Sygn. akt KIO 2791/22

WYROK

z dnia 7 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RDF Sp. z o.o., ul.

Kołobrzeska 5,

07-401 Ostrołęka i MPK PURE HOME Sp. z o.o., ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Radzymin, Pl. T. Kościuszki 2, 05-250 Radzymin

przy udziale wykonawcy D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RDF Sp. z o.o., ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka i MPK PURE HOME Sp. z o.o., ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RDF Sp. z o.o., ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka i MPK PURE HOME Sp. z o.o., ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RDF Sp. z o.o., ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka i MPK PURE HOME Sp. z o.o., ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka na rzecz zamawiającego Gminy Radzymin, Pl. T. Kościuszki 2, 05-250 Radzymin kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2791/22

Uzasadnienie

Gmina Radzymin, zwana dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Radzymin, z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz wskazanych nieruchomości niezamieszkałych", w zakresie Części 1: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Radzymin oraz z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 sierpnia 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 167-474032.

W dniu 24 października 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce (i MPK PURE HOME Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, zwani dalej „Odwołującym", wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „ustawą uznk", poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez wykonawcę D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą PARTNER", jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. Wykazu instalacji, do których zostaną przekazane odpady do zagospodarowania, złożonego w związku z punktem 5 Formularza Oferty cz. 1, (nazwa przedsiębiorstwa oraz nazwy i adresy instalacji do przetwarzania odpadów), pomimo że wykonawca PARTNER nie wykazał zasadności zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ani spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust.2 ustawy uznk.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu Wykazu instalacji złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę PARTNER, który nie został udostępniony Odwołującemu.

W uzasadnieniu odwołania odnośnie zaniechania udostępnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę PARTNER Odwołujący podniósł m.in., że we wzorze formularza ofertowego stanowiącym załącznik nr 1.1 do SWZ w brzmieniu po zmianie SWZ z dnia 22.09.2022 r. wykonawcy zobowiązani zostali do wskazania w pkt 5 następującej informacji: „Odpady wskazane w opisie przedmiotu zamówienia przekazywane będą do następujących instalacji (należy podać przedsiębiorstwo oraz nazwę instalacji i jej adres oddzielnie dla każdego kodu odpadów)". Tymczasem Wykonawca PARTNER nie wymienił instalacji w formularzu ofertowym, natomiast sporządził Wykaz instalacji, zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowiący załącznik do formularza ofertowego. W uzasadnieniu zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca przedstawił nieprzekonujące, ogólnikowe, niepoparte dowodami wyjaśnienia, których w żaden sposób nie można uznać za wykazanie zasadności dokonanego zastrzeżenia w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z czym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 uznk. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko oświadczenie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie

niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji.

Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 18 ust. 1-3, jak również art. 16 ustawy Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Stanowisko to zostało potwierdzone w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do bezzasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia wszystkie warunki wskazane w art. 11 ust. 2 uznk. Z całą pewnością złożone przez wykonawcę PARTNER wyjaśnienia tajemnicy nie pozwalają na stwierdzenie, że Wykonawca wykazał zaistnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, utajniając treść Wykazu instalacji. Uzasadnienie Wykonawcy oderwane jest od treści konkretnych danych zawartych w Wykazie, zawierając stwierdzenia nieodnoszące się do tego dokumentu. W odniesieniu do charakteru zastrzeganych informacji wykonawca wskazał, że zastrzegany Wykaz instalacji „(...) zawiera informacje organizacyjne i inne posiadające wartość gospodarczą dotyczące zasobów i rozwiązań logistycznych Wykonawcy ukazujące opracowany indywidualnie przez Wykonawcę sposób efektywnego i zoptymalizowanego wykonania zamówienia, jak również określające poufne warunki współpracy handlowej". Zastrzegane informacje zawierają nazwę i adres podmiotu zarządzającego instalacją oraz rodzaj i adres instalacji. Dane te ograniczają się zatem do wskazania nazw i adresów przedsiębiorców i instalacji przetwarzania odpadów. Nie sposób zatem przyjąć twierdzenia wykonawcy PARTNER, że informacje w takim zakresie zawierają „poufne warunki współpracy handlowej". Przedstawienie podstawowych danych identyfikacyjnych przedsiębiorców i instalacji przetwarzania odpadów nie powoduje ujawnienia żadnych informacji dotyczących warunków współpracy Wykonawcy z tymi przedsiębiorcami. Informacjami takimi byłyby np. rodzaj zawartych umów, szczegółowy zakres przedmiotowy usług, ustalone ceny usług, uzyskane przez wykonawcę rabaty czy upusty. Zastrzeżony Wykaz instalacji nie zawiera informacji o takim stopniu szczegółowości i nie ujawnia uzgodnionych pomiędzy stronami warunków współpracy. Nie zawiera również żadnych informacji o zasobach i rozwiązaniach logistycznych Wykonawcy, co bezzasadnie sugeruje treść uzasadnienia. Treść Wykazu nie pozwala na odtworzenie przez innych wykonawców szczegółów sposobu wykonania zamówienia, ani żadnych indywidulanych metod funkcjonowania Wykonawcy.

Informacje przekazywane w Wykazie instalacji nie zawierają też, wbrew twierdzeniom wykonawcy PARTNER, żadnych danych o „sposobie efektywnego i zoptymalizowanego wykonania zamówienia". Tego rodzaju informacje mogłyby być zawarte w treści szczegółowych postanowień umownych z podmiotami zarządzającymi instalacjami, bądź w treści protokołów z negocjacji. Same dane dotyczące nazwy i adresu przedsiębiorców i instalacji nie zawierają tego rodzaju informacji i nie powodują ujawnienia żadnych szczegółów dotyczących strategii działalności wykonawcy PARTNER, ani metod optymalizacji funkcjonowania na rynku. Sposób funkcjonowania na rynku nie jest ujawniany poprzez udostępnienie listy instalacji do przetwarzania odpadów, które mogą współpracować z każdym wykonawcą. Możliwość współpracy z daną instalacją nie jest zastrzeżona tylko dla jednego wykonawcy i każda taka instalacja niewątpliwie przyjmuje odpady od wielu podmiotów. Twierdzenia Wykonawcy pozbawione są jakichkolwiek podstaw i oderwane są od rzeczywistego zakresu informacji przekazywanych w Wykazie instalacji.

Wykonawca PARTNER bezpodstawnie utrzymuje również, że „Upublicznienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową Wykonawcy, gdyż informacje te uzyskane przez konkurujące z Wykonawcą podmioty mogłyby być przez nie wykorzystane w innych postępowaniach w sposób naruszający uczciwą konkurencję". Należy zauważyć, że

wiedza o podmiotach prowadzących instalacje przetwarzania odpadów oraz o samych

instalacjach jest powszechnie dostępna dla wykonawców funkcjonujących na rynku

zagospodarowania i przetwarzania odpadów. Uzyskanie informacji o instalacji funkcjonującej na danym obszarze nie wymaga dostępu do niejawnych czy zastrzeganych informacji. Informacje w tym zakresie są jawne, a dostęp do nich nie jest w żaden sposób ograniczony. Warto również zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 6f ust. la pkt 5 ustawy z dnia 13 września

1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1297 ze zm.), istotnym postanowieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest m.in. określenie instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne. Po podpisaniu umowy o zamówienie publiczne wykaz instalacji wykonawcy stanie się zatem informacją publiczną, udostępnioną w podpisanej umowie, która ma charakter jawny. Skoro zatem informacje ujawnione zostaną po zakończeniu postępowania, nie można mówić, że dysponują one przymiotem danych poufnych. Nie sposób zatem uznać, że Wykaz instalacji w niniejszym przypadku może zostać uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy PARTNER.

Powyższe okoliczności wskazują, że uzasadnienie Wykonawcy oderwane jest od treści Wykazu instalacji i jego zawartości, zawierając wyłącznie ogólne oświadczenia, które nie przekonują o zasadności dokonanego zastrzeżenia. Uzasadnienie Wykonawcy oparte

jest jedynie na pustych twierdzeniach, niepopartych konkretnym wskazaniem, dlaczego

dokument zawiera informacje na tyle istotne, że konieczność ich zastrzeżenia uzasadnia ograniczenie zasady jawności postępowania. Jeśli wykonawca utrzymuje, że Wykaz instalacji zawiera „złożony proces realizacji zamówienia i współpracy", powinien rzeczowo wyjaśnić w jaki sposób tego rodzaju informacje wynikają z Wykazu instalacji i w jaki sposób można wywieść proces realizacji zamówienia z publicznie dostępnych danych o instalacjach przetwarzania odpadów. Wykonawca przypisuje zatem zastrzeganym informacjom charakter i wartość, których te informacje nie mają. Przedstawione uzasadnienie zawiera bezpodstawne twierdzenia, które zostały podniesione wyłącznie w celu niezgodnego z ustawą Pzp utajnienia przed konkurującymi wykonawcami listy instalacji, która może i powinna być weryfikowana w postępowaniu również przez innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Stwierdzenia użyte w uzasadnieniu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie dają żadnych przesłanek do uznania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Przekazane uzasadnienie nie wnosi żadnej konkretnej wiedzy na temat rzeczywistej roli zastrzeżonych informacji w funkcjonowaniu przedsiębiorstwa PARTNER, ani wagi w zapewnieniu przewagi konkurencyjnej w jego działalności gospodarczej.

W niniejszej sprawie złożenie przez wykonawcę PARTNER wyjaśnień nieprzekonujących i ograniczonych do ogólnych, lakonicznych sformułowań, powinno być traktowane, zgodnie z orzecznictwem Izby, jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co uprawnia Krajową Izbę Odwoławczą do nakazania Zamawiającemu ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Odwołujący wskazał także na brak wykazania wartości gospodarczej, podnosząc że Wykonawca nie wykazał jednej z kluczowych przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W świetle normy prawnej art. 11 ust. 2 uznk konieczne jest wykazanie, że zastrzegana informacja posiada wartość gospodarczą. Nie wystarcza samo lakoniczne stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość gospodarczą należy omówić i wykazać, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada, co uczynił Wykonawca. Wykonawca dla żadnej z zastrzeganych informacji nie podał wartości gospodarczej. Na konieczność wykazania wartości gospodarczej wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza, jak i sądy powszechne. W złożonych wyjaśnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca nie podał wartości gospodarczej dla żadnej z zastrzeganych informacji, wskazując jedynie lakonicznie, że zastrzeżone informacje „posiadają wartość handlową w stopniu wymagającym jej ochrony przed rozpowszechnianiem". Nie jest wystarczające samo ogólne stwierdzenie, że dane informacje posiadają wartość gospodarczą czy handlową, ale zgodnie z aktualnym orzecznictwem Izby i sądów, konieczne jest jej wskazanie oraz opisanie, na czym polega i z czego wynika określona wartość poszczególnych zastrzeganych informacji lub dokumentów. Mając na uwadze charakter zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji należy przyjąć, że dla skuteczności tej czynności Wykonawca powinien wykazać, że sama lista instalacji przetwarzania odpadów bez ujawniania żadnych warunków handlowych współpracy posiada wymierną wartość gospodarczą. Tymczasem Wykonawca nie wskazał w żadnej mierze, w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych informacji, które dostępne są w domenie publicznej, mogłoby wpłynąć na działalność przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz nie wskazał, że ujawnienie tych informacji przysporzyłoby zysku lub ograniczyło koszty innych konkurencyjnych wykonawców. Wykonawca nie wykazał również, aby ujawnienie zastrzeganych informacji generowało koszty czy straty po jego stronie. Nie zostały zwłaszcza

przedstawione żadne postanowienia umowne dotyczące Wykonawcy, regulujące kary umowne i zakres odpowiedzialność odszkodowawczej Wykonawcy, czy też przesłanki rozwiązania stosunku cywilnoprawnego.

Brak jest także dowodów potwierdzających podjęcie działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Samo wskazanie, że „Wykonawca nie przekazuje ww. informacji osobom postronnym oraz utrzymuje ww. informacje w poufności, w tym podjął odpowiednie środki w celu zachowania ich poufności, m.in. zobowiązał osoby biorące udział w przygotowaniu i złożeniu oferty do zachowania poufności oraz stosuje środki techniczne zabezpieczające te informacje przed ujawnieniem", bez złożenia jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie ww. twierdzeń, jest bezzasadne, ogólne i niewystarczające. Skoro Wykonawca deklaruje, że stosuje w swoim przedsiębiorstwie szereg środków (w tym zobowiązania współpracowników i środki techniczne zabezpieczające te informacje) to nie ulega wątpliwości, że mógł i powinien je przedstawić w toku postępowania przetargowego. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

W niniejszej sprawie wykonawca PARTNER w kwestii obowiązku wykazania podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności ograniczył się do wskazania lakonicznego sformułowania, które mogłoby być zastosowane w każdym stanie faktycznym i które nie zawiera nic poza ogólnym oświadczeniem złożonym wyłącznie w celu formalnego sporządzenia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie zastrzeganych informacji w poufności. Wyjaśnienia Wykonawcy mają znikomą wartość w kontekście wykazania przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Orzecznictwo KIO wyraźnie akcentuje konieczność udowodnienia stosowania środków służących utrzymaniu poufności zastrzeganych informacji. Wykonawca PARTNER nie przedstawił żadnych dowodów na ten fakt, co czyni przedstawione uzasadnienie niewystarczającym dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec czego Wykaz instalacji podlega odtajnieniu chociażby z tego powodu.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności dokumentów jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie zgodności zaoferowanego rozwiązania z SWZ, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zostało dokonane bezzasadnie i w sposób niezgodny z wymaganiami, a zatem oferta powinna być w całości odtajniona w celu m.in. umożliwienia Odwołującemu jej weryfikacji i ewentualnie skorzystania ze środków ochrony prawnej, jeżeli część techniczna będzie zawierała do tego podstawy. Utrzymanie zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 26 października 2022 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej.

W dniu 28 października 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 3 listopada 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez wykonawcę PARTNER - wykonawcę Przystępującego do przedmiotowego postępowania i złożone w załączeniu do odwołania, tj.:

1. Oświadczenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 20.04.2021 r. złożone w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Sochaczew.

2. Oświadczenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 27.04.2022 r. złożone w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Sochaczew.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie uznając, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z treścią SWZ (rozdział XI „Oświadczenia i dokumenty składane wraz z

ofertą", pkt 13, ppkt 2) wykonawcy zobowiązani byli złożyć Formularz oferty, według wzoru stanowiącego załącznik nr 1.1/1.2 do SWZ, w brzmieniu po zmianie SWZ z dnia 22 września 2022 r. W punkcie 5 Formularza oferty należało podać następujące informacje „Odpady wskazane w opisie przedmiotu zamówienia przekazywane będą do następujących instalacji (należy podać przedsiębiorstwo oraz nazwę instalacji i jej adres oddzielnie dla każdego kodu odpadów)".

Wykonawca PARTNER złożył Formularz oferty, do którego załączył wykaz instalacji, do których odpady komunalne odebrane z terenu Gminy Radzymin zostaną przekazane. Treść niniejszego załącznika zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ten jednocześnie złożył oświadczenie z dnia 29 września 2022 r. dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 12 października 2022 r. dokonał „oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - PARTNER D. A." i uznał, że wykonawca PARTNER skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zakwestionował zasadność zastrzeżenia określonych informacji (wykazu instalacji), jak również podniósł brak wykazania zaistnienia spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy uznk.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Jedną z naczelnych zasad przewidzianych w ustawie prawo zamówień publicznych jest wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp zasada jawności postępowania. Zasada ta nie ma jednak charakteru bezwzględnego. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Wyjątkiem od zasady jawności postępowania jest m.in. wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których, przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tak więc, aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione trzy przesłanki, tj.: dana informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

dana informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa musiał podjąć w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Nie mogą być przy tym uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, które - jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa - można uzyskać w sposób dozwolony prawem.

Wykonawca, który wraz z przekazaniem określonych informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, ma obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie to może nastąpić za pomocą dowolnych środków, w tym złożenia oświadczenia uzasadniającego dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa lub też przedstawienia innych dokumentów potwierdzających tę okoliczność. „Decyzja wykonawcy o utajnieniu określonych informacji musi się opierać na obiektywnie uzasadnionym przekonaniu, że określone informacje mają odpowiedni charakter i jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane albo łatwo dostępne osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji z uwzględnieniem zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu". (wyrok SN z dnia 5 września 2001r., sygn. akt I CKN 1159/00)

Ocena zaistnienia tych okoliczności należy do Zamawiającego, którego rolą w toku badania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa.

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca PARTNER zastrzegł informacje zawarte w Wykazie instalacji jak stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa a Zamawiający uznał, iż zastrzeżenie to jest skuteczne.

Wobec powyższego koniecznym jest dokonanie analizy uzasadnienia oświadczenia wykonawcy PARTNER dotyczącego zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj.

informacji zawartych w poz. 5 Formularza oferty - Wykazu instalacji. Informacja dotycząca instalacji, do których będą dostarczane odpady jest - jak podkreślił wykonawca PARTNER - informacją handlową posiadającą określoną wartość gospodarczą, gdyż zawiera informacje organizacyjne i inne posiadające wartość gospodarczą dotyczące zasobów i rozwiązań logistycznych Wykonawcy ukazujące opracowany indywidualnie sposób efektywnego i zoptymalizowanego wykonania zamówienia, jak również określające poufne warunki współpracy handlowej. Zestawienie informacji przedstawionych przez wykonawcę PARTNER w wykazie instalacji wskazuje niewątpliwie na zakres kontaktów handlowych tego wykonawcy i przyjętą przez niego strategię budowania oferty rynkowej. Oferta przygotowana została bowiem - jak dalej podkreślił - dla potrzeb realizacji tego konkretnego zamówienia. Informacje zawarte w wykazie pokazują zatem zakres kontaktów i potencjału posiadanego przez tego wykonawcę. A to z kolei gwarantuje wysoką jakość realizowanych usług oraz pozwala na optymalizację kosztów realizacji zamówienia a co za tym idzie osiągnięcie zysku. Informacje te pozwoliłyby innym wykonawcom na zidentyfikowanie istotnych dla tego wykonawcy aspektów realizacji zamówienia, w tym organizacyjnych, logistycznych i innych. Zestawienie tych informacji jako całości nie jest powszechnie znane ani też dostępne dla podmiotów prowadzących tego rodzaju działalność. To dopiero treść zastrzeżonego wykazu pozwala na prześledzenie aktywności gospodarczej wykonawcy PARTNER w określonym profilu działalności i w określonym ujęciu czasowym a ich rozpowszechnienie może zagrażać jego konkurencyjnej pozycji w tym segmencie rynku. Informacje te nie zostały nigdzie wcześniej publicznie ujawnione i nie jest możliwe ich uzyskanie. Dostęp do nich ma wyłącznie ograniczone grono osób biorących udział w przygotowaniu i złożeniu oferty. Osoby te zostały zobowiązane do zachowania ich poufności. Kierowcy, na których wskazywał Odwołujący, takich informacji nie posiadają. Realizować oni bowiem będą określny wycinek zamówienia. Będą przewozić odpady do konkretnych lokalizacji a tym samym nie będą posiadali wiedzy na temat lokalizacji wszystkich instalacji wskazanych przez wykonawcę w Wykazie instalacji. Dostęp do tych informacji poza wskazaną w zastrzeżeniu ograniczoną ilością osób mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą. A ponieważ stroną umowy są podmioty prywatne to informacje te nie są udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach. Zbiór tych informacji (lokalizacji instalacji) stanowi więc know - how wykonawcy. Na zbiór ten składają się bowiem pojedyncze informacje i dopiero ich zestawienie pokazuje sposób kalkulacji ceny ofertowej tego typu usługi. Dobór lokalizacji instalacji dedykowanych dla określonego rodzaju odpadów i uzyskane stawki dają dopiero efekt w postaci ceny oferty.

Dlatego też ich ujawnienie pozwoliłoby na poznanie sposobu kalkulacji ceny tej usługi, jak również sposobu kalkulowania ceny ofert składanych przez tego wykonawcę także w innych postępowaniach. Zastrzeżone informacje to dane podmiotów współpracujących z wykonawcą PARTNER a sposób kalkulacji ceny oparty jest na odpowiednim doborze współpracujących podmiotów, oferujących temu konkretnemu

wykonawcy korzystne warunki świadczenia usługi. Wartością gospodarczą jest zatem wartość przedmiotu zamówienia i możliwość uzyskania zysku.

Reasumując stwierdzić należy, że wykonawca PARTNER przedstawił wyjaśnienia uzasadniające zasadność zastrzeżenia tych informacji. Ujawnienie tych informacji zagraża jego interesom, gdyż uzyskanie tych informacji dałoby możliwość ich wykorzystania przez konkurujących wykonawców. Tym samym Izba uznała, że zarzut podniesiony przez Odwołującego nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia 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: .....