentów złożonych przez tego wykonawcę. Zaniechanie Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu dokonanie pełnej weryfikacji oferty złożonej przez Konsorcjum PORR, w tym sprawdzenie czy wykonawca ten spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu i sporządził ofertę w pełni odpowiadającą wymaganiom SWZ.

W dniu 27 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w części co do zarzutu 2 i 3 odwołania i wskazał, że odtajni w całości załącznik nr 11 do SWZ pn. „Opis wymaganego rozwiązania technicznego" z oferty Konsorcjum PORR, natomiast w pozostałym zakresie (zarzut 1 i 4) wniósł o oddalenie odwołania. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 28 stycznia 2022 r. Przystępujący Konsorcjum PORR złożył pismo procesowe, w którym wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów 2 i 3 odwołania oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania w dniu 28 stycznia 2022 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, przedstawiając dalsze stanowisko w sprawie. Odwołujący oświadczył na posiedzeniu, że wycofuje w zakresie zarzutu ewentualnego, zarzut dotyczący braku wartości gospodarczej informacji o minimalnej mocy elektrycznej czynnej brutto przy pracy ciągłej w kondensacji z lit. d na str. 18 odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz TM.E. S.p.A. - Termomeccanica Ecologia z siedzibą w La Spezia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (załącznik nr 11 do SWZ z zaznaczeniami Odwołującego, wyciąg z postanowienia RDOŚ), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego Konsorcjum PORR wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego (zdjęcia Instalacji Rzeszowskiej zrobione podczas wizji

lokalnej, materiał ogólnodostępny - informacja Zamawiającego na temat pierwszej linii instalacji, załącznik nr 11 Odwołującego zawierający częściowe odtajnienie tych informacji, które mogłyby zostać ujawnione w załączniku nr 11 Przystępującego Konsorcjum PORR) oraz Przystępującego Konsorcjum PORR (formularz oferty w postępowaniu dotyczącym instalacji 1 linii w Rzeszowie, formularz oferty dla postępowania w Olsztynie) na posiedzeniu.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie zarzutów 1 i 4 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Pismem z dnia 30 grudnia 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o: „udostępnienie Wykonawcy wszystkich ofert złożonych przez Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu wraz z kompletem załączników oraz o sukcesywne udostępnianie dokumentów składanych na żądanie Zamawiającego przez Wykonawców Podmiotowych środków dowodowych w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z pkt. 17.6 - 17.7 SWZ).”

Pismem z dnia 4 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: „W odpowiedzi na Państwa wniosek o udostępnienie wszystkich ofert złożonych przez Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu wraz z kompletem załączników oraz o sukcesywne udostępnianie dokumentów składanych na żądanie Zamawiającego przez Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający informuje jak poniżej. Zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.): (...) W związku z powyższym Zamawiający udostępnia oferty Wykonawców Trakcja S.A. oraz Konsorcjum: PORR S.A. i TM.E. S.p.A. - Termomeccanica Ecologia, z wyłączeniem informacji o charakterze poufnym. Zamawiający informuje, że przeprowadził badanie zasadności utajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w ofercie Konsorcjum: PORR S.A. i TM.E. S.p.A. - Termomeccanica Ecologia i uznał za zasadne utrzymanie w tajemnicy informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż wskazane poniżej dane zostały zanonimizowane zgodnie z postanowieniami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE: 1. Oferta wykonawcy Trakcja S.A. — zanonimizowano serię i nr dowodu tożsamości oraz PESEL Pełnomocnika Wykonawcy ujawnione w pełnomocnictwie Nr 1/10/2021. 2. Oferta wykonawcy Konsorcjum: PORR S.A. i TM.E. S.p.A. - Termomeccanica Ecologia — zanonimizowano nr dokumentów tożsamości Pełnomocników Wykonawcy ujawnione w pełnomocnictwie dołączonym do oferty oraz dane dotyczące daty i miejsca urodzenia Przedstawiciela Wykonawcy TM.E. S.p.A. - Termomeccanica Ecologia ujawnione w JEDZ. Wraz z udostępnianymi ofertami Zmawiający przekazuje raporty z weryfikacji podpisów kwalifikowanych złożonych przez Wykonawców na zanonimizowanych dokumentach. Dodatkowo Zamawiający informuje, iż zgodnie z treścią ustawy Prawo zamówień publicznych „Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania (..)”, co oznacza, że wszystkie załączniki do protokołu postępowania pn. „Zabudowa II linii technologicznej w Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii w Rzeszowie", za wyjątkiem ofert, na dzień złożenia wniosku Wykonawcy nie podlegają udostępnieniu. W postępowaniu nie dokonano bowiem jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty ani unieważnienia postępowania. W związku z powyższym dokumenty składane na żądanie Zamawiającego przez Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, o udostępnienie których Państwo wnioskujecie, nie mogą zostać na ten moment udostępnione.”

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że Zamawiający nie skierował do Przystępującego Konsorcjum PORR wezwania w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp, a zatem podmiotowe środki dowodowe nie zostały przez

Przystępującego złożone w postępowaniu na moment zamknięcia rozprawy.

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."

Artykuł 18 ust. 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „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 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."

W myśl art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w

terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2

zdanie drugie (...) - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu."

Zgodnie z art. 73 ust. 1 ustawy pzp: „Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania."

Zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy pzp: „1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą."

W myśl art. 118 ust. 3 ustawy pzp: „3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów."

W myśl § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2020 r., poz. 2434): „Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie."

Przedmiot sporu w zakresie zarzutów 1 i 4 odwołania sprowadzał się do oceny, czy Zamawiający nie naruszył ustawy pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wnioskowanych przez niego dokumentów. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie zasady jawności w kontekście nieudostępnienia Odwołującemu podmiotowych środków dowodowych Przystępującego Konsorcjum PORR, w jego ocenie niezasadnie uznając, iż mogą one zostać udostępnione dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, co narusza treść art. 74 ustawy pzp. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego była niezasadna z kilku powodów.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie dysponował na moment zamknięcia rozprawy podmiotowymi środkami dowodowymi Przystępującego Konsorcjum PORR, gdyż wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp nie zostało jeszcze skierowane do Przystępującego. Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Izba uwzględnia odwołanie jeśli stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. W tak ustalonym stanie faktycznym Izba nie może uznać, iż Zamawiający naruszył treść art. 74 czy też zasadę jawności i zasadę równego traktowania wykonawców (abstrahując w tym miejscu od charakteru dokumentów, o których udostępnienie wnioskował Odwołujący). Skoro Zamawiający nie posiadał żądanych przez Odwołującego dokumentów to oczywistym jest, że nie mógł ich udostępnić. Odnosząc się natomiast to żądania Odwołującego przedstawionego na posiedzeniu, aby Izba nakazała Zamawiającemu udostępnianie dokumentów w postępowaniu niezwłocznie na każdy wniosek Odwołującego podkreślić należy, iż zgodnie z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia bądź zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której

zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Tym samym Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy wobec konkretnej czynności czy też zaniechania Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu ocenie Izby podlega zaniechanie Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2022 r. w zakresie nieudostępnienia Odwołującemu podmiotowych środków dowodowych. Izba nie jest organem kontrolnym, nie jest również upoważniona do wydawania Zamawiającemu rekomendacji czy też zaleceń wobec przyszłych czynności w postępowaniu. Okoliczność, iż w piśmie z dnia 4 stycznia 2022 r. Zamawiający powołał się na treść art. 74 wskazując, że podmiotowe środki dowodowe udostępnia się po wyborze najkorzystniejszej oferty i nie informując Odwołującego, że nie zostały jeszcze złożone w postępowaniu przez Przystępującego jest irrelewantna dla oceny, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp, co w ocenie Izby wobec poczynionych ustaleń faktycznych nie nastąpiło. Z tych już powodów zarzuty nr 1 i 4 odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Przechodząc natomiast do uzasadnienia nieudostępnienia Odwołującemu podmiotowych środków dowodowych i charakteru tych dokumentów, Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego jest chybiona. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że podmiotowe środki dowodowe stanowią inne dokumenty składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców i jako takie nie podlegają udostępnieniu przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Wbrew twierdzeniom Odwołującego kwestia terminu udostępnienia poszczególnych dokumentów została uregulowana w ustawie pzp w art. 74 ust. 2. Zauważyć należy, że w myśl art. 73 ustawy pzp zarówno oferty, jak i inne dokumenty składane przez wykonawców stanowią załączniki do protokołu, przy czym zasadą jest iż są one udostępniane po wyborze najkorzystniejszej oferty. Ustawodawca przewidział jednak wyjątek, iż oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po ich otwarciu, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. W ocenie Izby Odwołujący celowo i niezasadnie w uzasadnieniu przedmiotowego zarzutu bagatelizuje znaczenie powyższego terminu, który niewątpliwie zakreśla również katalog dokumentów, które jako wyjątek od zasady udostępniania załączników do protokołu po wyborze najkorzystniejszej oferty, mogą zostać udostępnione wcześniej. Są to wyłącznie oferty wraz z załącznikami, a więc dokumenty składane przez wykonawców do dnia otwarcia ofert. Jak najbardziej załącznikami do oferty będą: zobowiązanie podmiotu trzeciego, czy też przedmiotowe środki dowodowe, które jak określa ustawa składane są wraz z ofertą (art. 118 ust. 3 ustawy pzp oraz art. 107 ust. 1 ustawy pzp). Tym samym, wszystkie pozostałe składane w toku postępowania dokumenty, w tym podmiotowe środki dowodowe mogą zostać udostępnione dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że podmiotowe środki dowodowe, jako potwierdzające brak podstaw wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowią element badania podmiotowego wykonawcy, a nie oceny ofert, którą dokonuje się wcześniej. Jak stanowi art. 126 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (.)", a zatem oceny ofert Zamawiający dokonuje przed wezwaniem. W żadnym wypadku, nie można uznać, iż stanowią one treść oferty, skoro zgodnie z art. 128 ustawy pzp podlegają uzupełnieniu, a treść oferty charakteryzuje jej niezmienność. Argumentacja Odwołującego, iż podmiotowe środki dowodowe stanowią ofertę sensu largo i dlatego, jak oferta powinny podlegać udostępnieniu po otwarciu ofert jest zatem chybiona. W ocenie Izby, Ustawodawca precyzyjnie określił katalog załączników do protokołu, które udostępnia się przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a rozważania Odwołującego względem celowości takiej regulacji należy uznać za wniosek de lege ferenda niemający wpływu na ocenę czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu. Na stanowisko Izby nie wpływa również treść § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. poz. 2434) przywołana przez Przystępującego Trakcja, który nie stoi w opozycji do regulacji art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp, jako przepis niższej rangi. Rozporządzenie stanowi wyłącznie o kwestiach technicznych i organizacyjnych udostępnienia protokołu, a termin „niezwłocznie" należy rozpatrywać w kontekście regulacji ustawowej. Tym samym Zamawiający jest zobowiązany udostępnić protokół wraz z załącznikami niezwłocznie odpowiednio wobec oferty i załączników do oferty niezwłocznie po ich otwarciu, natomiast wobec pozostałych dokumentów niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty.

W tym kontekście Izba zauważa, że nie jest tak iż interesy Odwołującego nie są zabezpieczone. Odwołujący będzie bowiem uprawniony zakwestionować w drodze środków ochrony prawnej badanie podmiotowe Przystępującego Konsorcjum PORR uzyskując od Zamawiającego konieczne dokumenty niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Wskazania wymaga także, że podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż powszechną praktyką jest udostępnianie wnioskowanych dokumentów przez zamawiających przed wyborem najkorzystniejszej oferty po pierwsze nie została wykazana, a po drugie Zamawiający jest zobowiązany podejmować czynności zgodnie z ustawą pzp, której naruszenie nie zostało stwierdzone w kontekście zarzutu nr 1 i 4 odwołania.

W zakresie zarzutów 2 i 3 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl pkt 4.1. SWZ: „4.1. Przedmiotem Zamówienia jest zabudowa II linii technologicznej w Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii w Rzeszowie. Zamówienie będzie realizowane w formule „zaprojektuj i buduj", poprzez zabudowę II linii technologicznej w instalacji termicznego przetwarzania odpadów znajdującej się na terenie Oddziału Elektrociepłownia w Rzeszowie. Druga linia Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii zostanie zabudowana w istniejącym budynku i będzie w maksymalnym stopniu wykorzystywać istniejącą infrastrukturę, która powstała w ramach prac związanych z budową pierwszej linii przetwarzania odpadów, która jest eksploatowana od października 2018 roku."

Zgodnie z pkt 20.3.3 Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą: „Opis wymaganego rozwiązania technicznego, zgodnie z Załącznikiem nr 11 do SWZ."

Zgodnie z pkt 24 kryteria oceny ofert miały zostać wyliczone według wzoru, na podstawie danych z oferty: „Cp = Wartość netto oferty Wykonawcy obejmującej zakres podstawowy oraz OPCJĘ 1 („zabudowa muszli") [PLN]; Co = Wartość % OPCJI 2 „Obsługa serwisowa w okresie gwarancji", wyrażona w % przez Wykonawców w zakresie 1-3% wartości netto oferty za zakres podstawowy z OPCJĄ 1 [%]; M_el_kond = Moc elektryczna brutto kondensacja (Moc elektryczna przy pełnej kondensacji): minimalna wartość wymagana 7,3MWe, max wartość za którą będą przydzielane punkty to 8 MWe [MWe], M_el_kog = Moc elektryczna brutto kogeneracja (Moc elektryczna przy pełnej kogeneracji): minimalna wartość wymagana 4,2MWe, max wartość za którą będą przydzielane punkty to 5 MWe [MWe]; M_c_kog = Moc cieplna kogeneracja (Moc cieplna przy pełnej kogeneracji, bez UOC): minimalna wartość wymagana 16MWt, max wartość za którą będą przydzielane punkty to 18 MWt [MWt]; Z_wap_hyd = Zużycie wapna hydratyzowanego na potrzeby redukcji emisji kwaśnych składników spalin [kg/Mg paliwa podstawowego]; Z_mocz_= Zużycie mocznika na potrzeby redukcji emisji Nox [kg/Mg paliwa podstawowego]."

W załączniku nr 11 Zamawiający wymagał podania m.in. następujących informacji: „Opis wymaganego rozwiązania technicznego Wykonawca przygotuje opis oferowanego rozwiązania technicznego zgodnie z wymaganiami opisanymi w niniejszym Załączniku. Wykonawca zobowiązany jest przygotować ogólny opis techniczny rozwiązania ITPOE2 zawierający co najmniej wymagania opisane poniżej oraz wszystkie parametry techniczne ITPOE2 wskazane w poniższych tabelach. Zamawiający wymaga uzupełnienia wszystkich poniższych pozycji. 1. Opis ogólny technicznego rozwiązania ITPOE2 2. Parametry techniczne ITPOE2 2.1. Turbina 2.2. Kocioł i instalacje oczyszczania spalin i. Wykres spalania ii. Rodzaj instalacji odazotowania SCR / hybryda iii. Sposób oczyszczania powierzchni ogrzewanych iv. Rodzaj rusztu i sposób chłodzenia 2.3. Branża AKPiA 2.3.1. Opis koncepcji dla systemu nadrzędnego DCS 2.3.2. Ogólny opis oferowanych rozwiązań w zakresie systemów sterowania turbiny i kotła 2.3.3. Ogólny opis układu pomiarowego CEMS 2.4. Branża elektryczna 2.4.1. Napięcie znamionowe generatora i rodzaj wzbudzenia. 2.4.2. Opis układu wyprowadzenia mocy (z uwzględnieniem przekładni transformatora wyprowadzenia mocy w kontekście zapisów z pkt 2.3.1 w zał. 1.7 do PFU). 2.4.3. Opis układu zasilania potrzeb własnych (przewidywany układ zasilania potrzeb własnych w odniesieniu do propozycji zaprezentowanej na Rysunku nr 1 w zał. 1.7 do PFU, z uwzględnieniem połączeń pomiędzy sekcjami rozdzielnicy 11 kV I i II linii technologicznej

ITPOE oraz pomiędzy transformatorem 11/0,4 kV a sekcją 1 rozdzielnicy 11 kV I linii technologicznej ITPOE). 2.4.4. Miejsce i sposób zabudowy transformatora wyprowadzenia mocy. 2.4.5. Źródła zasilania układów napięcia gwarantowanego 220 V DC, 230 V AC oraz 24 V DC dla potrzeb II linii technologicznej ITPOE w EC Rzeszów. 2.4.6. Źródło zasilania niezbędnych urządzeń II linii technologicznej ITPOE w EC Rzeszów w przypadku jednoczesnej utraty zasilania z lokalnej sieci i turbogeneratora (konieczność zabudowy nowego agregatu prądotwórczego czy wykorzystanie agregatu zabudowanego dla I linii ITPOE EC Rzeszów). 2.4.7. Typ silnika i przemiennika częstotliwości dla wentylatora ciągu głównego (w kontekście dostawy rezerwowego silnika i przemiennika, zgodnie z opisem w pkt 4.3.2 w zał. 1.3 do PFU). 2.5. Branża instalacyjna 2.5.1. Opis zastosowanych rozwiązań realizujących wentylację hali kotłów. 2.5.2. Opis zastosowanych rozwiązań realizujących wentylację w pomieszczeniu turbogeneratora nr 2. 2.5.3. Opis ogólny układów klimatyzacyjnych. 2.5.4. Opis rozwiązań dla stacji DEMI. 2.6. Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy A 2.7. Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B."

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 30 grudnia 2021 r. w postępowaniu wpłynęły trzy oferty: oferta Odwołującego oraz Przystępujących.

Przystępujący Konsorcjum PORR złożył wraz z ofertą załącznik nr 11 i oświadczył w pkt 16 formularza oferty, że stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Do oferty zostało dołączone uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący również zastrzegł treść załącznika nr 11 jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."

Artykuł 18 ust. 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „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 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 wstępie wskazania wymaga, że w świetle 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.

Wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5, a więc o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte, a także cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, okoliczność, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie. Jak wskazano w wyroku KIO 589/21 z dnia 22 marca 2021 r.: „Dla zachowania poufności informacji konieczne jest to, aby nie była to informacja łatwo dostępna. W ocenie Izby odpadnięcie tej przesłanki powoduje, że informacja traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa." Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek

wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek wykazania, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za wykazanie nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK oraz do przywołania treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp. Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy pzp wskazał również na moment, w którym powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. Stwierdzenie: „jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał" oznacza, że wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, dla uznania skuteczności zastrzeżenia, musi nastąpić równocześnie ze złożeniem dokumentów zawierających tajemnicę.

Zaznaczyć należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie sporu przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane przez siebie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest też rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba w ramach zarzutu nr 2 i 3 poddała ocenie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Przystępującego PORR wraz z załącznikiem nr 11 do oferty. Dla uznania skuteczności dokonanego zastrzeżenia Przystępujący był zobowiązany wykazać wszystkie łącznie przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK. Odwołujący zakwestionował w tym zakresie brak wykazania przez Przystępującego, iż poszczególne informacje zawarte w załączniku nr 11 posiadają wartość gospodarczą. Zdaniem Izby, z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić z kilku powodów.

Zauważyć należy, że w treści uzasadnienia Przystępujący wskazał m.in.: „[CHARAKTER ZASTRZEŻONYCH INFORMACJI ORAZ ICH WARTOŚĆ GOSPODARCZA] (...) 3. Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa Załącznika nr 11 nie budzi zatem wątpliwości, ponieważ zawarte tam dane dotyczą kluczowego elementu działalności Wykonawcy (w szczególności TM.E. S.p.A. - Teromeccanica Ecologia), tj. stosowanych rozwiązań technicznych i technologicznych, które mają istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Wykonawca w tym dokumencie przedstawił szczegółowy opis proponowanej instalacji (w tym indywidualnie skonfigurowane rozwiązania techniczne) oraz przekazał dane dotyczące podmiotów trzecich (partnerów handlowych i biznesowych Wykonawcy). 4. Informacje wskazane w Załączniku nr 11 (w zakresie użytej technologii wraz z urządzeniami) dotyczą zatem stosowanej przez Wykonawcę technologii. Jednocześnie informacje tam zawarte, a w szczególności parametry techniczne, zastosowana technologia oraz techniki i taktyki realizacji danego zamówienia, nie powinny zostać ujawnione konkurentom Wykonawcy, bowiem w tej postaci zostały przygotowane wyłącznie w związku z oczekiwaniami Zamawiającego (w związku z ubieganiem się przez Wykonawcę o przedmiotowe zamówienie). (...) 7. Szczegółowe wymagania dotyczące prezentacji rozwiązania

technicznego zawarte przez Zamawiającego w Załączniku nr 11 wymagają zatem przedstawienia danych i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorcy. Zestawienie danych zawartych w tym dokumencie identyfikuje szczegóły technologii Wykonawcy, które stanowią o jego przewadze konkurencyjnej względem innych przedsiębiorców. (...) 9. Ponadto Wykonawca w Załączniku nr 11 zawarł szczegółowe dane identyfikujące jego partnerów handlowych, producentów, autoryzowanych serwisantów. Dane te stanowią cenną wiedzę z punktu widzenia innych wykonawców, konkurujących z Wykonawcą na tym rynku, zarówno ubiegających się o zamówienia publiczne dla podobnych projektów, jak i realizujących projekty dla klientów komercyjnych w podobnym zakresie. Pozyskanie takich informacji przez konkurencję może narazić Wykonawcę na szkodę w postaci, uzyskania przez konkurentów informacji na temat sposobu działania Wykonawcy. 10. Ponadto dane te mogą zostać wykorzystane przez konkurentów Wykonawcy w przyszłości, np. do

wynegocjowania korzystniejszych warunków finansowych współpracy czy nawiązania z danym podmiotem współpracy na wyłączność, co pozbawi Wykonawcę możliwości korzystania z usług dotychczasowego kontrahenta. 11. Współpraca z odpowiednimi kontrahentami i możliwość negocjowania przez Wykonawcę korzystnych warunków finansowych oraz mechanizmów wynagradzania, umożliwia natomiast optymalizację kosztów i niższą cenę oferty, z tego zatem powodu posiada wartość gospodarczą i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. 12. Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji ma więc wymiar obiektywny. Kalkulacja ceny na najniższym, możliwym do osiągnięcia, a zarazem realnym poziomie była możliwa dzięki zastosowanym przez Wykonawcę założeniom technologicznym przy jednoczesnym zachowaniu wszelkich wymagań Zamawiającego określonych w SWZ. Z powyższego względu tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są nie tylko informacje mające wpływ na cenę oferty, ale również informacje dotyczące know-how Wykonawcy oraz założeń pozwalających na osiągnięcie przewagi konkurencyjnej nad innymi uczestnikami postępowania oraz firmami działającymi na rynku właściwym dla Wykonawcy. (...) 16. Udostępnione materiały zostały uzupełnione zindywidualizowaną treścią dotyczącą oferowanych warunków wykonania zamówienia w sposób właściwy i dostępny wyłącznie Wykonawcy. Z tych powodów utajnione informacje o charakterze handlowym i technologicznym podlegają szczególnej ochronie, ponieważ dotyczą kluczowych elementów przedmiotu niniejszego zamówienia oraz stanowią kluczowe informacje na temat stosowanych technologii i rozwiązań technicznych dostępnych Wykonawcy oraz skonfigurowanych w oparciu o wieloletnie doświadczenie Wykonawcy nabyte w trakcie realizacji tego typu inwestycji. Z uwagi na powyższe informacje zawarte w Załączniku nr 11, stanowią o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy, co uzasadnia zastrzeżenie ich poufności. 17. Udostępnienie zestawienia danych zwartych w zastrzeżonych przez Wykonawcę danych, oznacza, że konkurenci tylko i wyłącznie przez fakt uczestnictwa w niniejszym postępowaniu, mogliby otrzymać dostęp do zbioru informacji niedostępnych publicznie, co naraziłoby Wykonawcę na stratę lub pogorszenie jego pozycji na danym rynku." Nie jest zatem tak, że Przystępujący nie odniósł się do przesłanki wykazania wartości gospodarczej informacji zawartych w opisie wymaganego rozwiązania technicznego. Przystępujący wskazał, że uzyskanie informacji o kontrahentach Wykonawcy przekłada się na możliwości w zakresie oferowanego przez niego rozwiązania technologicznego, co w konsekwencji wpływa na wysokość ceny ofertowej. Nie ulega wątpliwości, że poznanie szczegółowych założeń co do opracowanej przez Przystępującego technologii (użytych materiałów, oferowanych urządzeń, nawiązanej współpracy z innymi podmiotami, szczególnych rozwiązań technicznych, organizacyjnych oraz technologicznych) tzw. know - how Wykonawcy przez jego Konkurentów może rodzić negatywne skutki dla Wykonawcy i utratę konkurencyjnej pozycji na rynku. W przypadku ujawnienia takich informacji szkoda po stronie Przedsiębiorcy jest oczywista, co zostało zaakcentowane w przedstawionym uzasadnieniu zastrzeżenia. Zauważyć należy, że Zamawiający w kryterium oceny ofert punktował parametry stanowiące wyniki stosowanych rozwiązań technologicznych, a zatem oczywistym jest, że ujawnienie szczegółowych informacji o sposobie uzyskania punktowanych wyników będzie przekładało się na niższą konkurencyjność oferty w kolejnych postępowaniach i w konsekwencji stratę po stronie Wykonawcy, autora tych rozwiązań. Ponadto, jak wynika z dowodów złożonych przez Przystępującego Konsorcjum PORR, Wykonawca konsekwentnie zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące oferowanego rozwiązania technicznego w innych postępowaniach. Jak wskazuje się w orzecznictwie informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej (tak KIO w wyroku z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2331/20). Takie informacje powinny być dla wykonawcy przynajmniej potencjalnie źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 9/20). W ocenie Izby, Przystępujący wykazał wartość gospodarczą informacji zawartych w załączniku nr 11 w sposób wystarczający. Odwołujący podnosił, iż Przystępujący nie odniósł się w uzasadnieniu szczegółowo do poszczególnych informacji z załącznika nr 11 wykazując wartość gospodarczą dla każdej z nich, przywołując jako wzór uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Odwołującego. Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że brak jest uregulowania, które stanowiłoby wyznacznik jak szczegółowo wykonawca powinien odnieść się do każdej z informacji zawartej w zastrzeganym dokumencie w zakresie posiadania przez te informacje wartości gospodarczej. W ocenie Izby, Przystępujący prawidłowo wskazał na główne grupy informacji (urządzenia, materiały, współpraca z kontrahentami, opracowanie założeń technicznych), które tworzą zbiór informacji posiadających wartość gospodarczą, czyli łącznie opis rozwiązania technologicznego. Izba zauważa, że sam Odwołujący choć odnosi się do różnych grup informacji zastrzeganych w załączniku nr 11 to uzasadnienie sprowadza się do opisu tych informacji, a wykazanie wartości gospodarczej do jednego mianownika, iż ujawnienie tych informacji spowoduje utratę pozycji konkurencyjnej wykonawcy na rynku, możliwość korzystniejszego skalkulowania cen ofertowych przez Konkurentów i tym samym stratę w postaci ryzyka nieuzyskania kontraktów w przyszłości. Nie ulega wątpliwości, że te same okoliczności zostały podniesione w uzasadnieniu przedstawionym przez Przystępującego Konsorcjum PORR, a Odwołujący zaprezentował uzasadnienie Przystępującego PORR w odwołaniu w sposób wybiórczy. Podkreślić należy, że Izba zgadza

się z Odwołującym, iż sam charakter informacji nie powoduje, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa, a dla skutecznego zastrzeżenia tej informacji, konieczne jest wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK. Niemniej jednak, z pewnością charakter zastrzeganych informacji ma wpływ na szczegółowość uzasadnienia zastrzeżenia. Niewątpliwie Wykonawca w sposób bardziej dogłębny będzie wykazywał i wyjaśniał wartość gospodarczą informacji, której co do zasady nie przypisałoby się tej wartości. Inaczej w przypadku tych informacji, które stanowią know - how danego wykonawcy, co zresztą w odniesieniu do informacji, które Wykonawcy zobowiązani byli przestawić w załączniku nr 11, przyznał sam Odwołujący wskazując, że tego typu informacje mogą stanowić dla wykonawcy wartość gospodarczą. Powyższe nie zwalniało oczywiście Przystępującego z obowiązku wykazania, które zostało przeprowadzone w sposób wystarczający. Przystępujący PORR wykazał wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK, w tym zachowanie zastrzeganych informacji w poufności. Dlatego też, Izba nie znalazła podstawy dla uwzględnienia zarzutu nr 2 i 3 odwołania.

Izba uznała za niezasadny również zarzut ewentualny odwołania z żądaniem ujawnienia tych informacji z załącznika nr 11 Przystępującego PORR, które w ocenie Odwołującego są jawne. Izba zauważa, że opis rozwiązania technicznego przedstawiony przez Przystępującego cechuje znaczna szczegółowość i obszerność i w zakresie informacji tam zawartych Izba uznała je za powiązany zbiór informacji, który w tym zestawieniu nie jest powszechne dostępny, czy też znany osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są one łatwo dostępne dla takich osób. Izba dokonała analizy załącznika nr 11 złożonego przez Przystępującego, z której wynika, że pomimo iż Zamawiający przygotował wzór dla wykonawców wskazując podania jakich informacji wymaga to

Przystępujący PORR dokonał takich modyfikacji, uszczegółowień i rozszerzeń, które powodują, że w tym zestawieniu wszystkie zawarte w załączniku nr 11 informacje zasługują na ochronę, a ujawnienie części z tych informacji, które samodzielnie nie podlegałyby ochronie, mogłoby stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Na powyższą okoliczność wskazał także Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: „16. Zastrzeżone przez Wykonawcę informacje w żaden sposób nie powielają treści materiałów przetargowych przekazanych do dyspozycji wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Udostępnione materiały zostały uzupełnione zindywidualizowaną treścią dotyczącą oferowanych warunków wykonania zamówienia w sposób właściwy i dostępny wyłącznie Wykonawcy.” W tym stanie faktycznym nawet jeśli znikoma część informacji z załącznika nr 11 przygotowanego przez Przystępującego PORR stanowi informacje zadane w PFU czy wskazane w jawnym formularzu ofertowym Wykonawcy to zostały one przetworzone i opisane w taki sposób, który nie pozwala na ich ujawnienie bez ryzyka ujawnienia informacji niejawnych. Złożony przez Odwołującego załącznik nr 11 z informacjami, które w ocenie Odwołującego są jawne potwierdza dodatkowo, że Odwołujący poczynił błędne założenia co do treści opisu rozwiązania technicznego złożonego przez Przystępującego PORR. Załącznik nr 11 przygotowany przez Przystępującego przedstawia rozbudowany opis poszczególnych założeń. Jak już zostało wskazane poszczególne informacje przeplatają się ze sobą i nie powielają treści z dokumentacji postępowania w sposób, który sugerował Odwołujący.

Odnosząc się do zarzutu braku wartości gospodarczej nazwy i oznaczenia producenta turbiny i kotła Izba nie podziela stanowiska Odwołującego w tym zakresie. Odwołujący podnosił, iż skoro Zamawiający wymagał podania nazw urządzeń to informacje takie nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający wymagał podania szeregu informacji w załączniku nr 11, w tym opisania rozwiązania technicznego jako całości, a jednak Wykonawcy, w tym Odwołujący zastrzegli treść załącznika nr 11 jako zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa. Argumentacja Odwołującego jest w tym zakresie chybiona. Sam Odwołujący zastrzegł nazwy turbiny i kotła, a na ich ujawnienie zdecydował się dopiero w postępowaniu odwoławczym. W ocenie Izby nie odbiera to Przystępującemu PORR woli zachowania tych informacji w poufności, jako posiadających wartość gospodarczą. Izba zgadza się z Odwołującym, że wartość gospodarcza informacji powinna mieć charakter długotrwały dla wykonawcy, niemniej jednak złożone przez Odwołującego dowody wskazują jedynie, że ujawnione zostały nazwy producentów urządzeń I linii instalacji, co nie oznacza że w perspektywie długotrwałej informacje takie nie będą chronione przez wykonawcę II linii instalacji. Izba zauważa także niekonsekwencję Odwołującego, który na rozprawie argumentował, iż informacje o podjętej współpracy w zakresie urządzeń, jako części rozwiązania technicznego są już znane nawet przed złożeniem przed wykonawców ofert, że jest to wąski krąg podmiotów, dlatego też informacje takie pozbawione są wartości gospodarczej. Niemniej jednak, sam Odwołujący, który powołuje się w odwołaniu na własne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako pewien wzór, podkreślał w tym uzasadnieniu istotność informacji o współpracy z konkretnymi podmiotami co do rozwiązań technologicznych i ich znaczenia dla konkurencyjności oferty. Odwołujący jednak odmawia takiego charakteru tożsamym informacjom z załącznika nr 11 Przystępującego Konsorcjum PORR. Przystępujący wyjaśnił i wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia wartość gospodarczą

tych informacji w sposób wystarczający dla uznania skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Nie wpływa na skuteczność tego zastrzeżenia okoliczność ujawnienia tych informacji przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym skoro Przystępujący Konsorcjum PORR wyraził wolę zachowania w poufności oznaczenia producenta turbiny i kotła. Nie jest tak, że skoro Odwołujący i Przystępujący Trakcja zaoferowali urządzenie określonego producenta to i Przystępujący PORR zaoferował tożsame urządzenia co pozbawia tej informacji wartości gospodarczej. Okoliczności te pozostają wyłącznie w sferze przypuszczeń Odwołującego.

W ocenie Izby także pozostałe zakwestionowane przez Odwołującego informacje mają charakter informacji posiadających wartość gospodarczą, co zostało wskazane przez Przystępującego PORR w uzasadnieniu. Dotyczy to zarówno wybranego wariantu zastosowanej technologii odazotowania spalin, jako części procesu zaoferowanej przez Wykonawcę technologii i know -how Wykonawcy, jak i wykresu spalin. Jak już zostało wskazane, okoliczność że Zamawiający wymagał ich podania nie oznacza, że informacje takie nie zasługują na ochronę. Szczególnie, że opracowanie Przystępującego Konsorcjum PORR jest w tym zakresie bardzo szczegółowe i nie przedstawia się tak jak zaprezentował to Odwołujący w ujawnionym w tej części na posiedzeniu załączniku nr 11 w zakresie informacji na temat spalanego paliwa w warunkach pracy instalacji ze 100% wydajnością. Obejmuje to także informacje co do systemu AKPiA oraz opisu branży elektrycznej. Odwołujący poczynił pewne założenia co do możliwej treści załącznika nr 11 Przystępującego Konsorcjum PORR, które na skutek analizy przez Izbę informacji zawartych w opisie rozwiązania technicznego przygotowanego przez Przystępującego Konsorcjum PORR nie potwierdziły się.

W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący w sposób wystarczający uzasadnił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa co do zbioru informacji zawartych w załączniku nr 11, co potwierdza skuteczność dokonanego zastrzeżenia. Tym samym zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz odpowiednio Zamawiającego oraz Przystępującego Konsorcjum PORR koszty wynagrodzenia pełnomocników w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktur Vat złożonych odpowiednio przez Zamawiającego oraz Przystępującego Konsorcjum PORR na rozprawie.

Jak stanowi bowiem § 8 ust. 2 pkt 3 ww. Rozporządzenia: „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: (.) 3) zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania." Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił częściowo zarzuty odwołania, a Przystępujący Konsorcjum PORR wniósł sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania. Natomiast Odwołujący pozostałych zarzutów odwołania nie wycofał. Tym samym, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego oraz na rzecz Przystępującego Konsorcjum PORR, odpowiednio po 3 600,00 zł na rzecz każdego z nich.

Przewodniczący:.....