

Sygn. akt: KIO 3248/23

WYROK

z dnia 14 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 roku przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Skoki z siedzibą w Skokach

przy udziale wykonawcy P.P.H.U. WPÓLNOTA Spółka cywilna A. M., M.J. z siedzibą w Skokach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się ofercie P.P.H.U. WPÓLNOTA Spółka cywilna A. M., M. J. z siedzibą w Skokach,

w załączniku do formularza ofertowego zawierającego wykaz instalacji;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Skoki z siedzibą w Skokach, w następujący sposób:

- a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu

tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Wrocławskie

Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

- b) zasądza od Zamawiającego – Gminy Skoki z siedzibą w Skokach na rzecz Odwołującego - Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu kwotę 19 451 zł 00 gr (słownie: dziewiętnastu tysięcy czterystu pięćdziesięciu jeden złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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 3248/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Skoki z siedzibą w Skokach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Skoki”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE w dniu 11.09.2023 r. pod numerem 2023/S 174-546868.

Dnia 30 października 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec zaniechania odtajnienia (udostępnienia) wykazu instalacji złożonego wraz z ofertą nieskutecznie zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę PPHU „Wspólnota” s.c. A. M. & M. J.

Odwolujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 74 ust. 1 i 2. oraz art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp. i art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wykazu instalacji złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę PPHU „Wspólnota” s.c. A. M. & M. J. i zastrzeżonego nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia przez zastrzegane informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa

Odwolujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wykazu instalacji złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę PPHU „Wspólnota” s.c. A. M. & M. J..

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W postępowaniu Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę wykonawcy PPHU „Wspólnota” s.c. A.M.& M. J. w dniu 19 października 2023 r. za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Wśród dokumentów udostępnionych brak było wykazu instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał odpady do zagospodarowania. Załączona była jednak klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzegająca wykaz instalacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, że w dniu 19 października 2023 r. Zamawiający pozytywnie zweryfikował skuteczność zastrzeżenia wykazu instalacji stanowiącego załącznik do formularza ofertowego jako tajemnicy przedsiębiorstwa i od tego dnia należy liczyć upływ

terminu do zaskarżenia czynności odwołaniem. Termin do wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwolującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania, gdyż ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej. Działania Zamawiającego, który w sposób uchybiający przepisom ustawy zaniechał udostępnienia wykazu instalacji złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę PPHU „Wspólnota” s.c. A. M. & M. J. uniemożliwią Odwołującemu weryfikację prawidłowości oferty tego wykonawcy, a tym samym prawidłowości działań Zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert.

Zaniechanie odtajnienia może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, w szczególności w zakresie weryfikacji zgodności treści oferty z dokumentami zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym zysku z tytułu jego wykonania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że termin składania ofert w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu upłynął w dniu 17 października 2023 r. W postępowaniu na część I zamówienia - oferty złożyło trzech wykonawców:

1. PPHU „Wspólnota” s.c. A. M. & M. J. z ceną 4.029.408,00 zł
2. FBSerwis S.A. z ceną 4.548.810,96 zł
3. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z ceną 4.363.134,64 zł.

Odwolujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie treści ofert.

W dniu 19 października 2023 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty składające się na ofertę poszczególnych wykonawców. W przypadku oferty wykonawcy PPHU WSPÓLNOTA Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wykazu instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał odpady do zagospodarowania. Do oferty załączona była klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa PPHU WSPÓLNOTA.

Brak udostępnienia wykazu instalacji oznacza, że w dniu 19 października 2023 r. Zamawiający pozytywnie zweryfikował skuteczność zastrzeżenia wykazu instalacji stanowiącego załącznik do formularza ofertowego wykonawcy PPHU WSPÓLNOTA. Powyższe działanie Zamawiającego stanowi uchybienie przepisom ustawy, gdyż wykonawca PPHU WSPÓLNOTA nie wykazał spełnienia przez zastrzeżone informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na gruncie zamówień publicznych obowiązuje zasada jawności postępowania, która jest jedną z naczelných przesłanek każdego prowadzonego postępowania, zaś każdy wyjątek od niej powinien być interpretowany w sposób ścisły oraz winien zostać należycie

uzasadniony. Respektowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Zamawiającego winno być przedmiotem wnikliwej oceny zmierzającej do ustalenia, czy rzeczywiście mamy do czynienia z informacjami spełniającymi wszystkie przesłanki ujęte w treści art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.) i czy działanie wykonawcy zastrzegającego informacje nie jest podyktowane tylko i wyłącznie zamiarem utrudnienia podmiotom konkurencyjnym weryfikacji prawidłowości działań podmiotu zamawiającego.

W ocenie Odwołującego wykonawca WSPÓLNOTA nie wykazał wszystkich przesłanek określonych w art. 18 ust. 3 ustawie Pzp, gdyż nie wykazał:

- 1) czy zastrzegane informacje posiadają cechy informacji technicznej,

technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa oraz czy posiadają wartość gospodarczą;

- 2) czy zastrzegane informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle

zajmującym się tym rodzajem informacji bądź nie są łatwo dostępne dla takich osób;

- 3) czy wykonawca podjął przy zachowaniu należytej staranności działań w celu

utrzymania zastrzeganych informacji w poufności.

Przedłożona w postępowaniu klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczna i nie może być uznana za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., zgodnie z którym 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 poufności.

Klauzula tajemnicy nie odpowiada wymaganiom ustawy. Zawiera ona jedynie ogólnikowe stwierdzenia. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z literalnego brzmienia przepisu wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa powoduje, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie jedynie zastrzeżenia ich poufności.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt KIO 1743/16 wskazano: „jak wynika z powołanego przepisu (tj. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.” Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zaprezentowała w wyroku z dnia 4 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 84/16 w którym wskazano: „Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać (...) np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności”. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy, czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa (zob. wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 500/21).

Wykonawca WSPÓLNOTA w ogóle nie uzasadnił dokonanego zastrzeżenia wykazu instalacji. Już sama treść klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa złożona przez tego wykonawcę nie koreluje z treścią złożonych w postępowaniu dokumentów, w szczególności z treścią oferty. W klauzuli tajemnicy wskazano, że zastrzegana jest treść wykazu instalacji stanowiącego załącznik do formularza ofertowego, natomiast w pkt 7) formularza ofertowego wykonawca WSPÓLNOTA zaniechał oznaczenia rodzaju (nazwy) informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując jedynie, że zastrzega strony w ofercie od 3 do 4, które to poza tabelą z wskazaniem instalacji zawierają również inne treści, np. część cen ofertowych, które to podlegają utajnieniu nie mogą. Już ten fakt świadczy o braku należytej staranności wykonawcy. Ochronie podlegają bowiem konkretne informacje a nie treść poszczególnych stron złożonej oferty.

Wykonawca WSPÓLNOTA nie wyjaśnił, na czym miałyby polegać wartość gospodarcza zastrzeżonych przez niego informacji ani tej wartości gospodarczej nie wykazał. Jak się podkreśla w orzecznictwie, tajemnica przedsiębiorstwa musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. W sprawie wykonawca nie wyjaśnił Zamawiającemu, nie mówiąc już o wykazaniu tego jakimikolwiek dowodami, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną niejawnie. Zgodnie z orzecznictwem KIO wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy

element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (np. wyrok KIO z dnia 17 maja 2017 r. sygn. akt KIO 864/17 i KIO 872/17).

Powyższy element musi zostać wykazany celem skutecznego zastrzeżenia jawności danych informacji, tymczasem wykonawca wskazał jedynie głoślowanie, że zastrzegane informacje mają istotną wartość gospodarczą, bez rzeczywistego wykazania tej wartości. Nadmienić trzeba, że wartość gospodarcza nie może się sprowadzać do samego subiektywnego przekonania przedsiębiorcy o wartości posiadanej przez niego informacji.

Jak wskazała KIO w uchwale z dnia 12 lutego 2020 r. (KIO/KU 5/20) dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że

zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Tego wykonawca WSPÓLNOTA zaniechał.

Odwolujący podnosił, że Wykonawca WSPÓLNOTA nie tylko nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ale także nie odniósł się do jakichkolwiek działań, jakie podjął w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. Wykonawca WSPÓLNOTA nie udowodnił podjęcia przy zachowaniu należytej staranności działań w celu utrzymania zastrzeganych danych w poufności. Wykonawca ten nie przedstawił także żadnych dowodów potwierdzających, że zastosował jakiegokolwiek środki w celu ochrony utajnianych przez siebie informacji, np. nie dołączył kopii umów z kontrahentami zawierających klauzule poufności. Warto przywołać treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2021 r., KIO 3483/20, w którym Izba stwierdziła, że „W art. 8 ust. 3 p.z.p. ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zamawiający jest zatem zobowiązany do dokonania – w świetle art. 11 ust. 2 u.z.n.k. - oceny przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia informacji i w zależności od wyniku tej oceny, podejmuje decyzję o ujawnieniu bądź nieujawnieniu zastrzeżonych informacji. (...) Same oświadczenia, czy deklaracje wykonawcy, nie stanowią wykazania, że w stosunku do określonych informacji rzeczywiście została zachowana poufność. W szczególności dowodem zachowania poufności nie mogą być oświadczenia spółek

wchodzących w skład konsorcjum i grupy kapitałowej, gdyż mają one walor jedynie oświadczeń własnych wykonawcy. Tym samym nie są wiarygodnym dowodem na to, że zastrzeżone informacje faktycznie są utrzymywane w poufności.”

Odwolujący wskazał ponadto, że co do zasady nie mogą być utajniane informacje o charakterze jednorazowym. Wykonawca WSPÓLNOTA, składając ofertę w listopadzie 2022 r. nie dokonał zastrzeżenia wykazu instalacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Dopóki wykonawca nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działania takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek do przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca WSPÓLNOTA tego ciężaru nie udźwignął. W klauzuli tajemnicy nie podano, dlaczego informacja o instalacjach, do których wykonawca WSPÓLNOTA zamierza przekazywać odpady nie może być podana do wiadomości publicznej.

Obowiązki wykonawcy wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiada obowiązek Zamawiającego rzetelnego przeanalizowania takiego zastrzeżenia informacji, a w razie stwierdzenia, iż nie spełnia wymogów w tym zakresie, Zamawiający jest obowiązany odtajnić te informacje. Warto przytoczyć także fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2021 r. sygn. akt KIO 320/21 „Nawet w sytuacji, gdy określone informacje ze swej istoty czy charakteru mogą faktycznie posiadać pewną wartość gospodarczą, to nie uprawnia to ani Izby, ani zamawiającego do utajnienia tych informacji, w sytuacji gdy wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru danych informacji. To wykonawca jest dysponentem tych informacji i to na nim spoczywa ciężar wykazania konieczności udzielenia im ochrony. Zaniechanie udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji, co do których nie wykazano, aby posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą, nie sprzyja ani transparentności postępowania, ani zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

Odwolujący zwrócił również uwagę na okoliczność przytoczoną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3497/21: „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 jakoś 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).

Zamawiający nie udostępniając wykazu instalacji naruszył podstawową zasadę Prawa zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania. Zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji stanowiących dokumentację składaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi wyjątek od tej zasady, a zatem przesłanki umożliwiające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być interpretowane ściśle. Utrzymywanie przez Zamawiającego takiego utajnienia, z jednej strony stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp, z drugiej zaś, zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. W konsekwencji tego rodzaju zaniechania uzasadniają także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien odtajnić (ujawnić) wszystkie informacje składające się na ofertę P.P.H.U. „Wspólnota” s.c. A. M. & M. J., gdyż Wykonawca ten nie wywiązał się z obowiązku jednoczesnego wykazania, że zastrzegane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ograniczenie zasady jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa ma charakter wyjątku od zasady i w związku z tym nie może być wykładane rozszerzająco (wyrok KIO z dnia 15 października 2019 r. sygn. akt KIO 1933/19). Skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko uzasadnienia, ale także niebudzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie

zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący wykazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej kwalifikowany możliwością poniesienia szkody.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca P.P.H.U. WPÓLNOTA Spółka cywilna A. M., M. J. z siedzibą w Skokach.

Izba uznała skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do powyższych zarzutów Przystępujący zauważył, że tajemnicą przedsiębiorstwa jest wszystko to, co z perspektywy prowadzonej działalności może stanowić o jakiejś przewadze konkurencyjnej nad innymi uczestnikami. Zgodnie z zapisem art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorcy, w tym również w kontekście ustawy – Pzp, rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W orzecznictwie podkreśla się, że „przyjęcie wartości gospodarczej informacji oraz charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa należy interpretować bardzo szeroko. Mogą to być informacje stanowiące know-how przedsiębiorstwa, w tym wiedza techniczna z danej dziedziny, umiejętność wykonania lub wyprodukowania danej rzeczy, patenty obejmujące wynalazki, metody działalności, jak również inne informacje, co do których przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności.” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 stycznia 2021 r., sygn. VI SA/Wa 1347/20). Jest to więc pojęcie szerokie. W jego zakres, oprócz tych wskazanych przez sąd, wchodzi także informacje o powiązaniach biznesowych (kontrahenci), potencjale firmy (informacje o współpracownikach, wyposażeniu, maszynach) itp. pod warunkiem jednakże, że “nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji”.

Sądy w swoich wyrokach zwracają uwagę, że informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa z natury rzeczy musi być znana, choć bardzo ograniczonemu kręgowi odbiorców. Na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (np. szczegółowy opis sposobu wykonania usługi, jej koszt) oraz formalny – wola utajnienia danych informacji.

„Przesłanka formalna wyraża się w zaimplementowaniu woli konkretnego przedsiębiorcy utajnienia określonych informacji” (wyrok NSA z 22.09.2016 r., I OSK 413/15, LEX nr 2167325). „Przesłanka formalna jest spełniona wówczas, gdy zostanie wykazane, że przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji (brak ujawnienia). Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny. Poufność danych musi być wyraźnie lub w sposób dorozumiany zaimplementowana przez samego przedsiębiorcę. To on powinien podjąć w stosunku do danych informacji niezbędne

działania w celu zachowania ich poufności, ponieważ to na nim spoczywa w razie sporu ciężar wykazania, że określone dane stanowiły tajemnicę przedsiębiorcy” (wyrok WSA w Opolu z dnia 31.07.2018 r., II SA/Op 257/18, LEX nr 2547607). Aby dana informacja podlegała ochronie, czyli stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, musi spełniać warunki: poufności, braku ujawnienia, zabezpieczenia informacji.

Z kolei “przesłanka materialna polega na tym, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorcy powinny stanowić informację, których ujawnienie mogłoby mieć wpływ na jego sytuację ekonomiczną” (wyrok NSA z 22.09.2016 r., I OSK 413/15). „Na tajemnicę przedsiębiorstwa składają się takie informacje należące do tego podmiotu, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy” (wyrok NSA z 11.01.2018 r., I OSK 549/16, LEX nr 2444330).

Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane są z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności (nie jest wymagana przesłanka gospodarczej wartości informacji jak przy tajemnicy przedsiębiorstwa). Informacja staje się “tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa) (Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 18 marca 2020 r., sygn. IV SA/Po 4/20.)

Kolejnym warunkiem uznania, iż mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę czynności mających na celu utrzymanie w tajemnicy takiej informacji. Przywołana wyżej ustawa nie określa jakie to mają być konkretnie czynności. Sposobów i środków ochrony każdej informacji jest wiele. W interesie każdego przedsiębiorcy leży stosowanie jak najbardziej efektywnych środków tej ochrony. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, w wyroku z dnia 22 stycznia 2020r., sygn. akt II SA/Wa 1544/19 wskazał, że „każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowić realizację zalecenia ustawowego. [...] ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. dopuszczenie do informacji jedynie określonego kręgu pracowników, choć należy mieć również na uwadze – w

odniesieniu do informacji dotyczących treści umów zawieranych przez przedsiębiorców – zastrzeżone przez strony danej umowy warunki w zakresie poufności określonych postanowień umownych.”

Jednym ze środków ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa jest skorzystanie przez wykonawcę z możliwości zastrzeżenia przekazywanych zamawiającemu informacji. Możliwość taką daje art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wskazując jednocześnie wymogi jakim sprostać musi Wykonawca oraz ograniczenia zakresu zastrzeganych informacji. Ustawa nie

ogranicza możliwości zastrzeżenia informacji wyłącznie do informacji podanych w ofercie. Zastrzec można także informacje przekazywane po złożeniu samej ofert. Nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz dokonać zastrzeżenia tych informacji. Należy tego dokonać wraz z przekazaniem informacji. Zastrzeżenie nie może obejmować informacji o nazwie wykonawcy, jego danych rejestrowych oraz o cenach (lub kosztach) zawartych w ofercie.

Sama ustawa Pzp nie zawiera definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie reguluje kwestie proceduralne – w jaki sposób dokonać zastrzeżenia oraz jakich informacji w specyficznych realiach postępowania o udzielenie zamówienia, zastrzec nie można.

Co do zasady, to właśnie Wykonawca decyduje o tym, czy daną informację objąć ochroną, czy też nie. Zamawiający nie jest władny arbitralnie stwierdzać, że określony rodzaj informacji powinien być jawny, a inny nie. Wyjątkiem będą tutaj informacje, które są jawne z mocy prawa, a więc te wymienione w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp, wszelkie dane rejestrowe oraz informacje o wcześniej wykonanych zamówieniach publicznych.

„Zamawiający nie jest jednak władny oceniać czy dana informacja może mieć wartość gospodarczą dla wykonawcy czy nie. Badanie należy więc skoncentrować na tym, czy wykonawca wywiązał się z obowiązków i skutecznie zastrzegł informację – czy wykazał, iż jest to tajemnica przedsiębiorstwa” (KIO 1006/22, KIO 991/22). Przy badaniu skuteczności zastrzeżenia Zamawiający musi uwzględniać indywidualne okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Niewątpliwie obowiązek sporządzenia uzasadnienia zastrzeżenia informacji spoczywa na Wykonawcy i to on musi wykazać, że dana informacja faktycznie jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien również przedstawić stosowne dowody na poparcie swych twierdzeń. Zauważyć jednak należy, że dowody materialne nie mają jednak pierwszorzędного znaczenia i stanowią one wyłącznie uzupełnienie wyjaśnień poczynionych w uzasadnieniu. W orzecznictwie sądowym podkreśla się, że dowodem mogą być nie tylko załączane dokumenty ale także szczegółowe opisy zawarte w treści uzasadnienia. „Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy by w każdym przypadku wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej – czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenie kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości gospodarczej takich informacji”. „Zamawiający nie był uprawniony do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego, czy wykonawca który tak twierdzi powyższe wykazał” (Wyrok KIO o z dnia 9 maja 2022 r. w sprawie KIO 1006/22, KIO 991/22).

Zamawiający zobowiązany jest zatem do kompleksowej oceny złożonego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia informacji. Analiza powinna obejmować całość wyjaśnień z uwzględnieniem ewentualnych załączonych do nich dokumentów, a ich brak nie musi automatycznie oznaczać braku należytego staranności Wykonawcy. Należyte sporządzenie uzasadnienia przez Wykonawcę jest jednym z przejawów należytej staranności w ochronie informacji, która ma dla niego wartość. „[...] prowadzone przez Zamawiającego badanie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji powinno opierać się wyłącznie na analizie zasadności i skuteczności wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” (wyrok KIO z dnia 20 lipca 2021 r. w sprawie KIO 15306/21)

Przystępujący, w klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 16 października 2023r. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz instalacji stanowiący załącznik do formularza ofertowego. Wykaz instalacji został zastrzeżony ze względu na jego wartość gospodarczą, handlową oraz organizacyjną dla spółki. Informacje zawarte w tym wykazie nie zostały podane do publicznej wiadomości. W organizacji Przystępującego informacje te są ściśle poufne i znane wyłącznie ograniczonemu kręgowi osób. Dostęp do tych informacji mają jedynie wspólnicy Przystępującego. Przystępujący jest spółką cywilną prowadzoną wyłącznie przez dwóch wspólników. Wszystkie działania dotyczące spółki są podejmowane przez obu wspólników. Każdy ze wspólników jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy informacji, które mogłyby w jakikolwiek sposób narazić spółkę na straty, albo pozbawić ją możliwości osiągnięcia zysku pozwalającego na prowadzenie dalszej działalności. Ponadto każdy ze wspólników zobowiązany jest do zachowania poufności informacji dotyczących spółki i jej funkcjonowania. Wspólników obowiązuje umowa o zachowaniu poufności, która została zawarta w formie pisemnej. Od dnia 28 sierpnia 2022r. w spółce została wdrożona polityka poufności. Wprowadzono w życie Regulamin w zakresie bezpieczeństwa i ochrony informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązujący w P.P.H.U. „Wspólnota” Spółka cywilna, do którego załącznikami są: wzór umowy o zachowaniu poufności, wzór zobowiązania pracownika do zachowania poufności oraz wzór umowy o zachowaniu poufności zawieranej z potencjalnymi kontrahentami.

Zgodnie z obowiązującym regulaminem każdy z pracowników spółki został pisemnie zobowiązany do zachowania poufności. Podpisane przez pracowników zobowiązania zostały włączone do ich akt osobowych.

Przystępujący zauważył, że wstęp do pomieszczenia, w którym znajdują się informacje poufne mają wyłącznie wspólnicy spółki. Żadna inna osoba, w tym również osoby zatrudnione w spółce, nie mają kluczy do siedziby spółki. Wszelka dokumentacja i inne nośniki informacji, które zawierają informacje poufne są odpowiednio zabezpieczone przed dostępem osób nieuprawnionych. Dokumentacja jest przechowywana w szafce zamykanej na klucz, a dostęp do niej mają wyłącznie wspólnicy spółki. Dane, które są przechowywane

w systemie teleinformatycznym są również odpowiednio zabezpieczone hasłem dostępu znanym wyłącznie wspólnikom spółki. Tym samym, w ocenie spółki, podjęła ona i nadal podejmuje niezbędne działania w celu zachowania danych informacji w poufności.

Zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa wykaz instalacji jest zestawieniem podmiotów współpracujących z Przystępującym, który został szczegółowo opracowany wyłącznie na potrzeby postępowania. Wszelkie dane zawarte w tym wykazie zostały zebrane w sposób przemyślany, funkcjonalny i stanowią zbiór informacji, który nie jest powszechnie znany. Wprawdzie instalacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są podmiotami ogólnie dostępnymi i powszechnie świadczącymi usługi, jednakże nie pozbawia to ich, jako zbioru, wartości gospodarczej i organizacyjnej, a przy ich szczegółowemu zestawieniu niewątpliwie kwalifikuje je jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów prawa.

Zestawienie to zostało w całości opracowane i przygotowane przez wspólników spółki. Było tworzone wyłącznie na potrzeby danego zamówienia publicznego i jest znane wyłącznie wspólnikom spółki. Jest ono wynikiem wielu rozmów i negocjacji prowadzonych z podmiotami zarządzającymi daną instalacją. Co istotne rozmowy te i negocjacje były prowadzone z zachowaniem ich poufności. Wszelkie podjęte ustalenia i uzgodnienia znane są wyłącznie wspólnikom spółki i przedstawicielom podmiotów zarządzających daną instalacją, ujętą w wykazie. Przedstawione przez podmioty zarządzające atrakcyjne oferty nie są dostępne dla innych Wykonawców. Wspólnicy spółki zostali zobowiązani do zachowania w tajemnicy ustalonych warunków współpracy z danymi partnerami biznesowymi. Szczegółowy dobór partnerów biznesowych, weryfikacja ich pod kątem posiadania wymaganych prawem zezwoleń i nawiązywanie z nimi relacji gospodarczych było możliwe dzięki zniesieniu przepisami prawa regionalizacji w zakresie gospodarki odpadami. Zniesienie regionalizacji dało Przystępującemu do odwołania większą swobodę w doborze instalacji, który jak podkreślamy był długofalowy, szczegółowo przemyślany i bardzo czasochłonny.

Przygotowany na potrzeby zamówienia publicznego wykaz instalacji ma dla spółki mierzalną i obiektywną wartość gospodarczą, w szczególności pod względem finansowym. Taki dobór instalacji daje możliwość zaoferowania przez spółkę konkurencyjnych cen. Koszty zagospodarowania odpadów mają istotny wpływ na oferowaną przez Wykonawcę Zamawiającemu cenę, dlatego też dobór odpowiednich podmiotów zarządzających daną instalacją decyduje o jego przewadze konkurencyjnej. Nawiązanie współpracy ze wskazanymi w załączniku do formularza ofertowego partnerami biznesowymi da Spółce skutek w postaci uzyskania szczególnie atrakcyjnych ofert niedostępnych dla innych wykonawców działających w tej samej branży.

Informacje zastrzeżone powyżej posiadają istotną wartość gospodarczą nie tylko dla Przystępującego ale i jego konkurentów, w tym Odwołującego, a podanie ich do publicznej

wiadomości mogłoby zaszkodzić jego interesom. Pozyskanie przez konkurentów, w tym Odwołującego, danych dotyczących instalacji może pozwolić na odtworzenie zastosowanego przez Przystępującego mechanizmu kalkulacji ceny w przedmiotowym oraz w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Przystępujący do odwołania będzie uczestniczył. W konsekwencji może także doprowadzić do powstania po stronie Przystępującego szkody związanej z utratą możliwości efektywnego konkurowania z innymi podmiotami na rynku, co przez wzgląd na interes Przystępującego, jako Wykonawcy zamówienia, jest niekorzystne.

Podanie do publicznej wiadomości wykazu instalacji może narazić Przystępującego na odstąpienie od zawartych umów przez partnerów biznesowych tj. podmiotów zarządzających daną instalacją, albo niedotrzymania przez nich warunków umowy, co w konsekwencji może narazić Spółkę na straty. Stąd zastrzeżenie wykazu instalacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykaz instalacji, jako dokument zawierający informacje został już wielokrotnie uznany przez Krajową Izbę Odwoławczą za tajemnicę przedsiębiorstwa, między innymi: w wyroku z dnia 10 stycznia 2019r., sygn. akt KIO 2604/18, w wyroku z dnia 15 stycznia 2019r., sygn. akt 2668/18 oraz w wyroku z dnia 27 grudnia 2021r., sygn. akt 3596/21 (tj. w postępowaniu z udziałem Odwołującego). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wykaz instalacji spełnia przesłanki wynikające z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako tajemnica danego przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu przez Zamawiającego.

Przystępujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający w postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy. Zamawiający, działając na podstawie art.223 ust.1 ustawy Pzp, pismem z dnia 25 października 2023r. zażądał od Przystępującego złożenia wyjaśnienia i uzasadnienia treści oferty, w zakresie dotyczącym złożenia w klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżenia, że wykaz instalacji, stanowiący załącznik do formularza ofertowego, który został złożony wraz z ofertą w postępowaniu stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Termin na złożenie wyjaśnień został wyznaczony na dzień 30 października 2023r. do godz.12.00.

Przystępujący, w wyznaczonym terminie, złożył stosowne wyjaśnienia i szczegółowo uzasadnił złożone zastrzeżenie. Jako uzupełnienie uzasadnienia przedłożono również Zamawiającemu dowody w postaci: Regulaminu w zakresie bezpieczeństwa i ochrony informacji poufnych i tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązujący w P.P.H.U. „Wspólnota” Spółka cywilna, kopii umowy o zachowaniu poufności zawartej w dniu 28 sierpnia 2022r. pomiędzy wspólnikami, kopii zobowiązania pracownika do zachowania poufności oraz wzoru umowy o zachowaniu poufności zawieranej z potencjalnymi kontrahentami.

W ocenie Przystępującego, Zamawiający ma podstawy do uznania, iż wykaz instalacji, złożony wraz z ofertą, został skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa i jako taki nie podlega odtajnieniu i udostępnieniu Odwołującemu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Podkreślał w szczególności, brak wykazania przez Odwołującego wpływu na wynik postępowania w przypadku uwzględnienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że Przystępujący wraz z ofertą złożył oświadczenie pt. „klauszula tajemnicy przedsiębiorstwa”, gdzie wskazał, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz instalacji stanowiący załącznik do formularza ofertowego, złożonego wraz z ofertą w postępowaniu.

Wykonawca zaznaczył, że Wykaz instalacji stanowi tajemnicę Przystępującego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podmiot, któremu wykaz instalacji został przekazany, zobowiązujemy do nieujawniania go pod żadnym warunkiem, bez uzyskania pisemnej zgody spółki, gdyż stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje techniczne, handlowe i organizacyjne przedsiębiorstwa, oraz wszystkie informacje posiadające wartość gospodarczą, np.: wynegocjowanie odbioru i ceny za odbiór odpadu.

Wiedzę o nieujawnionych instalacjach w Spółce posiadają wyłącznie wspólnicy przedsiębiorstwa i nie jest ona ujawniona innym pracownikom, tym bardziej nie może być podana do wiadomości publicznej.

Zamawiający po otrzymaniu ofert wystosował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Treść oferty, która podlega wyjaśnieniu:

Zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu instalacji, w których nastąpi zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Uzasadnienie wątpliwości Zamawiającego:

Zamawiający w trakcie oceny oferty powziął wątpliwości co do zasadności i prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie / doszczegółowienie podstaw utajnienia wykazu instalacji, w których nastąpi zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Pisemne wyjaśnienia należało złożyć w terminie do dnia 30.10.2023 r.

Przystępujący złożył rozszerzone uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, które odpowiada treści złożonego w postępowaniu odwoławczym przystąpienia.

Zamawiający na wniosek Odwołującego udostępnił kopię oferty Przystępującego, wskazując, że jej część, w odniesieniu do wykazu instalacji, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przy tym, zgodnie z regulacją ust. 3 tego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913, dalej jako „UZNK”), 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 ustawy Pzp. Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika więc, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK w odniesieniu do określonych informacji.

Przywołany art. 11 ust. 2 UZNK definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako 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.

Na początku rozważań Izba zauważyła, że badaniu podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie ocenia natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięciem Izby objęta jest odpowiedź na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca

w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Podkreślenia wymaga, iż to jakość i staranność uzasadnienia zastrzeżenia decyduje, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które co do zasady jest jawne, powstanie zbiór elementów, który może być traktowany jako informacje niejawne. To uzasadnienie zastrzeżenia potwierdzać ma zasadność objęcia określonego zbioru informacji i uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z

uzasadnienia wynikać ma, czy spełnione zostały przesłanki uznania danego rodzaju kategorii danych za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby Zamawiający niesłusznie uznał, że zastrzeżenie informacji przedstawione przez Przystępującego zasługuje na chronienie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby Zamawiający błędnie ocenił, że złożone wraz z ofertą uzasadnienie oznaczone jako „klauzula tajemnica przedsiębiorstwa” spełnia cechy świadczące o wykazaniu przesłanek określonych w przepisach ustaw UZNK i Pzp. Izba uważa, iż Przystępujący nie wykazał i nie uzasadnił istnienia żadnej z przesłanek wynikających z regulacji przywołanych przepisów, a istotnych z punktu możliwości traktowania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dostrzeżenia wymaga, iż sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 UZNK czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a strony zobowiązały się do chronienia informacji.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne jest również podkreślenie, że ocenie Zamawiającego podlega uzasadnienie przedstawione wraz z przekazaniem takich informacji, czyli w momencie złożenia oferty. Owszem, Zamawiający może wezwać danego wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, także w przedmiocie objęcia informacji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wezwanie to winno odnosić się do elementów ujętych w przedstawionym Zamawiającemu uzasadnieniu. Tymczasem w przedmiotowej sprawie przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia trudno uznać za zawierające jakąkolwiek treść merytoryczną, wykazującą istnienie przesłanek, które zezwoliłyby na traktowanie określonego zakresu informacji jako niejawną, posiadającą dla danego wykonawcy wartość gospodarczą. Złożone wraz z ofertą uzasadnienie zastrzeżenia ogranicza się do jednostronicowego tekstu, zawierającego przytoczenie definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”, oznaczenia, że za taką uważane są informacje dotyczące wykazu instalacji oraz podanie, że strony zobowiązały się do zachowania poufności tych informacji. W ocenie Izby takie uzasadnienie nie mogło wzbudzić wątpliwości Zamawiającego,

a wystosowanie do Przystępującego dodatkowego wezwania umożliwiło mu w istotnie naprawienie błędów popełnionych przy składaniu oferty. Dlatego też ocenie Izby, co celnie podkreślano w odwołaniu, podlega pierwotna treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji złożona wraz z ofertą.

Kolejno podkreślić, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego wraz z ofertą nie wypełnia tego postulatu.

Wartość gospodarczą to wartość informacji w obrocie, pozwalająca wycenić informację i ująć ją w postaci danych o wymiarze finansowym, co nie zawsze należy utożsamiać z koniecznością podania określonej wartości liczbowej. Istotne jest, by Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wyjaśnił w jakich elementach składanych zamawiającemu wyjaśnień ją upatruje, do jakich wymiernych elementów należy tę wartość odnosić. Wartość ta winna mieć niewątpliwie wymiar obiektywny. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.

Przystępujący nie wyjaśnił, na czym polega ani w jaki sposób wymierny na jego pozycję na danym rynku przekłada się wartość zastrzeżonej informacji. Wykonawca powinien był wykazać, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą, podczas gdy w kilku zdaniach o ogólnym charakterze odwołał się do wskazanego pojęcia. Natomiast poglądy o konieczności realnego wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji wielokrotnie wyrażała Izba m.in. w wyrokach KIO 1091/19, KIO 59/21, KIO 720/21.

Izba uważa, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji w elemencie odnoszącym się do wartości gospodarczej tych informacji miało bardzo ogólny charakter, nie konkretyzowało informacji na potrzeby prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przypomnieć należy, iż nie jest rolą Zamawiającego dochodzenie, które informacje z szeregu przedstawionych wykonawca uważa za przedstawiające rzeczywistą wartość gospodarczą i jak należy identyfikować tę wartość. To na Wykonawcy spoczywał obowiązek, zgodnie z którym miał On w uzasadnieniu zastrzeżenia dokonać wykazania przesłanek umożliwiających z uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, by Zamawiający bez większych problemów mógł te dane zidentyfikować. Przy czym Izba zgadza się z tezami wynikającymi ze stanowiska doktryny i orzecznictwa, że wykazanie przesłanki wartości gospodarczej nie musi oznaczać podania konkretnej wartości. Może ono polegać na rzeczowym uzasadnieniu, złożeniu wyjaśnień, w zależności od charakteru informacji bazowych. Wartość tę można omówić i wykazać w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji. Takich elementów uzasadnienia zastrzeżenia informacji złożone przez Przystępującego nie zawiera. Przystępujący w uzasadnieniu posługuje się kategoriami

ogólnymi, wyraża przeświadczenie, że zastrzeżone informacje posiadają jakąś wartość gospodarczą.

Przystępujący enigmatycznie podaje, że ujawnienie tych informacji może zostać ukierunkowane na zdobycie przewagi na rynku zamówień publicznych w przyszłych przetargach. Jest to tak ogólne i pojemne stwierdzenie, że można je odnieść do wielu aspektów związanych ze złożeniem oferty w postępowaniu, co jeszcze nie oznacza, że taka informacja przedstawia i stanowi wartość gospodarczą danego przedsiębiorstwa. Jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2023 roku (sygn. akt XXIII Zs 24/23) „Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazania, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne.

Natomiast nie jest istotne, czy omawiana wartość jest wysoka, czy niska, ważne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji”.

Dodatkowo zauważyć należy, iż Przystępujący wskazał w wykazie instalacji dla poszczególnych frakcji po kilka podmiotów, a więc z momentem składania ofert nie jest wiadomym, z którym z tych podmiotów Przystępującego wiąże umowa. Tym samym dane zawarte w wykazie instalacji dotyczą planowanych miejsc, zatem nie oznacza to, że rzeczywiście do tych konkretnych instalacji oraz podmiotów zbierających skierowane zostaną odpady odebrane z konkretnej gminy. Z pewnością z wykazu instalacji nie można odczytać i zidentyfikować stawek i rabatów, które Przystępujący wynegocjował z danymi podmiotami. Takie dane nie są zawarte w wykazie. Ponadto cena za zagospodarowanie obejmuje także inne elementy kosztowe, np. marżę czy koszty ogólne. Wobec powyższego wiedza o miejscu zagospodarowania odpadów może być co najwyżej pomocna w ustaleniu rzetelności kalkulacji ceny jednostkowej, w szczególności w zakresie transportu, ponieważ daje wiedzę o odległości, na jaką będą przewożone odpady.

Dalej, z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jednoznacznie wynika, że Przystępujący nie wykazał związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji zawartych w wykazie instalacji z określoną, wymierną szkodą po jego stronie.

Przystępujący nie wykazał również przesłanki, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a podmiot zastrzegający podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przystępujący dopiero w wyniku złożenia dodatkowych wyjaśnień powołał się na funkcjonujące w spółce systemy zabezpieczeń, podjęte środki ostrożności, prowadzenie negocjacji z podmiotami prowadzącymi instalacje z zachowaniem zasady poufności. Elementów tych brakuje jednak

w uzasadnieniu złożonym Zamawiającemu wraz z ofertą. Przystępujący ogólnikowo przedstawił takie twierdzenia, nie złożył jednak jakichkolwiek dowodów, z których wynikałoby stanowisko drugiej strony uczestniczącej w negocjacjach. Nie można więc w obiektywny sposób potwierdzić tez przedstawionych przez Przystępującego.

W ocenie Izby stanowisko Przystępującego zostało oparte na bardzo ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, bez wskazania żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawiera hasłowe zapewnienia, których Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować. Zdaniem Izby samo uzasadnienie zastrzeżenia winno bowiem taką weryfikację umożliwiać.

Końcowo, Izba podkreśla, że nie podziela argumentacji Zamawiającego o braku wpływu na wynik postępowania, który spowodować może nakazanie ujawnienia informacji z oferty Przystępującego. Poza obowiązkiem wnikliwego zbadania poprawności oferty przez Zamawiającego wziąć pod uwagę także należy umożliwienie weryfikacji poprawności treści złożonych ofert przez innych wykonawców zainteresowanych wynikiem danego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodniczący: